



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**“LA SANA CRÍTICA EN LOS DELITOS DE DROGAS: EL TRÁFICO ILÍCITO DE
PEQUEÑAS CANTIDADES Y LA ASOCIACIÓN ILÍCITA. UN ANÁLISIS
DOGMÁTICO – JURISPRUDENCIAL.”**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNO:

Javier Andrés Villagrán Guzmán.

PROFESOR GUÍA:

Eduardo Antonio Morales Robles.

SANTIAGO DE CHILE,

Agosto 2018

“El pato y la gallina son animales peligrosos. El tigre y el león, inofensivos.”

“Afortunadamente, el copioso estilo de la realidad no es el único: hay el del recuerdo también, cuya esencia no es la ramificación de hechos, sino la perduración de rasgos aislados. Esa poesía es natural de nuestra ignorancia y no buscaré otra.”

ÍNDICE

RESUMEN	5
PRÓLOGO	6
CAPÍTULO I: SANA CRÍTICA	9
1.1 LA SANA CRÍTICA COMO MODELO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	9
1.1.1 <i>Apreciación y valoración</i>	9
1.1.2 <i>¿En qué consiste la sana crítica?</i>	12
1.1.3 <i>La sana crítica en el proceso penal</i>	15
1.2 EL ASPECTO LINGÜÍSTICO INTERPRETATIVO: LOS PRINCIPIOS LÓGICOS.....	17
1.2.1 <i>Concepto</i>	17
1.2.2 <i>¿Por qué lingüístico – interpretativo?</i>	18
1.2.3 <i>Los principios lógicos</i>	21
1.3 EL ASPECTO EPISTÉMICO CULTURAL: CONOCIMIENTOS CIENTÍFICAMENTE AFIANZADOS Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA.	25
1.3.1 <i>¿Por qué epistémico – cultural?</i>	26
1.3.2 <i>Conocimientos científicamente afianzados</i>	28
1.3.3 <i>Máximas de la experiencia</i>	30
1.4 RECAPITULACIÓN CRÍTICA.	34
1.4.1 <i>La sana crítica como sistema de valoración de la prueba.</i>	34
1.4.2 <i>Los principios lógicos.</i>	35
1.4.3 <i>Conocimientos científicamente afianzados.</i>	36
1.4.4 <i>Máximas de la experiencia.</i>	37
1.4.5 <i>Toma de postura</i>	37
CAPÍTULO II: CONTEXTO, OBJETIVOS Y DELITOS DE LA LEY 20.000	38
2.1 CONTEXTO.....	38
2.2 OBJETIVOS DE LA LEY 20.000.....	40
2.3 CATÁLOGO DE DELITOS.....	43
2.4 SELECCIÓN DE DELITOS.....	44
CAPÍTULO III: TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES	47
3.1 PRESENTACIÓN DEL DELITO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y CARACTERÍSTICAS.....	47
3.2 ESTRUCTURA TÍPICA: ELEMENTOS DEL TIPO Y SUS FUNCIONES.....	50
3.2.1 <i>Estructura</i>	50
3.2.2 <i>Elementos del tipo</i>	50

3.3	LA PROBLEMÁTICA DE LA PEQUEÑA CANTIDAD.....	57
3.4	SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE RACIONALMENTE EXCLUYEN EL CONSUMO.	59
3.5	EL TRATAMIENTO MÉDICO.....	62
CAPÍTULO IV: ASOCIACIÓN ILÍCITA.....		64
4.1	PRESENTACIÓN DEL DELITO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y CARACTERÍSTICAS.....	64
4.2	ESTRUCTURA TÍPICA: ELEMENTOS DEL TIPO Y SUS FUNCIONES.	66
4.2.1	<i>Estructura.</i>	66
4.2.2	<i>Elementos del tipo.</i>	67
4.3	ORGANIZACIÓN “MÁS O MENOS PERMANENTE”	71
4.4	SOBRE LA JERARQUIZACIÓN O LOS CENTROS DE PODER: LA EMPRESA DELICTIVA.....	73
4.5	LÍMITE DIFERENCIADOR CON LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 19 LETRA A) DE LA LEY 20.000	76
CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA.		78
5.1	ANTECEDENTES.	78
5.2	TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES.	79
5.2.1	<i>Caso 1.</i>	79
5.2.2	<i>Caso 2.</i>	82
5.2.3	<i>Caso 3.</i>	87
5.3	ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA COMETER DELITOS DE LA LEY 20.000.	91
5.3.1	<i>Caso 1</i>	91
5.3.2	<i>Caso 2.</i>	98
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES.....		104
CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA.		107
7.4	PUBLICACIONES.....	107
7.5	CUERPOS NORMATIVOS.....	111
7.6	JURISPRUDENCIA.....	111

RESUMEN.

La presente tesis tiene como objetivo identificar las funciones que puede cumplir la sana crítica y sus parámetros: las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios lógicos, en las decisiones de casos de Tráfico ilícito de pequeñas cantidades o de Asociación Ilícita de la ley 20.000. Y en su desarrollo comprende seis capítulos.

Un primer capítulo está destinado a la revisión conceptual de la sana crítica. En él se trabaja a partir de la distinción doctrinaria entre dimensión lingüística – interpretativa y dimensión epistémico – cultural. Concluye con una recapitulación crítica y la proposición de un punto de vista particular.

El segundo capítulo presenta el contexto jurídico internacional en el que se promulga la ley 20.000, sus objetivos, los delitos que contempla y las razones por las cuales se selecciona el microtráfico y la asociación ilícita como objetos de estudio.

En el capítulo tercero se estudia el delito Tráfico ilícito de pequeñas cantidades, dando cuenta del bien jurídico protegido, su clasificación, estructura típica y de algunos aspectos problemáticos en su aplicación. Se destacan el problema de la pequeña cantidad, las circunstancias que racionalmente excluyen el consumo y el tratamiento médico.

El cuarto capítulo corresponde al estudio la asociación ilícita de la ley 20.000. En esta materia los problemas destacados son la organización más o menos permanente, la organización o jerarquía y el límite con la agravante contemplada en el artículo 19 letra a) de la ley 20.000.

En el quinto capítulo se presenta jurisprudencia, con la finalidad de identificar y evaluar las posiciones que adoptan nuestros jueces cuando se enfrentan a los problemas desarrollados.

Finalmente, en el capítulo sexto, se exponen conclusiones enfocadas a relacionar los contenidos dogmáticos con las soluciones otorgadas por la jurisprudencia, evaluando su conformidad, e identificando el surgimiento de potenciales puntos problemáticos diversos.

PRÓLOGO.

La reforma procesal penal, que se incorporó en nuestro país en el transcurso de la pasada década, importó un abandono del sistema inquisitivo, implementando un sistema acusatorio mixto.

En este nuevo sistema, los principales hitos del procedimiento se desarrollan en audiencias públicas, en las que los intervinientes exponen sus puntos de vista, encargándose el juez de dirigir y decidir el debate. El momento en el que se expresan con mayor fuerza los principios inspiradores del nuevo procedimiento y la máxima audiencia pública, es el juicio oral. De hecho, el Código Procesal Penal establece, como uno de sus principios rectores, en su primer artículo, el derecho de toda persona a un juicio previo, oral y público. Esta publicidad esencial del nuevo procedimiento procesal penal se justifica en el diagnóstico que realizan los distintos poderes del Estado, en cuanto pretenden incorporar un sistema procesal penal en el que las decisiones y discusiones que se generen en él sean accesibles a la ciudadanía en general.

Así, el ejecutivo señala en el mensaje del proyecto: “Pero además de constituir una garantía, el juicio público y su realización por el método oral, constituyen un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda. Una de ellas es la de resolver los conflictos, en este caso penales, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles o no resultan comprensibles al conjunto de la comunidad. En el mismo sentido el juicio público constituye un componente antiquísimo de la cultura universal, que ha demostrado tener la capacidad de permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente. En este mismo sentido, el establecimiento del juicio como núcleo del sistema busca resaltar la figura del juez como actor del sistema institucional”¹.

Como se puede apreciar, una de las principales motivaciones de la reforma es la intención de ‘sociabilizar el trabajo del sistema judicial’ y de ‘legitimar la resolución de conflictos penales’, buscando generar en el ‘común de la gente’ un entendimiento claro sobre el desarrollo de las etapas del procedimiento y las decisiones que en él se efectúen.

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (1995). Historia de la Ley N° 19.696 que Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal.

Manifestaciones concretas de esta intención en el Código son el artículo 36, que prescribe la obligación de los tribunales de fundamentar todas las resoluciones que dictaren, salvo las de mero trámite, y el artículo 297 que, refiriéndose a la valoración de la prueba, implementa la obligación de los tribunales de hacerse cargo en la fundamentación de la sentencia de toda la prueba producida, de manera que pueda reproducirse el razonamiento utilizado para arribar a las conclusiones que se expresan en la sentencia.

El legislador establece en el inciso primero del artículo 297, los límites a los que debe sujetarse el juez en el ejercicio de la valoración de la prueba, los cuales son los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Así, consagra a la sana crítica como el sistema de apreciación de la prueba rector en materia procesal penal.

La incorporación de la sana crítica debe analizarse como una decisión coherente con las intenciones del legislador de legitimación y sociabilización de la labor de la administración de justicia. Así se expresa en la discusión en sala del proyecto: *“(...) por el hecho de que, en lugar de contar con un sistema de prueba legal tasada, los jueces orales del futuro proceso penal podrán contar, de acuerdo con el nuevo Código Procesal Penal, con reglas de valoración de la sana crítica. Ellas les permitirán tener la convicción de que la persona que están juzgando es culpable o inocente, ya no en función de lo que diga el Código de Procedimiento Penal, que regula la prueba, sino que a través de un proceso oral de cara a la gente, transparente y público.”*²

De esta manera, la sana crítica es considerada la mejor opción como sistema probatorio, ya que permite al juez tomar una decisión con base en su autonomía, observando el principio de inmediación, luego de un debate público, mediante una decisión fundada que sin embargo no puede ser arbitraria, en el sentido de que debe justificarse respetando ciertos límites.

En este contexto, llama la atención el hecho de que el legislador no haya definido que se entiende por principios lógicos, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

Si se observan con atención estos criterios, debe llegarse a la conclusión de que, a pesar de que su definición conceptual es una tarea que pueden realizar, y de hecho han realizado, la doctrina y la jurisprudencia, su contenido propiamente tal apela a disciplinas que desbordan el derecho.

² Ibid. P. 573.

Puede la doctrina, por ejemplo, señalar que las máximas de la experiencia son juicios hipotéticos de carácter general que pueden aplicarse a un caso concreto en base a lo que generalmente ocurre, pero no podría la doctrina generar nuevas máximas de la experiencia, ni nuevos conocimientos científicos, ni mucho menos idear inéditos principios lógicos.

La configuración de la sana crítica, por lo tanto, presenta límites que se conforman de acuerdo con el estado y desarrollo del conocimiento en una sociedad determinada.

El artículo 297 del Código Procesal Penal, entonces, nos está diciendo que el juez debe fundamentar sus sentencias de manera que su razonamiento pueda ser reconstruido, y que no puede, en este razonamiento, contradecir cierto tipo de conocimientos que la sociedad en general tiene por verdaderos.

Si la función de la fundamentación de la sentencia apunta a la legitimación de la decisión y en general de la labor de la administración de justicia, y los límites a ésta vienen dados por conceptos cuyo contenido proviene de la propia sociedad de la cual se espera esta legitimación, puede hablarse entonces de una '*cadena de legitimación*', la cual consistiría en que el objetivo de la reforma procesal penal solo se vería satisfecho en cuanto el diagnóstico que hace el juzgador sobre las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados se corresponda con el conocimiento que la sociedad maneja. En definitiva, la legitimación viene dada por el hecho de que quien juzga es parte de la misma sociedad de quien es juzgado y de quienes asisten al juicio, compartiendo todos una base de conocimientos que el legislador denomina principios lógicos, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

Desde este punto de vista la sana crítica adquiere especial relevancia, pues en las sentencias el juez señalaría, aún implícitamente, cuales son esos principios lógicos, esas máximas de la experiencia y esos conocimientos científicamente afianzados que constituyen nuestra base social, y como operan en su decisión del caso.

A esta perspectiva, además, hay que añadir que, tal vez por las razones que aquí se señalan, la sana crítica se posiciona como la futura regla general en materia de valoración de la prueba en Chile, lo que agudiza la necesidad de realizar un análisis como el que aquí se propone³.

³ Debido a la gran cantidad de cuerpos normativos que la consagran, p.ej. 19.968, 19.300, 19.496, 19.955, 19.537, 19.039, 18.287, etc. y su eventual incorporación como sistema probatorio general en materia civil con la futura reforma procesal.

CAPÍTULO I: SANA CRÍTICA.

1.1 La sana crítica como modelo de valoración de la prueba.

1.1.1 Apreciación y valoración

El primero de los problemas respecto de los cuales hay que ocuparse al introducirse en el concepto de la sana crítica, consiste en determinar que significa que la sana crítica sea un modelo de valoración de la prueba, para lo que, de manera preliminar, se deben identificar cuáles son las finalidades y límites de este ejercicio.

En general, respecto al ejercicio probatorio se distinguen dos conceptos. La apreciación y la valoración de la prueba. En doctrina, tradicionalmente estos conceptos se utilizan como sinónimos, sin perjuicio de que ciertos autores los posicionan en una relación de género – especie. En este sentido, por ejemplo, Montero Aroca, quien expone que la apreciación de la prueba consistiría en un *“proceso complejo que comprende dos operaciones: la interpretación de la prueba y la valoración de la misma”*⁴.

Sobre el particular, Montero López distingue en el ejercicio de apreciación de la prueba tres actividades: percepción, interpretación y valoración⁵.

La percepción consiste en la operación de tipo sensorial mediante la cual el tribunal entra en contacto con la prueba. En el procedimiento penal, en el que rige el principio de inmediación, esta actividad se concentra exclusivamente en el juicio oral.

La interpretación, por otro lado, está referida a la determinación del contenido de cada medio probatorio.

Mientras que el ejercicio de valoración de la prueba puede definirse como la *“operación intelectual que tiene lugar una vez percibida e interpretada la prueba, mediante la cual el juez juzga el apoyo que aportan aquellas rendidas en el proceso, respecto de las hipótesis afirmadas por las partes a favor de sus pretensiones”*⁶.

Los sistemas de valoración de la prueba se enfocan principalmente en resolver dos aspectos problemáticos en materia probatoria: i) la distancia que separa la prueba de la explicación que se

⁴ Aroca, J. M. (2007). La prueba en el proceso civil. Thomson-Civitas.

⁵ Montero, R. (2015). *Derecho Procesal II* [diapositivas de Power Point]

⁶ Ibid.

espera probar y; ii) la incierta fiabilidad que debe asignarse a las distintas piezas de información disponible.⁷

Teniendo en vista sus funciones, Coloma Correa define los sistemas de valoración de la prueba, considerando el aspecto confrontacional de los procedimientos, como el *“conjunto de reglas u orientaciones que sirven a efectos de validar hechos a partir de la información disponible en un proceso judicial. Los sistemas de valoración de la prueba se ubican, entonces, en una etapa de validación o de corroboración de relatos presentados por las partes”*⁸.

Dentro de los sistemas de valoración de la prueba pueden distinguirse dos vertientes principales: el sistema de la prueba legal tasada y el sistema de la libre valoración. En el primero, el legislador establece a priori el valor que el juez debe asignarle a cada medio probatorio. En cuanto a los sistemas de libre valoración, estos se caracterizan por la ausencia de reglas que determinen específicamente el valor que deba atribuírsele a cada medio probatorio, quedando esta labor en manos del adjudicador, y contemplan el sistema de la íntima convicción y el sistema de la sana crítica.

Como sistema de valoración, la sana crítica se caracteriza principalmente porque *“la responsabilidad por lo que es señalado en las reglas de validación de ‘hechos’ se hace recaer en los cultores de disciplinas socialmente reconocidas en la producción del conocimiento”*⁹.

Esto se debe a que el conjunto de reglas u orientaciones que guiarán la construcción de inferencias a partir de la prueba producida en el juicio y la fuerza que pueda otorgársele a esta se producirá no por el legislador, como en la prueba legal tasada, ni por el juez, como en el sistema de la íntima convicción, sino que por otros agentes sociales: los productores del conocimiento científico y la sociedad en general.

Con relación a lo expuesto, es que debe incorporarse al análisis la idea de la sana crítica como un sistema de valoración racional de la prueba. Racionalidad que operaría en dos niveles: en primer lugar, el juez, para juzgar que un hecho está probado, no está sujeto a una regla rígida que le señale la fuerza de los medios probatorios ofrecidos en juicio, por lo que se requiere de él un proceso intelectual de deliberación, mientras que, por otro lado, no puede contradecir, en aquel

⁷ Correa, R. (2012). ¿REALMENTE IMPORTA LA SANA CRÍTICA? / IT REALLY MATTER SOUND CRITICISM? Revista Chilena De Derecho, 39(3), 753-781. P 756

⁸ Loc. Cit.

⁹ Ibid. p 775.

proceso, ciertos límites, que son considerados por la sociedad en general como 'las normas de la razón'.

Sobre esto, González Castillo expone que la razón opera como el principio inspirador de la sana crítica, señalando *“La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, ‘sin salto brusco’ a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón”*¹⁰.

Accatino Scagliotti permite reforzar esta idea, ya que, refiriéndose a la racionalidad en la sana crítica, pone el foco en la evaluación crítica que se puede hacer sobre la afirmación de que algo está probado. Señala *“afirmar que una proposición está probada tiene que ser equivalente a afirmar algo en relación con los elementos del juicio aportados al proceso y, además, algo que – desde el punto de vista conceptual – sea susceptible de justificación y evaluación crítica”*¹¹. Un ejercicio de evaluación crítica como el sugerido por la autora, en un sistema de valoración legal, tiene un alcance muy limitado. Lo mismo en un sistema de libre convicción, ya que no habría una base de acuerdo que entregue las herramientas necesarias para dicha evaluación. Por esto es que Accatino Scagliotti dice *“que para llegar a buen puerto es necesaria una teoría que precise cuáles son los criterios de racionalidad que deben orientar la deliberación y estructurar la justificación de las conclusiones probatorias”*.¹²

La sana crítica, entonces, como modelo de valoración racional de la prueba, precisa que el juez realice un ejercicio intelectual fundado, respecto al valor que puede asignársele a cada medio probatorio, en el marco de 'criterios de racionalidad', que son producidos o elaborados por cultores de disciplinas socialmente reconocidas en la producción del conocimiento, los cuales son compartidos por la sociedad en general, por lo que la decisión del juez aparece como racional, es decir, legítima.

Por último, el afirmar que la sana crítica es un sistema de valoración de la prueba nos permite tener claras sus funciones, pero también nos permite identificar sus límites, los que se pueden

¹⁰ González Castillo, J. (2006). LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LA SANA CRÍTICA. Revista Chilena De Derecho, 33(1), 93-107. P. 100

¹¹ ACCATINO, D. 2006. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile (Valdivia). P. 22.

¹² Ibid. P. 17

graficar en palabras de González Castillo: *“el sistema de la sana crítica solo se refiere a la ‘valoración de la prueba’, luego, es claro que esa fórmula legal mantiene subsistentes, vigentes, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella”*¹³.

1.1.2 ¿En qué consiste la sana crítica?

La caracterización realizada de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba sirve como una introducción necesaria y útil, ya que queda clara cuál es la tarea que debe realizar y cuáles son sus límites, sin embargo, el señalar que el proceso de valoración se orienta según reglas que emanan desde la sociedad no responde la pregunta: ¿en qué consiste la sana crítica?

Como antecedente histórico, el profesor Johann Benfeld, siguiendo a Nieva Fenoll, identifica de esta manera los orígenes de la noción jurídica de la sana crítica en el derecho español. *“El reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real en los negocios contenciosos de la administración, de 1846, disponía en su artículo 148 que los testigos podían ser examinados y calificados sus dichos por el referido Consejo conforme a las ‘reglas de la sana crítica’. Esta nomenclatura usada en una ley contencioso administrativo pasó luego a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que dispuso en su artículo 317 que ‘los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos’. Por último, en un intento por dotar de un contenido más preciso la idea, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, dispuso en su artículo 659 que ‘los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de la ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran”*¹⁴.

Llama la atención, a este respecto, lo señalado por el profesor Benfeld sobre el origen extrajurídico de la noción sana crítica: *“es de advertir que no se trata, por cierto, de un concepto de cuño jurídico, sino que muy probablemente se trataba de una expresión en uso por los intelectuales*

¹³ González. Op. Cit. P. 99

¹⁴ Benfeld, Johann. (2013). Los orígenes del concepto de "sana crítica". Revista de estudios histórico-jurídicos, (35), 569-858. P. 571 – 572

españoles para referirse simplemente a un conjunto de reglas razonables y de sentido común usadas para alcanzar la verdad”¹⁵.

En doctrina, la pregunta sobre el contenido de la sana crítica halla variadísimas respuestas. A continuación, se expone un compendio de definiciones propuestas.

“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y el espacio”¹⁶. Hugo Alsina.

“Las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto los principios lógicos que debe apoyarse la sentencia”¹⁷. “La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz el razonamiento”¹⁸. Eduardo Couture.

Sistema “caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el labor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión, haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”¹⁹. Horvitz y López.

“Sistema de valoración de la prueba en que el juez aprecia libremente la prueba rendida en autos, atendiendo a criterios objetivos y sujeto al respeto de parámetros racionales como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración, exponiendo las razones tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas”²⁰. Maturana Baeza.

¹⁵ Loc. Cit.

¹⁶ Alsina, H. (1956). Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial (2a. ed.). Buenos Aires: Ediar. P. 127

¹⁷ Couture, E. (1948). Estudios de derecho procesal civil. Buenos Aires: EDIAR. P. 195

¹⁸ Loc. Cit.

¹⁹ Horvitz Lennon, María Inés, & López Masle, Julián. (2004). Derecho procesal penal chileno - Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. P. 108.

²⁰ Maturana Baeza, J. (2014). Sana crítica : Un sistema de valoración racional de la prueba (1a. ed., Colección Derecho y proceso / LegalPublishing Chile, Thomson Reuters). Santiago, Chile: LegalPublishing [Chile] : Thomson Reuters. P. 107

“La sana crítica es, además de la lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida”²¹. Melo Labra.

Ante la diversidad de definiciones existentes, que pueden ser más o menos coincidentes, Coloma Correa opta por establecer el contenido mínimo de la Sana Crítica. De acuerdo con sus conclusiones, la sana crítica se caracteriza por:

- i) Reconocer espacios de discrecionalidad, más amplios que en sistemas de valoración en que existen reglas que pre – fijan el valor de los medios probatorios. Esto tiene como consecuencia que se debe desechar la pretensión de que exista una única respuesta correcta en materia de hechos.
- ii) Existen restricciones para las conclusiones a las que pueden llegar los jueces. El espacio en el que estos pueden moverse está determinado por la remisión a otros sistemas de justificación de enunciados.
- iii) Existen límites a la subjetividad judicial. Opera en esta dirección la necesidad de explicitar las razones que fundan la decisión. Esta fundamentación impone la obligación de hacerse cargo de todas las piezas de información relevante, además de establecer una forma de conexión entre los distintos enunciados que resulte autosuficiente para su comprensión. De acuerdo a las formas de justificación, estas se apartan de la subjetividad judicial otorgando fuerza a inferencias que a partir de los datos disponibles recurran a sistemas de validación de enunciados intersubjetivamente aceptados, por sobre aquellas que se apegan a apreciaciones subjetivas del estilo “estoy convencido”, “el testigo me resulta creíble”.²²

Queda de manifiesto que existe una base conceptual desde la cual podemos aproximarnos a la sana crítica. Hasta ahora, se ha expresado que es un sistema de valoración de la prueba; que en el ejercicio de valoración el juez tiene libertad; que esta libertad tiene límites asociados a la razón, y que la decisión debe ser fundamentada. La labor pendiente, desde el punto de vista de la conceptualización, viene dada por identificar en detalle los límites del ejercicio de valoración según la sana crítica. Esos que los autores llaman ‘normas del correcto entendimiento humano’, otros ‘normas de la razón’ o ‘parámetros racionales’, y que aquí se identifican, siguiendo al artículo

²¹ Melo Labra, Soledad, Fundamentación de las sentencias en los procedimientos cuya prueba debe valorarse conforme a la sana crítica; Publicado en: Gaceta Jurídica, Volúmen 383, N° 383, Año 2012. P. 7

²² Correa R. (2012) Op. Cit. P. 765

297 del Código Procesal Penal, como los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

1.1.3 La sana crítica en el proceso penal

En materia procesal penal, como se estableció, es el artículo 297 del Código el que incorpora el sistema de la sana crítica:

Artículo 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Para Melo Labra, es importante tener presente que, aún siendo la sana crítica un sistema de libre valoración 'relativa' de la prueba, "en el ámbito penal, la libertad que otorga no puede convertirse en una relajación de la carga que tiene el Estado de probar los extremos de la acusación y de satisfacer el estándar de convicción exigido para dictar una sentencia de condena"²³.

Como muy bien apunta esta autora, el estudio de la sana crítica en materia penal debe siempre considerar el estándar de convicción requerido en esta sede, el cual está consagrado en el artículo 340 de nuestro Código Procesal Penal:

Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que

²³ Melo. Op. Cit. P. 2

realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

Al tener en vista los dos artículos previos, se aprecia que existe una distancia entre lo señalado en el artículo 297 y lo exigido en el artículo 340, en el sentido de que, el no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados no puede equipararse a alcanzar una convicción más allá de toda duda razonable. Esta distancia es la que corresponda que cubra el adjudicador, mediante el ejercicio racional de la valoración de la prueba.

Si estamos de acuerdo con lo señalado por Coloma Correa cuando concluye que utilizando el sistema de la sana crítica puede llegarse a más de una respuesta correcta en materia de hechos, y considerando el estándar de convicción que la decisión condenatoria exige en materia penal, puede plantearse un problema respecto a la verdadera función que cumplen en esta sede los 'parámetros racionales' de la sana crítica, es decir, los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. ¿Son, solamente, límites al ejercicio de la libertad del juez? ¿O son, además, criterios que utiliza para orientar su decisión?

El problema puede apreciarse en toda su dimensión en el planteamiento que realiza Melo Labra, quien lo presenta desde su perspectiva de Ministra: *"Las razones que sustentan una conclusión no excluyen usualmente la posibilidad de su falsedad, aun si son muy poderosas. Y a veces hay suficientes razones en apoyo de alternativas consistentes de manera tal que no tenemos la seguridad de que las conclusiones a las que arribamos estén realmente sustentadas por la preponderancia de ellas. (...) ¿Cómo es que en el razonamiento lógico, empírico, o práctico, que no es indiscutible, podemos sin embargo pretender estar utilizando, en una versión posiblemente incompleta o errónea, métodos cuya validez ideal es universal y no respecto de algo más contingente y particular acerca de nosotros o de nuestra comunidad?"*²⁴

Las palabras recién citadas de Melo Labra exponen la posición que adopta este trabajo: los parámetros racionales de la sana crítica son contingentes y particulares de nuestra comunidad,

²⁴ Ibid. P. 3

enmarcándose como herramientas dentro de la práctica discursiva que realizan los jueces en el contexto de una realidad social, que podemos entender como *“una superposición de construcciones mentales colectivas basadas en la experiencia social de diferentes grupos que operan en variados contextos”*²⁵, por lo que es urgente conceptualizarlos, identificarlos y definir su función.

1.2 El aspecto lingüístico interpretativo: Los principios lógicos.

1.2.1 Concepto.

Tal vez el único ‘parámetro racional’ que escapa a la afirmación que cierra el último apartado sea el de los principios lógicos.

Ya señalaba Couture Etcheverry que los principios lógicos son el aspecto estable y permanente de la sana crítica²⁶.

Sin embargo, hay en doctrina algunas voces que controvierten esta afirmación, las que se analizan una vez descrito el contenido y función de los principios lógicos.

Respecto al contenido, es necesario en un primer momento dilucidar el concepto de lógica. Al acudir a la RAE se presenta, en primer lugar, el significado de lógica como adjetivo. Sobre esta acepción, se destaca: *“adj. Dicho de un suceso: Que tiene antecedentes que lo justifican”*.²⁷ Luego, se señala que la lógica es la *“Ciencia que expone las leyes, modos y formas de las proposiciones en relación con su verdad o falsedad”*²⁸, pero también se dice que corresponde a *“Modo de pensar y de actuar sensato, de sentido común”*²⁹.

Por lo demás, la RAE contiene también las siguientes definiciones.

Lógica borrosa, o lógica difusa: *“lógica que, a semejanza del raciocinio natural, admite una posibilidad de incertidumbre en la verdad o falsedad de sus proposiciones”*³⁰.

²⁵ Coloma Correa, Rodrigo, & Agüero San Juan, Claudio. (2014). Fragments of a Judicial Imaginary about Sound Criticism. *Ius Et Praxis*, 20(2), 375-414. P. 379.

²⁶ Couture. Loc. Cit.

²⁷ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Consultado en <http://dle.rae.es/?id=NZEWqRA> [consulta 30 julio 2018]

²⁸ Loc. Cit.

²⁹ Loc. Cit.

³⁰ Loc. Cit.

Lógica formal, o lógica matemática: *“lógica que opera utilizando un lenguaje simbólico abstracto para representar la estructura básica de un sistema”*³¹.

Lógica natural: *“Disposición natural de los seres humanos para pensar de forma coherente”*³².

Como puede apreciarse preliminarmente, el concepto de lógica no es inequívoco ni uniforme. Puede ser tanto *la ‘ciencia que expone las leyes, modos y formas de las proposiciones en relación con su verdad o falsedad’* o *‘el modo de pensar y actuar sensato’*. A eso debe añadirse el problema de determinar el tipo de lógica del que se habla, ya que la operatividad del concepto y sus consecuencias jurídicas pueden ser muy diferentes si aplicamos principios de lógica difusa o de lógica matemática. En este sentido las preguntas que surgen son: ¿Qué entiende nuestro Código Procesal Penal en el artículo 297 por principios lógicos? ¿Y a qué tipo de lógica hace referencia?

Según Coloma Correa y Agüero San Juan, en doctrina la lógica generalmente se relaciona con la lógica clásica o formal. *“Al pensar en la lógica los juristas, habitualmente, adscriben una concepción psicologicista de la lógica clásica. Asumen entonces que ‘la Lógica’ es la ciencia del pensamiento formalmente correcto”*³³.

En esta corriente se inscribe la definición otorgada por Maturana Baeza, quien indica que los principios lógicos son *“normas que han de regir todo pensamiento que haya de estimarse correcto, en atención a su permanencia, estabilidad y universalidad”*³⁴.

Melo Labra, por su parte, expone que *“los jueces al decidir deben tener en cuenta, también, las reglas del pensamiento lógico formal, permanentes, invariables, independientemente de cualquier mundo posible”*³⁵.

1.2.2 ¿Por qué lingüístico – interpretativo?

La referencia a los principios lógicos presente en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se entiende, en razón de lo dicho, como referida a los principios de la lógica formal. Para Melo Labra, estos principios lógicos *“constituyen las reglas que es necesario cumplir durante la ejecución de operaciones formales, ya que expresan las condiciones en que un proceso objetivo puedan ser*

³¹ Loc. Cit.

³² Loc. Cit.

³³ Correa, R., Agüero San Juan, C. (2014). LÓGICA, CIENCIA Y EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / LOGIC, SCIENCE AND EXPERIENCE IN THE ANALYSIS OF EVIDENCE. Revista Chilena De Derecho, 41(2), 673-703. P. 681

³⁴ Maturana. Op. Cit. P. 181

³⁵ Melo. Op. Cit. P. 4

representados lógicamente como elementos de un concepto que, racionalmente, hemos decidido mantener invariante a través de dichas operaciones”³⁶.

Para esta autora, la función que los principios lógicos están llamados a cumplir en la sana crítica se diferencia de la que deben realizar los otros parámetros racionales como las máximas de la experiencia y el conocimiento científico, en tanto *“nos permiten obtener implicaciones de los conocimientos adquiridos experimentalmente, o de las hipótesis formuladas con fundamento, siempre que no traspasemos los límites de lo comprobado efectivamente o del contenido estricto de la hipótesis”³⁷.*

La función de los principios lógicos tiene que ver, de esta manera, con la forma en la que el juez debe manejar el razonamiento que la valoración de la prueba requiere de él. Como se señaló previamente en este trabajo, el carácter racional del modelo *sana crítica* guarda una estrecha relación con la posibilidad de poder revisar *críticamente* la decisión a la que llegan los magistrados. Por esto es que los autores señalan a la fundamentación de la sentencia como una exigencia de la esencia de la sana crítica. En este contexto, los principios lógicos deben manifestarse en aquella sentencia, no explícitamente, pero de tal manera que pueda decirse que el razonamiento descrito por el juez es, al menos, comprensible. De ahí que se afirme que los principios lógicos velan principalmente por la corrección comunicativa del mensaje: que este no sea percibido por los receptores como un sinsentido o un absurdo.

Si se respetan los principios lógicos, los receptores del mensaje contenido en la sentencia pueden usar el texto para reconstruir el razonamiento utilizado por el juez, aunque no estén de acuerdo en su contenido. Esa función es la que lleva a Coloma Correa a designar los principios lógicos como un parámetro racional que cumple un estándar lingüístico – interpretativo, por oposición al rol epistémico – cultural que conllevan las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El estándar lingüístico – interpretativo *“determina cuando puede válidamente en el contexto de una comunidad sostenerse que un texto (oral o escrito) informa sobre un evento cuya ocurrencia se estima como probada”³⁸.*

La importancia de esta categoría es delimitar adecuadamente el ámbito en el que se desempeñan los principios lógicos, mostrando que no cabe a las normas de la lógica decidir sobre *la fuerza de*

³⁶ Ibid. p. 5

³⁷ Loc. Cit.

³⁸ Coloma y Agüero (2014) Op. Cit. P. 680

*los datos disponibles, ni tampoco determinar si desde un conjunto de datos dados, es posible arribar a un conjunto de conclusiones válidas usando generalizaciones, sino evaluar los mecanismos argumentativos utilizados en la elaboración de conclusiones por parte del tribunal*³⁹.

La operatividad de los principios lógicos puede esquematizarse, según expone Coloma Correa, en cuatro niveles: i) *delimitan o definen aquello que es información de lo que es ruido; ii) permiten distinguir y comparar diferentes formas de organizar la información; iii) orientan acerca de cómo debe utilizarse el contexto para completar lo implícito de un mensaje; iv) autorizan para utilizar un lenguaje no dubitativo en situaciones de incertidumbre.*⁴⁰

En un primer nivel, la lógica *posibilita comprender significados a través de estructuras sintácticas*. El *ruido* debe entenderse como referido a aquellos datos cuyo significado no puede comprenderse. No debe confundirse con datos que pudieran ser considerados poco relevantes, pues esta es una consideración sobre el contenido que desborda las posibilidades de la lógica. La lógica también permite identificar las distintas formas de organizar la información. Coloma Correa presenta a modo de ejemplo la deducción, inducción y abducción, como formas de razonamiento en las cuales se organiza de un modo característico la información. Lo relevante, en este sentido, es que la lógica no permite definir cuál es el mejor modo de organizar la información para resolver un problema específico. *“Esta elección es una cuestión heurística que depende, por un lado, del tipo de problema que debe resolverse y del tipo de solución al cual debe arribarse y; por otro, de cuáles son los patrones de legitimación de razonamiento dentro de una comunidad determinada”*⁴¹. La lógica informa, en un tercer nivel, el cómo utilizar el contenido implícito de un mensaje, adecuándolo al contexto y las expectativas de los hablantes. Y, en último lugar, la lógica permite la utilización de un lenguaje no dubitativo, validado por la observancia de sus principios.

Queda claro que la lógica, como un parámetro lingüístico – interpretativo tiene una función correctiva del lenguaje, que opera en distintos niveles, y cuyos ámbitos de acción son, por un lado, guiar el ejercicio racional del juez y reglar sus mecanismos argumentativos, y por otro, velar porque el contenido del mensaje expresado en la sentencia sea comprensible para los receptores, de modo que la sociedad pueda *utilizar* aquel texto. Como contrapartida, los límites de la función de la lógica en el ejercicio de la valoración de la prueba tienen que ver con la decisión respecto a los métodos argumentativos empleados y con los parámetros utilizados para la validación de las

³⁹ Loc. Cit.

⁴⁰ Ibid. P. 683.

⁴¹ Loc. Cit.

conclusiones. De ahí que se diga que *“el problema de la lógica es que eliminando lo absurdo no resultará posible ir mucho más lejos”*⁴².

1.2.3 Los principios lógicos

Del hecho de que la doctrina y la jurisprudencia identifiquen la lógica formal como la lógica a la que hace referencia la sana crítica, se desprende que, para evaluar que el razonamiento realizado por los adjudicadores no atente contra sus límites, las principales herramientas a las que se acuda sean los denominados principios canónicos de la lógica.

Estos principios son el **de identidad**, según el cual una cosa solo puede ser igual a sí misma; **de contradicción**, una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí; **de razón suficiente**, de acuerdo al cual las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia; y el **de tercero excluido**, que señala que si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes. Alguna parte de la doctrina también habla de un principio **de diversidad**, opuesto al principio de identidad, el que señala que *“No existen dos manifestaciones del mismo proceso que sean estrictamente iguales. Por lo tanto, la determinación de un proceso como lo que es X, implica necesariamente su determinación simultánea posterior como lo que no es X. Tampoco existen dos procesos que sean rigurosamente iguales y, por consiguiente, la determinación del proceso X conduce a la determinación de los otros procesos que no son X. Por último, si X es un proceso diferente de los otros procesos de su clase, entonces no es un X en general, sino un X definido y preciso”*⁴³. La importancia de este principio consiste en hacer notar que la identidad lleva inmersa la diversidad, y que la igualdad solo puede concebirse dentro de condiciones rígidas y determinadas.

El principio de identidad, según Melo Labra, adoptaría formalmente cinco expresiones distintas:

- i) Aplicado a un concepto aislado: $X=X$.
- ii) En la formulación de juicios: *X=Y cuando, y solo cuando, se puede establecer que todo lo perteneciente a X pertenece igualmente a Y.*
- iii) En la inversión de juicios: Si $X=Y$, entonces $Y=X$.

⁴² Ibid. P. 776

⁴³ Melo. Op. Cit. P. 6

- iv) En la inferencia: Si $X=Y$, e $Y=Z$, entonces $X=Z$.
- v) Análogamente: Si $X=Z$, e $Y=Z$, entonces $X=Y$.⁴⁴

El principio de contradicción *“establece la exigencia de que dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente válidos y que, por lo tanto, basta con reconocer la validez de uno de ellos para poder negar formalmente la validez del otro, sin entrar en mayor averiguación”*⁴⁵.

Sin embargo, este principio, totalmente reconocido por la elaboración doctrinaria y la práctica jurisprudencial, ha sido puesto en tela de juicio por descubrimientos científicos recientes, lo que pone de manifiesto uno de los grandes problemas presentes en la sana crítica: ¿Qué parámetro racional debería preferirse en caso de conflicto?

El cuestionamiento al principio de contradicción puede apreciarse en las siguientes afirmaciones: *‘Todo movimiento es continuo y discontinuo a la vez.’ ‘La luz es simultáneamente corpuscular y ondulatoria, que es tanto como decir no corpuscular’*⁴⁶.

Melo Labra, quien describe este problema, llega a la conclusión de que *“es necesario tener al precepto canónico de la falta de contradicción, mientras no se tengan pruebas experimentales, o bases racionales suficientes para formular juicios contradictorios. Al propio tiempo, debemos estar dispuestos a abandonar la aceptación rígida del principio de la falta de contradicción, cada vez que la realidad objetiva ponga de manifiesto la existencia de una contradicción”*⁴⁷.

El principio de tercero excluido también presenta este tipo de problemas. Este establece que *“dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos y que, por lo tanto, basta con reconocer la falsedad de uno de ellos para poder afirmar formalmente la validez del otro, sin mayores averiguaciones”*⁴⁸. Lo que, de acuerdo a los avances del conocimiento científico, no será efectivo en todas las hipótesis. Por ejemplo, de la clasificación de los organismos vivos entre animales y vegetales, aplicando el principio del tercero excluido, sabremos que, si un organismo vivo no es vegetal, entonces es válido afirmar que corresponde a la categoría animal. Sin embargo, existen organismos que pertenecen a ambas clases, como los flagelados.

⁴⁴ Loc. Cit.

⁴⁵ Loc. Cit.

⁴⁶ Ibid. P. 7

⁴⁷ Loc. Cit.

⁴⁸ Loc. Cit.

Para Melo Labra, este tipo de problemas se explican por el hecho de que la lógica formal tiene un carácter bivalente, pues admite solamente dos valores posibles para el conocimiento: completa falsedad o verdad absoluta. Mientras que, en el desarrollo del conocimiento científico, podría decirse de un conocimiento verificado experimentalmente que este deja de ser falso, pero esto no lo convierte en verdadero, y no puede descartarse la posibilidad de que posteriormente sea refutado. Por esto es que la autora llega a la conclusión de que existe una lógica científica y que esta no puede ser bivalente, ya que admite un valor intermedio entre la verdad y la falsedad absolutas.

Debido al carácter bivalente y absoluto de la lógica formal, es que Coloma Correa sugiere que *“los razonamientos cotidianos de las personas y los razonamientos de los jueces no son guiados por la lógica clásica. Para modelar el pensamiento informal es necesario transitar desde las exigencias de la lógica aristotélica hacia estructuras de argumentación que reflejen cómo las personas reflexionan y toman decisiones con información incompleta, incorrecta e incierta”*⁴⁹.

La crítica recién planteada da cuenta de la relevancia del problema de la clase de lógica referida por el artículo 297 y aplicable en la sana crítica en general. Laso Cordero se hace cargo de este problema, presentando dos clases de lógicas alternativas a la lógica formal o clásica.

La primera es la **lógica no monotónica**, que tiene como antecedente el razonamiento por defecto, que consiste en *“el proceso por el cual se llega a conclusiones basadas en patrones de inferencia del tipo ‘En ausencia de cualquier información en contrario, asume...’”*⁵⁰ De este modo, la lógica no monotónica puede definirse como *“aquella forma de razonar en virtud de la cual una conclusión puede ser reformulada, retractada o derrotada por aumento de información que modifique su premisa”*⁵¹. El autor da un ejemplo de cómo opera esta clase de lógica. *Si las aves vuelan, y si piolín es un ave, entonces Piolín debería volar. Pero, puede ser que Piolín sea un pingüino o que tenga sus alas rotas*, lo que cambiaría la conclusión lógica que puede obtenerse de las premisas planteadas.

Esta clase de lógica tiene como ventaja que se adecúa a lo dicho respecto a los conocimientos científicos, pues se caracteriza principalmente por la posibilidad de *derrotar* las conclusiones obtenidas a priori por la circunstancia de un aumento de información.

⁴⁹ Coloma y Agüero (2014). Op. Cit. P. 685.

⁵⁰ Laso Cordero, J. (2009). LOGIC AND SOUND EVALUATION. Revista Chilena De Derecho, 36(1), 143-164. P. 147.

⁵¹ Loc. Cit.

Sin embargo, considerado el contexto penal, tiene problemas para erigirse como un parámetro racional que otorgue al juez un nivel de certeza adecuado como para fundamentar una decisión condenatoria. La lógica formal o monotónica se caracteriza por *inferir fuera de contexto; tener recursos ilimitados y ser omnisciente; y ser infalible y consistente*.⁵² Si bien esas características tienen como consecuencia que pueda criticársele del modo que aquí se ha expuesto, por otro lado, permiten, como señala Coloma Correa, operar excluyendo el lenguaje dubitativo, pues la observación de sus principios asegura certeza y objetividad. En este sentido, opera como un sistema más adecuado, por lo menos desde un punto de vista formal, para alcanzar el estándar de convicción requerido para desvirtuar la presunción de inocencia.

Laso Cordero también describe la **lógica factual**, que corresponde a un modelo de argumentación desarrollado por Stephen Toulmin. Según este modelo, la forma de un argumento se estructura en base a ciertos conceptos, los cuales son la *conclusión, dato, garantía, respaldo, calificador modal y condiciones de refutación*.⁵³ Según Laso Cordero, la relación que existe entre este tipo de lógica y la sana crítica tiene que ver con que *la manera en que argumentamos en el día a día puede ser bien representada no por la lógica clásica sino por la estructura de los argumentos legales que se vierten en un juicio*. De ahí que el propio Toulmin señale que *“la lógica, podríamos decir, es una jurisprudencia generalizada”*⁵⁴.

Esta clase de lógica tiene como ventaja que, al esquematizar un modelo de argumentación, cumpliría a cabalidad la función correctiva y operaría como un gran parámetro lingüístico – interpretativo en las sentencias judiciales, asegurando un esquema tipo en el que se desenvuelva y exprese el razonamiento de los jueces. Sin embargo, no parece que pueda esgrimirse, ya sea por su poco desarrollo en la doctrina o en la jurisprudencia, o por razones relacionadas con su contenido, como un límite al ejercicio de valoración de la prueba a realizar por el juez. Sin embargo, incluso respecto a la lógica formal puede, según Laso Cordero, plantearse esta objeción, ya que el autor llega a la conclusión de que *“la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, no es más que la formalización en el ámbito legal del razonamiento del sentido común. Nada de especial hay en exigir a los jueces que fundamenten sus decisiones en base a la lógica y la*

⁵² Ibid. P. 150

⁵³ Ibid. P. 151

⁵⁴ Ibid. p. 153

*experiencia, desde que eso es lo que se espera que toda persona racional haga día a día en las más variadas circunstancias de su vida*⁵⁵.

Como ha quedado de manifiesto, la afirmación de que la lógica es el parámetro permanente y estable de la sana crítica no es tan categórica como se pretende, ya que esta puede cuestionarse al menos desde dos puntos de vista: i) esa afirmación asume en primer lugar que la sana crítica hace referencia a la lógica formal, existiendo otras clases de lógicas que también podrían ser útiles para la valoración de la prueba y; ii) los conocimientos científicamente afianzados pueden incluso primar por sobre los principios lógicos, los que no serían absolutos.

Sin embargo, hay voces en los estudios de *lógica* que responden a las críticas que aquí se anunciaron sobre la *imperfeción* de los principios lógicos, haciendo notar que estos no informan sobre *el mundo*, sino que son principios que rigen *el hablar* y *el pensar*. Así expone Bustamante Zamudio *“los tres principios de lógica aristotélica (identidad, no contradicción, tercero excluido) pueden hacerse equivaler a principios de consistencia de quien enuncia. Así, el principio de identidad rezaría: ‘si empiezas tu argumentación considerando que hay A, no lo olvides en el camino’; o, mejor: ‘si empiezas tu argumentación considerando que hay A, y encuentras en el camino que no hay A, entonces tienes otro comienzo’. Por su parte, el principio aristotélico de la no contradicción rezaría: ‘si conversas, pensando que dices algo sobre el mundo, tienes que reconocer que lo dicho ha sido dicho, de lo contrario, no se podrá avanzar; y si vas a cambiar lo dicho, tienes que explicitarlo o, en todo caso, atente a las consecuencias si tus interlocutores se dan cuenta’. Y, por último, el principio aristotélico del tercero excluido rezaría: ‘si pusimos como condición que los enunciados eran verdaderos o falsos, no hay una tercera opción, a no ser que pongamos otra condición que, en todo caso, no podrá ser rebasada*⁵⁶.

El párrafo precedente viene a remarcar la función lingüística-interpretativa que tienen los principios lógicos, y pone de manifiesto la relevancia de recordar que los principios aristotélicos de la lógica operan en la estructura del lenguaje, por lo que son incapaces, a priori, de decidir sobre el contenido de las proposiciones que ligan argumentativamente.

1.3 El aspecto epistémico cultural: Conocimientos científicamente afianzados y máximas de la experiencia.

⁵⁵ Ibid. P. 162

⁵⁶ Bustamante Zamudio, G. (2008). Los tres principios de la lógica aristotélica: ¿son del mundo o del hablar? *Folios*, (27), 24-30.

1.3.1 ¿Por qué epistémico – cultural?

La dimensión epistémico – cultural de la sana crítica es una categoría elaborada por Coloma Correa y Agüero San Juan, que opera en contra posición a la dimensión lingüística – interpretativa, y que engloba al conocimiento científicamente afianzado y a las máximas de la experiencia, en cuanto estos parámetros vendrían a cumplir las funciones que quedan por fuera de lo esperado de la lógica.

Los autores, al describir estas funciones, indican: *“Un primer asunto que atañe a la dimensión epistémico – cultural se refiere a que la valoración de la prueba supone decidir sobre la fuerza de los datos que se sitúan en la bases de razonamiento probatorio, esto es los medios de prueba. (...) En el modelo de la sana crítica para dirimir si una pieza de información cuenta o no con suficiente validez debe realizarse un juicio (valoración) de si aquella se encuentra epistémicamente o culturalmente reconocida como soporte válido de un discurso no ficcional. Un segundo asunto que se resuelve en conformidad a criterios validados a nivel epistémico o cultural refiere a las inferencias que pueden llevarse a cabo a partir de las pruebas disponibles. La cuestión es determinar si desde un conjunto de datos dados, es posible arribar a un conjunto de conclusiones válidas usando generalizaciones – que podrían ir desde patrones legitimados en una comunidad especializada hasta conocimientos populares – sobre como ocurren las cosas”*⁵⁷.

Como puede concluirse del fragmento citado, el aspecto epistemológico de esta categoría se relaciona con los conocimientos científicamente afianzados, mientras que el aspecto cultural se relaciona principalmente con las máximas de la experiencia. Sin perjuicio de esto, debe advertirse que, aunque conceptualmente se realicen estas diferenciaciones, ambos parámetros están estrechamente ligados.

La afirmación realizada en el párrafo precedente que liga lo epistémico con lo científico y lo cultural con las máximas de la experiencia exige la explicitación de un concepto de epistemología. Epistemología proviene del griego *episteme*, conocimiento, y *logia*, estudio, y es definida por la RAE como la *“Teoría de los fundamentos y métodos del conocimiento científico”*⁵⁸. Sin embargo, según Jaramillo Echeverri *“en la mayoría de los textos la palabra epistemología se encuentra*

⁵⁷ Coloma y Agüero (2014). Op. Cit. P. 680

⁵⁸ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Consultado en <http://dle.rae.es/?id=Fy2OT7b> [consulta 30 julio 2018]

*relacionada como aquella ciencia, o parte de la ciencia encargada de la teoría del conocimiento*⁵⁹. Para Thuillier la noción de epistemología corresponde a aquella "*ciencia o filosofía de la ciencia que no impone dogmas a los científicos sino que estudia la génesis y la estructura de los conocimientos científicos*"⁶⁰.

A pesar de que un estudio acabado sobre el concepto de epistemología desborda ampliamente las posibilidades de esta investigación, se puede, utilizando las aproximaciones señaladas, explicar la idea de Coloma Correa y Agüero San Juan sobre el carácter epistemológico de los conocimientos científicos como parámetro racional del siguiente modo: en un primer nivel, la fuerza del conocimiento (*dato*) que respalda la hipótesis que las partes presentan en el juicio depende de que este pueda ser validado de acuerdo a criterios referidos al *cómo* se obtiene aquel conocimiento, es decir, *epistemológicos*. Luego, si se quiere obtener una conclusión de aquel *dato*, aquella conclusión también debe tener como respaldo métodos *epistemológicamente válidos*.

Lo que resulta más interesante en este punto es que la *validez* de los métodos utilizados para la obtención del conocimiento no depende del juez, sino que de *patrones legitimados en una comunidad especializada*. Esta comunidad *científica* es la encargada de decidir *cómo* es válido producir conocimiento y también *cómo* es válido obtener conclusiones respecto de aquel primer *dato*.

En lo referido al aspecto cultural de esta dimensión, el que se ha identificado con las máximas de la experiencia, éste se caracteriza principalmente porque en el cumplimiento de su función la decisión sobre la fuerza del *dato* presentado como respaldo del relato y la posterior evaluación sobre las consecuencias que de aquel pueden derivarse no dependerá de que puedan validarse (tanto el dato como las conclusiones) de acuerdo a criterios epistemológicos, sino que *culturalmente* puedan ser reconocidos como válidos.

El diagnóstico que realizan Coloma y Agüero explicita las fuentes socialmente reconocidas del conocimiento que incorpora la sana crítica. Una es la investigación científica, en el cual el conocimiento producido es válido porque el método utilizado para obtenerlo lo es según una comunidad especializada. Y la otra es la cultura. Pero respecto a esta fuente ¿qué valida ese conocimiento?

⁵⁹ Jaramillo, L. G. (2003). ¿Qué es epistemología? *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, (18). P. 174

⁶⁰ Ibid. P. 175

1.3.2 Conocimientos científicamente afianzados

En orden a analizar fructíferamente la función que este parámetro cumple en la sana crítica, cualquier definición que de éste se haga debe hacerse cargo de al menos dos preguntas: ¿Qué implica decir que un conocimiento tiene el carácter de científico? y ¿Cuándo un conocimiento catalogable como científico puede considerarse afianzado?

Melo Labra define el conocimiento científico como *“el saber racional, objetivo, fundado, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico y verificable en la realidad. Constituye una aproximación a la verdad descubierta utilizando un método científico.”*⁶¹ Esta definición se enmarca de manera armónica con la dimensión epistémica del conocimiento científico, al señalar que es aquel conocimiento que es obtenido a partir de un *cómo* determinado (el método científico).

Mientras que, según Cerda San Martín, los conocimientos científicamente afianzados son *“saberes científicos y técnicos más o menos generalizados, comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas que profesan una disciplina y que por regla común también son conocidos de un modo general por los legos en la materia”*⁶². Esta definición, por otro lado, está enfocada en responder a la pregunta sobre el carácter de *afianzados* de los conocimientos científicos, los cuales tendrán esa característica cuando sean *compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas que profesan una disciplina*.

El contraste de ambas definiciones explicita un problema. Si el conocimiento científico es obtenido a partir de un método que resguarda la objetividad, ¿cómo puede su carácter de *afianzado* depender de la adhesión de un mayor número de personas?

Coloma y Agüero abordan este problema destacando en la caracterización del conocimiento científico tanto el *cómo* como el *quién* de su génesis. Estos autores conceptualizan la ‘ciencia’ como *“un conjunto heterogéneo de discursos. En general, calificamos como científicos a aquellos discursos que son formulados por grupos de expertos que gozan de prestigio social y que se circunscriben en ciertas áreas del conocimiento”*⁶³. El emisor del discurso es uno de los factores que se toman en cuenta al decir de un discurso que es *científico*. Pero, además, ese discurso tiene

⁶¹ Melo. Op. Cit. P. 2

⁶² Cerda San Martín, R. (2009). Valoración de la prueba. Sana crítica. Santiago: Librotecnia. P. 39

⁶³ Coloma y Agüero (2014). Op. Cit. P. 685

ciertas características internas: *“explica los fenómenos estudiados mediante su reconceptualización e inserción en un sistema de significados dentro del cual, dada sus particulares circunstancias, cada fenómeno se subsume en leyes generales”*⁶⁴. Por lo que estos autores afirman que *“los saberes descubiertos por los científicos son llamados ‘conocimientos científicos’ para distinguirlos cualitativamente de otros saberes en razón **de quién accedió a ellos; de la forma en que fueron adquiridos o del modo en que fueron fijados**”*⁶⁵.

Al comprender adecuadamente la relación de factores que le dan a un conocimiento el carácter de científico queda claro que el estatus de *afianzados* de estos solo puede depender de un *consenso* en una comunidad disciplinaria determinada. Este *consenso* entendido como un antecedente del carácter de indiscutible de un conocimiento también abarca, por regla general, el método empleado para su obtención.

Desde un punto de vista jurídico ¿cómo podemos identificar y caracterizar aquel consenso? En ‘Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica’, Coloma y Agüero exponen opiniones de algunos jueces respecto a este punto, que representan a la perfección el problema.

Así, por ejemplo, sobre la definición de un conocimiento científico afianzado un Ministro señala que *“pertenece a una adquisición cultural histórica, aquello que no es en la actualidad al momento en que se está juzgando y adoptando la decisión, susceptible de discusión en el plano del conocimiento científico, es decir, en el propio de las ciencias exactas”*⁶⁶. Llama la atención en esta definición el hecho de que este Ministro identifique el conocimiento científico con el ámbito de las ciencias exactas. Las razones detrás de esta idea pueden entenderse utilizando la distinción entre los conocimientos de *dicto* y los conocimientos de *facto*, que apunta a la forma a través de la cual se obtiene un conocimiento. *“Un conocimiento es de dicto cuando no es accesible sin la intermediación de un marco cultural. Quienes no sabemos cómo comprobar o refutar las teorías científicas solo podemos confiar en lo que ‘dicen’ los científicos. (...) El conocimiento de facto, en cambio, se hace depender de la confianza que el sujeto tiene en su capacidad sensorial para percibir los fenómenos que suceden en su entorno”*⁶⁷. En las ciencias no exactas esta distinción se debilitaría, dándole la sensación al juez de que lo que el ‘científico social’ le está diciendo él ya lo sabe, o de que podría analizarlo con el solo mérito de su capacidad sensorial.

⁶⁴ Loc. Cit.

⁶⁵ Ibid. P. 686.

⁶⁶ Coloma y Agüero (2014) Op. Cit. P. 398

⁶⁷ Coloma y Agüero (2014) Loc. Cit.

Otro juez, expone: *“Yo no puedo ir contra el científico, como pongo el fallo, que si el método es correcto. Si la comunidad científica ha avalado que esto es así, ¿cómo voy y digo que le creo a éste y a este otro no? No tengo cómo”*⁶⁸.

Con esta la intención de superar este tipo de dificultades, Coloma y Agüero, luego de distinguir entre los peritajes producidos por un aparato o instrumento y aquellos cuyos resultados dependen sobre todo de la intervención de un agente humano, proponen cuatro reglas de decisión: *i) Debe preferirse el conocimiento producido con la mejor tecnología disponible en un momento dado. ii) Ante igualdad de condiciones tecnológicas debe preferirse al conocimiento que tiene mayor sustento en la comunidad científica de referencia. iii) La tasa de error condiciona la elección entre un resultado producido por un artefacto y un resultado producido por un humano. Y iv) A igualdad de todos los factores anteriores el juez tiene discrecionalidad para decidir entre los resultados científicos.*⁶⁹

1.3.3 Máximas de la experiencia

La noción de máximas de la experiencia fue introducida por Friederich Stein, quien en su obra *‘El conocimiento privado del juez’* las conceptualiza como *“definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez sobre otros nuevos.”*⁷⁰

Sin perjuicio de que este es el concepto clásico de máximas de la experiencia y refleja la comprensión general que tiene la doctrina sobre este parámetro racional, existen también otras definiciones.

Couture Etcheverry, por ejemplo, señala que son *“normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”*⁷¹.

Calamandrei, por su parte, define las máximas de la experiencia como aquellas *“extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública”*⁷².

⁶⁸ Coloma y Agüero (2014) Op. Cit. P. 399

⁶⁹ Coloma y Agüero (2014) Op. Cit. P. 688

⁷⁰ Stein, F. (1988). El conocimiento privado del juez: Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos (2a ed.). Bogotá: Temis P. 188

⁷¹ Couture. Op. Cit. P. 192

González Castillo, tras analizar los conceptos que aquí se han dado de máximas de la experiencia, expone una visión sobre los elementos comunes que las caracterizan: i) **Son juicios**, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general; ii) **Tienen vida propia**, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; iii) **No nacen ni fenecen con los hechos**, sino que se prolongan más allá de los mismos; iv) **Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida**; y v) **Carecen de universalidad**. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.⁷³

De acuerdo con Taruffo: “lo que constituye el carácter típico de las máximas de la experiencia es el hecho de que son máximas y por esta razón se enuncian en forma de <<reglas>>, es decir, con proposiciones de naturaleza tendencialmente general”⁷⁴. Sin perjuicio de que este autor identifica diversas funciones asociadas a las máximas de la experiencia, su contenido puede comprenderse principalmente a partir de su denominada función ‘heurística’, según la cual a partir de estas reglas pueden formularse inferencias con la siguiente estructura: “dada la circunstancia conocida X se puede suponer la existencia de la circunstancia desconocida Y, si la máxima afirma que normalmente, dado X, se tiene también Y”⁷⁵.

Recapitulando, las máximas de la experiencia son juicios de carácter general, en los que la generalidad puede interpretarse como referida a dos aspectos distintos: en primer lugar, a un aspecto ‘probabilístico’, en el sentido que nos permite afirmar que si X, entonces *generalmente* Y. Y, en segundo lugar, referida a la extensión del conocimiento que la máxima de la experiencia representa dentro del seno de una comunidad determinada en un espacio temporal definido, es decir, lo que la *generalidad* de la comunidad sabe.

A diferencia de los conocimientos científicamente afianzados, las máximas de la experiencia no pueden caracterizarse por el *cómo* de su génesis. En los conocimientos científicos, el *cómo*, es decir, el método científico, es una práctica destinada a la obtención de un conocimiento *objetivo*, en el sentido de que siempre que se den unas circunstancias determinadas pueda asegurarse la consecución de un resultado específico. Esa pretensión de universalidad de los conocimientos

⁷² CALAMANDREI, P. (1961). Estudios sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. P. 381.

⁷³ González Castillo. Op. Cit. P. 97

⁷⁴ TARUFFO, M. (2009). Páginas sobre justicia civil. Editorial Marcial Pons. Madrid. P. 440.

⁷⁵ Ibid. P. 447 - 448.

científicos no está presente en las máximas de la experiencia, las que poseen marcados rasgos de localidad e idiosincrasia.⁷⁶

Ante la imposibilidad de analizar las máximas de experiencia a partir del *método* utilizado en su gestación, cobra importancia la pregunta respecto del *quién*. Como se afirmó previamente, la sana crítica como modelo de valoración de la prueba se caracteriza por establecer límites cuyo contenido depende de otros actores de la sociedad. En el caso de los conocimientos científicos, es posible identificar una *comunidad científica* que en su praxis genera discursos que luego son catalogados, a partir del *quien* y del *cómo*, como ciencia. En el caso de las máximas de la experiencia ¿de dónde provienen esos conocimientos? ¿Del patrimonio intelectual del juez, de la generalidad de la sociedad, o tanto del juez como de la sociedad?

Según Friederich Stein, las máximas de la experiencia obligarían al juez a estandarizar sus creencias al conocimiento general⁷⁷. Mientras que, a este respecto, Calamandrei señala *“Las sospechas de parcialidad o de prejuicio que acompañan siempre a la afirmación del observador singular quedan eliminadas a través de la crítica del grupo social; este patrimonio cultural, conquista anónima de los esfuerzos de todo el grupo, se despoja, en cuanto es humanamente posible, de las escorias que podrían acompañar al juicio del testigo que dice haber visto con sus propios ojos. Las nociones que componen este patrimonio adquieren así una autoridad que la afirmación individual no puede tener, porque llevan consigo la garantía de la selección y del control colectivo”*⁷⁸.

La afirmación de Montero Aroca respecto a que *“esas máximas no pueden estar codificadas, pero si han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por recursos la razonabilidad de la declaración de los hechos probados”*⁷⁹ ponen el foco en una de las tesis de este trabajo: a pesar de que las *máximas* de la experiencia se generan a partir de lo que la generalidad de la sociedad sabe respecto a lo que normalmente ocurre, estas máximas solo pueden ser identificadas cuando son *utilizadas* por el juez en la sentencia. De este modo, las máximas de la experiencia tienen un alcance mayor a la experiencia personal del juez, pero él es el encargado de *nombrarlas*. Así es como la racionalidad de la sentencia dependerá de que lo dicho por el sentenciador coincida con lo que la sociedad

⁷⁶ Coloma y Agüero (2014). Op. Cit. P. 690

⁷⁷ STEIN, F. (1988). Op. Cit. P. 7.

⁷⁸ Calamandrei. Op. Cit. P. 203.

⁷⁹ González. Op. Cit. P. 103

concibe como *de normal ocurrencia*. González Castillo ya señalaba esto al decir que las máximas de la experiencia *afloran en el proceso inductivo del juez que las aplica*.⁸⁰

Este fenómeno, en el marco de un sistema acusatorio mixto, debe analizarse tomando en cuenta que el juez decide sobre relatos presentados por las partes. La consecuencia de considerar a las máximas de la experiencia como un parámetro epistémico – cultural, junto con los conocimientos científicamente afianzados, implica entender que las máximas de la experiencias se enfocan en decidir sobre *la fuerza de los datos presentados por las partes para respaldar sus hipótesis* y también sobre *la posibilidad de realizar generalizaciones a partir de un grupo de datos dado*. En este sentido las máximas de la experiencia operan como un límite, de acuerdo al tenor del artículo 297 del Código Procesal Penal, que le impide al juez *enunciar* máximas de la experiencia que no se correspondan con el conocimiento general de la comunidad sobre lo que normalmente ocurre, pero también cumplen un rol de complementariedad y justificación de los relatos, lo que se deriva del carácter de *notoriedad* del que están investidas.

La aplicación de las máximas de la experiencia en las narraciones que cada una de las partes presenta permite dar a estas construcciones literarias contexto. En palabras de Taruffo, la función de las máximas en la narración consiste en dotarlas de “(...) *coherencia narrativa, en términos de correspondencia de la historia con los modelos de narraciones que existen dentro del “stock de conocimiento” que representa los contenidos de esta cultura*”⁸¹.

Oyarzún Riquelme, en su tesis ‘*Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba*’⁸² expone, sin embargo, los peligros relacionados con la presencia de las máximas de la experiencia en las narraciones, los cuales se relacionan directamente con la determinación del contenido del *stock de conocimiento* al que hace referencia Taruffo. Ese concepto, que se refiere al conocimiento de la comunidad, según un autor, está compuesto por “*aglomeraciones de creencias mal definidas que típicamente consisten en un complejo potaje de información, modelos sofisticados, memorias anecdóticas, impresiones, relatos, mitos, proverbios, deseos, estereotipos, especulaciones y prejuicios, más o menos fundados*”⁸³.

⁸⁰ Ibid. P. 97.

⁸¹ Taruffo. Op. Cit. P. 156

⁸² Oyarzún Riquelme, Carbonell Bellolio, & Universidad de Chile. Departamento de Derecho Procesal. (2016). *Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba*. Santiago: Universidad de Chile.

⁸³ TWINNING, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2006. 2ª ed. University Press Cambridge. Cambridge. P.338.

Tras lo dicho, debe recordarse la pregunta que se dejó planteada en el apartado que trata los parámetros epistémico – culturales, sobre qué es lo que valida el conocimiento que las máximas de la experiencia representan, ya que ese conocimiento puede estar ‘contaminado’ con prejuicios, información errónea, datos imprecisos, etc.

Además, de lo señalado anteriormente, surgen otras preguntas respecto a la aplicación de las máximas de la experiencia, pues ¿qué es lo que podemos considerar como la *generalidad* de una comunidad? ¿hay máximas de la experiencias distintas en sede laboral, en sede penal, en sede civil? ¿hay máximas de la experiencia distintas en las diferentes regiones de Chile? ¿Cómo resuelven los tribunales la heterogeneidad del conocimiento de la comunidad en un país en el que la migración y la diversidad de culturas son un fenómeno cada vez más relevante?

1.4 Recapitulación crítica.

1.4.1 La sana crítica como sistema de valoración de la prueba.

En doctrina se ha criticado principalmente la operatividad de la sana crítica como un sistema de valoración de la prueba que efectivamente sea capaz de imponer límites al razonamiento del juez.

Esta crítica se vincula principalmente con la indeterminación de la función práctica que deben cumplir los parámetros racionales que la componen. En palabras de Coloma Correa *“La comunidad de lectores de sentencias no cuentan con herramientas para reclamar – con buenos argumentos – que lo se hace pasar como aplicación de la SC, es inconsistente con virtudes predicables respecto de dicho sistema de valoración de la prueba.”*⁸⁴.

La misma crítica puede identificarse en el diagnóstico de Laso Cordero, cuando afirma que no hay nada de especial en la sana crítica, y que la lógica que ésta espera aplicar no es otra que la del sentido común.

Con la intención de hacerse cargo de este problema, Benfeld elabora una concepción no tradicional de la sana crítica, en la que propone *“anclar sus soportes teóricos en conceptos congeniales con la idea de un procedimiento de deliberación racional realizado por una comunidad disciplinar”*⁸⁵. Esta propuesta implica concentrarse en el hecho de que la sana crítica es un ejercicio

⁸⁴ Coloma (2012). Op. Cit. P. 755

⁸⁵ Benfeld, Johann. (2015). Una concepción no tradicional de la sana crítica. Revista de derecho (Valparaíso), (45), 153-176. P. 166

realizado por una comunidad disciplinar determinada: la de los jueces. El beneficio que se obtiene con este enfoque, según el autor, es poder comprender la *práctica* de la valoración incorporando al análisis las nociones de “*conocimientos tácitos (tacit knowledges)*” y de “*aprendizajes informales (informal learnings)*”. Con estas nociones “*se suele designar una constelación de ideas que incluye experiencias individuales, aprendizajes miméticos, prácticas grupales no institucionalizadas y conocimientos intuitivos, entre otros*”⁸⁶. El autor las define “*como un tipo de aprendizaje – conocimiento no institucionalizado que se verifica con mayor ocurrencia en contextos culturales complejos y cuya finalidad es, las más de las veces, servir de mediador entre los conocimientos teóricos adquiridos de forma regular y las necesidades prácticas no previstas de una situación particular*”⁸⁷. Y concluye que estas nociones deben ser incorporadas al análisis tradicional que se realiza de la sana crítica, con el objetivo de que “*la comunidad disciplinar de los jueces pueda enjuiciar y evaluar sus prácticas compartidas dentro de un esquema objetivo de conocimiento*”⁸⁸.

También ligada a la práctica del ejercicio de valoración de la prueba de acuerdo al modelo de la sana crítica, se realiza una precaución relacionada con la falta de formación que los jueces tienen en las áreas que se erigen como límites de la valoración. En este sentido, Coloma Correa sugiere: “*Es de esperar que los jueces y juristas establezcan vínculos más estrechos con otras disciplinas que están en condiciones de suministrar reglas de valoración conforme a la SC, o lo que sería casi lo mismo, se precisa derribar algunas fronteras que dificultan el diálogo de los especialistas en derecho de las otras disciplinas*”⁸⁹.

Una última crítica ligada a la práctica judicial en el marco de la sana crítica es la realizada por González Castillo al diagnosticar que los jueces no fundamentan de manera adecuada los fallos: “*(...) lo que se acostumbra ver en las sentencias es que luego de una simple relación de la prueba rendida – que en la forma aparente de un análisis es más bien un resumen de ella – seguida de la genérica afirmación ‘y que habiéndose apreciado la prueba en conciencia’ las causas se fallan sin más*”⁹⁰.

1.4.2 Los principios lógicos.

⁸⁶ Loc. Cit.

⁸⁷ Ibid. P. 168

⁸⁸ Ibid. P. 175

⁸⁹ Coloma (2012). Op. Cit. P. 777

⁹⁰ González. Op. Cit. P. 104

Con relación a la lógica, los principales problemas que surgen están asociados, por una parte, a la determinación de la clase de lógica a la que se hace referencia, y por otra, a la definición de su concepto.

A pesar de que en general la doctrina asimila la lógica involucrada en la sana crítica con la lógica formal, según ciertos autores nada hay en la ley que haga obligatoria aquella relación. Surgen en este sentido propuestas para incorporar otros tipos de lógica, como pueden ser la lógica no monotónica o la lógica factual.

Aún dentro del ámbito en el que se comprende a la lógica como lógica formal se plantean ciertos conflictos en la aplicación de sus principios clásicos: identidad, no contradicción y tercero excluido.

Las críticas o cuestionamientos en este sentido apuntan a que estos principios pueden no ser adecuados para dar cuenta de algunos avances científicos que los cuestionan, debido a la esencia exclusivamente ambivalente de la lógica formal. Por esta esencia ambivalente, y por la rigidez con la que opera, los autores sugieren que debe trabajarse en un método que permita utilizar la lógica para dar cuenta de cómo opera la conducta de los individuos en la cotidianeidad.

Como respuesta a los cuestionamientos que se realizan a los principios lógicos, desde esta disciplina se responde argumentando que los principios lógicos rigen el hablar, postura que se adecúa con la función con la que estos se caracterizan en la sana crítica: como parámetros correctivos del lenguaje, propios de la dimensión lingüístico – interpretativa.

1.4.3 Conocimientos científicamente afianzados.

Los conocimientos científicos tienen dos ejes críticos de análisis. Uno que tiene que ver con la denominación *científico* y el otro con el carácter de *afianzados*. El primer punto puede expresarse en la pregunta ¿Cómo distinguir un conocimiento científico de otro que no lo es? Este problema se materializa en los problemas relacionados con las *seudociencias* y con el conflicto que se da entre las *ciencias exactas* y *las ciencias sociales o humanas*. ¿Cuándo una disciplina tendrá las características necesarias como para operar como un límite o cumplir una función epistémica – cultural en materia de sana crítica?

Mientras que los problemas asociados a la cuestión de cuándo un conocimiento científico está afianzado se ve graficado en situaciones de conflicto entre escuelas científicas, el tratamiento de la posibilidad de error en los procedimientos científicos y la falta de formación de los jueces en las

ciencias. Este problema adquiere relevancia si, siguiendo a Römken, concluimos que “*dado que los expertos científicos están comprometidos en un proceso epistemológico dentro de un contexto legal, la ley se fortalece como una institución cultural, en virtud de su facultad de calificar o descalificar, e incluir o excluir el conocimiento científico como (ir)revelante y/o verdadero*”⁹¹. El juez, al fallar, ratifica el estatus de afianzado de un conocimiento, pero ¿con qué herramientas?

1.4.4 Máximas de la experiencia.

Similar postura se plantea respecto a las máximas de la experiencia al señalar que el juez es encargado de hacer que *afloren* al aplicarlas en la dictación de la sentencia. Cobra importancia la posibilidad de evaluar que las máximas de la experiencia aplicadas por el juez efectivamente se correspondan con *lo que normalmente ocurra* y no encuentre base en información errónea o poco precisa. Una consecuencia peligrosa del rol que tiene el juez en la elaboración de las máximas de la experiencia es la posibilidad de que termine siendo su experiencia personal la que adopte este estatus.

Otro aspecto crítico surge de la característica de las máximas de la experiencia referida a su falta de universalidad y determinación respecto a un espacio físico determinado. ¿Cuál será este espacio? ¿Cómo varían las máximas de la experiencia en las distintas zonas del país? Y también a un momento o a una época determinada ¿Cuándo una máxima de la experiencia es anacrónica?

En último lugar, se destaca como nudo crítico el conflicto que puede surgir entre los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, o entre dos o más máximas de la experiencia contradictorias. Melo Labra, por ejemplo, sostiene que “*el progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de la experiencia derogadas por otras más exactas*”⁹².

1.4.5 Toma de postura.

Dirigiendo la revisión conceptual y crítica hacia una conclusión propositiva se puede afirmar, en primer lugar, que la sana crítica reconoce como base de contenido el conocimiento que una sociedad específica posee en un momento determinado. A esta base se accede utilizando

⁹¹ Römken, R. citado en Coloma Correa, R. (2012). The fall of the argument from authority and the rise of sound criticism. *Revista De Derecho (Valdivia)*, 25(2), 207-228. P. 217

⁹² Melo. Op. Cit. P. 1.

lo que se ha denominado parámetros racionales: principios lógicos, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

Este modelo, sin embargo, presenta graves problemas relacionados, por una parte, con la heterogeneidad que presenta el saber en los distintos grupos que conforman la sociedad, y por otra, con las posibilidades de que este conocimiento se permee infectándose de discursos que se imponen por su peso cultural, más que por sus méritos racionales.

La decodificación que los parámetros racionales realizan de la base de conocimiento disponible en una sociedad, además, difícilmente puede asimilarse a una función exclusivamente limitadora del ejercicio racional de valoración que debe realizar el juez.

Si se quisiera defender una postura que, siguiendo el tenor del artículo 297, sostuviera que los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados consisten exclusivamente en límites para el ejercicio de valoración, se debería sortear un obstáculo que parece insalvable: el mismo juez estaría encargado de definir los márgenes en los que es lícito desenvuelva su actividad.⁹³

Por lo mismo, lo adecuado es concluir que los parámetros racionales no son solo límites, sino también criterios orientadores de la decisión del juez, quien puede darle prioridad a uno por sobre otro, interpretarlos y modificar (dentro de ciertos márgenes) su contenido a la luz de los hechos de la causa y su propia experiencia y convicciones.

De ahí que la tarea sea identificar en la práctica como se utilizan efectivamente estos parámetros, con el afán de denunciar los puntos en los que pueda existir abusos por parte de los adjudicadores o contaminación prejuiciosa y/o subjetiva.

CAPÍTULO II: CONTEXTO, OBJETIVOS Y DELITOS DE LA LEY 20.000.

2.1 Contexto.

⁹³ Esto es sobre todo cierto para las máximas de la experiencia, pues él será quien las enuncie. En el caso de los CCA es menos patente, pero aún podría defenderse esta afirmación, desde un punto de vista como el de Römken. En materia de principios lógicos, esto podría observarse en la definición que los jueces hagan de la lógica y de sus principios canónicos.

El 30 de marzo del año 1961, en Nueva York, se dictaba por las Naciones Unidas la Convención Única sobre estupefacientes⁹⁴.

Esta convención, que entró en vigencia en nuestro país el 16 de Enero de 1968 implicó la consagración internacional, en materia de tratamientos de sustancias estupefacientes, de la política prohibicionista, la cual puede entenderse como *“aquella que enfrenta la problemática de las drogas, con énfasis en el control de la oferta, mediante sanciones aplicadas a conductas asociadas a la producción, distribución y porte de sustancias declaradas ilícitas, exceptuando, aquellas que estén asociadas a uso científico y las destinadas a la atención de tratamientos médicos”*⁹⁵.

Otras convenciones importantes sobre la materia ratificadas por Chile son la Convención sobre sustancias psicotrópicas de Viena, del 21 de Febrero de 1971, vigente en nuestro país desde el 3 de Noviembre de 1976 y la convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena, del 20 de Diciembre de 1988, vigente en Chile desde el 31 de mayo de 1990.

En el año 2013, la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos elabora un informe titulado “El problema de las drogas en América”, en el cual por primera vez se da cabida a una perspectiva no tradicional de tratamiento de estupefacientes, alternativa al enfoque prohibicionista.

Sobre las razones que habrían motivado esta discusión, el Informe señala: *“Los intensos niveles de violencia asociados al narcotráfico (...) han sido el factor principal de alarma que ha llevado a las autoridades del más alto nivel a involucrarse de manera más activa en este debate. Otros factores determinantes de esta nueva actitud han sido los cambios en los patrones de consumo de drogas en el Hemisferio, la mayor prevalencia de este consumo, la violencia que afecta a los grupos más vulnerables de la sociedad y la demanda creciente de servicios de salud para el tratamiento de las adicciones”*⁹⁶.

La perspectiva no tradicional se asocia con la política de reducción de riesgos y se caracteriza por promover *“la adopción de políticas orientadas a reducir la importancia de la justicia penal en el*

⁹⁴ sobre Estupefacientes, C. Ú. (1961). Naciones Unidas, Nueva York 1961.

⁹⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. (2013). Evaluación de la Ley n° 20.000. P. 23.

⁹⁶ SECRETARÍA GENERAL OEA (2014) El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos. Ciudad de Guatemala.

*control de éstas, enfatizando la necesidad de reducir los daños a la salud, la seguridad y el bienestar de los individuos y la sociedad, favoreciendo la óptica de tratar el consumo de drogas como una cuestión de salud pública, de reducir el consumo con campañas de prevención basadas en la evidencia y de alentar la experimentación con modelos de regulación legal de ciertas drogas*⁹⁷.

En el ámbito nacional, es el 11 de junio del año 1969 la fecha que marca el inicio de la regulación del tráfico y consumo de drogas con la dictación de la ley 17.155, que incorpora la noción de sustancias estupefacientes. Desde aquella primera ley, ha habido cinco cuerpos legales que regulan la materia. Estas han sido las leyes 17.155 de 11 de junio de 1969; 17.934 de 16 de mayo de 1973; 18.403 de 4 de mayo de 1985; 19.366 de 18 de octubre de 1995; y, por último, la 20.000 del 16 de febrero de 2005^{98, 99}.

2.2 Objetivos de la ley 20.000

La ley 20.000 entró en vigencia el 16 de Febrero del año 2005, en el transcurso del gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar. Esta ley incorporó como principal novedad la figura del tráfico ilícito de pequeñas cantidades, conocido también como microtráfico.

La ley 19.366 regulaba el tráfico de estupefacientes en su artículo 5°, que señalaba:

“Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a los que trafiquen, a cualquier título, con las sustancias a que se refiere dicho artículo o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a los que, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

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

⁹⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS. Op. Cit. P. 24

⁹⁸ Gonzalez Wittig, Marcos; León Álvarez, Lizette: El delito de tráfico de drogas, Ed. El Jurista, 2010, Santiago, P. 17

⁹⁹ Para un detalle de las principales modificaciones incorporadas por cada ley consultar Informe cámara diputados ley 20.000 P. 27 y sgtes.

El artículo 1º, por su parte, exponía:

“Los que, sin contar con la competente autorización, elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, el tribunal podrá rebajar la pena hasta en dos grados”.

De la lectura de ambos artículos se concluye que en el caso del tráfico debía aplicarse una pena que podía ir desde el presidio mayor grado mínimo a medio, es decir, entre cinco y quince años de cárcel.

En el mensaje n° 232 – 241 que acompañó la presentación del proyecto de la ley 20.000 queda clara la intención de corregir esta situación. Primero, porque de un modo general se expone que el propósito de la reforma legal es *“robustecer las penas contra los responsables de estos delitos, proponiendo un sistema que las haga aplicables plenamente y en forma proporcional a la magnitud, daño y peligrosidad de los hechos”*¹⁰⁰. Luego, se señalan las conclusiones a las que se llegó en diversas instancias respecto a este problema, como en la Comisión Especial para Drogas de la H. Cámara de Diputados y en los talleres de análisis de la ley 19.366, en los que participaron jueces del crimen y ministros de Cortes de Apelaciones, entre las cuales destaca la injusticia que se produce al imponer una pena excesivamente alta a quienes trafican escasas cantidades de drogas por la rigidez con la que la ley regula el tráfico. Para finalmente exponer: *“En la realidad actual, dichas penas aparecen desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de drogas, como a aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes o drogas aún más peligrosas, como el LSD o la heroína, utilizando además variados medios y recursos, traspasando las fronteras, corrompiendo funcionarios públicos y en algunos casos ejerciendo violencia para lograr sus propósitos. Muchas veces esta desproporción, tratándose de personas de escasos recursos, sin antecedentes de actividades delictivas anteriores, a veces de avanzada edad, ha derivado, como quedó establecido en los informes antes referidos, en la no aplicación de castigo, el que es igual al que contempla*

¹⁰⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. (2005) Historia de la Ley no.20.000: sustituye la Ley no. 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Santiago P. 8

nuestro Código Penal para el delito de homicidio y otros de igual gravedad. 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.”¹⁰¹.

El problema era de urgente corrección, si se considera que en esa realidad actual a la que hace referencia el mensaje, se constataba que, según *“el Informe anual de estadísticas nacionales y regionales sobre narcotráfico y microtráfico en el Gran Santiago del año 2003, el 90% de los procedimientos policiales relativos a delitos de drogas tenían por objetos conductas que tenían por objeto pequeñas cantidades de droga”¹⁰².*

La doctrina está conteste en que corregir este problema ha sido el principal objetivo de la ley 20.000 y de la consiguiente creación de la figura típica del tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas. En este sentido, Ruiz Delgado: *“La creación del tipo penal de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (...) obedeció a la necesidad de solucionar problemas de proporcionalidad de penas”¹⁰³* y Cisternas Velis *“resultó imprescindible una regulación que permitiera atender a este modus operandi, sancionando con penas más justas y proporcionales a los micro traficantes”¹⁰⁴.*

Más allá del problema respecto a la proporcionalidad de la pena del tráfico, también la Ley 20.000 identifica como uno de sus objetivos principales compatibilizar la regulación en materia de estupefacientes con la implementación de la reforma procesal penal. El mensaje del ejecutivo, sobre esto, señala: *“Además, el país enfrenta uno de los cambios más trascendentes en su ordenamiento jurídico e institucional penal, tanto con la modificación sustancial del procedimiento, como con la creación del Ministerio Público. Ello incide decisivamente en la Ley Nº 19.366 y obliga adecuarla a dicha normativa”¹⁰⁵.* De ahí la incorporación de los Títulos II y III en la Ley 20.000: *“De las técnicas de investigación”* y *“De la competencia del Ministerio Público”*, en los que se instaura, por ejemplo, en el artículo 25 la figura del agente revelador.

A modo de síntesis, siguiendo a la Comisión Especial de Drogas, puede señalarse que el proyecto de la ley 20.000 tenía tres ideas matrices. La primera concentrada en aspectos dogmáticos y

¹⁰¹ Ibid. P. 11

¹⁰² Centro de documentación Defensoría Penal Pública. (2013) LEY 20.000: TRÁFICO, MICROTRÁFICO Y CONSUMO DE DROGAS: ELEMENTOS JURÍDICOS Y SOCIOLÓGICOS PARA SU DISTINCIÓN Y DEFENSA. P. 31

¹⁰³ Ruiz Delgado, F. (2009). El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga: Un problema concursal de la ley 20.000. Política Criminal, 4(8), 408-429. P. 409

¹⁰⁴ Cisternas Velis, L. (n.d.). Es parte de: Revista de estudios Ius Novum. no.2 (2009), p. 89-127p. 92.

¹⁰⁵ Biblioteca Congreso Nacional. Op. Cit. P. 6

técnicos: penas, técnicas de investigación y de cooperación, dentro de la cual pueden identificarse la tipificación del microtráfico y la incorporación de nuevas técnicas de investigación, además de la regulación de las competencias del Ministerio Público en materia de drogas. La segunda, referida a el delito de lavado de dinero, donde destacaba la creación de una Unidad de análisis e inteligencia financiera. Y, en tercer lugar, la ampliación de los sujetos activos, enfocándose en funcionarios públicos, municipales y de elección popular.¹⁰⁶

2.3 Catálogo de delitos.

Ya la ley 19.366, coherente con las intenciones comprendidas dentro del enfoque prohibicionista del legislador, perseguía combatir en el tráfico de drogas en todas sus etapas, desde su producción hasta que las sustancias son puestas a disposición del consumidor, lo que se ha denominado el “ciclo de la droga”.

En base a este concepto, Politoff, Matus y Ramírez plantean una categorización de los delitos contemplados en la ley 20.000. Según estos autores, podemos distinguir en la ley¹⁰⁷:

1) Delitos contra la salud pública comprendidos en el ciclo de la droga:

- Tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio (art. 3° inc. 1°, parte final)

El artículo señala que las penas dispuestas en el art. 1° de la ley serán aplicadas también *a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias* (estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencias física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública).

Para los autores *“esta figura amplia abarca en sí misma el resto de figuras penales contempladas en dicha ley y que podrían considerarse parte de llamado “ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes”¹⁰⁸.*

- Tráfico ilícito de estupefacientes en sentido estricto.

Art. 3° inc. 1°: *Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título con las sustancias a que dicha disposición se refiere.*

¹⁰⁶ Ibid. P. 56

¹⁰⁷ Politoff, S., Acuña, J. P. M., & Guzmán, M. C. R. (2005). Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial. Jurídica de Chile.. P. 575 y sgtes.

¹⁰⁸ Loc. Cit.

- Microtráfico: Tipificado en el artículo 4°.
 - Otras formas de poner a disposición de consumidores finales las sustancias prohibidas. *Presunciones de tráfico sancionadas como delitos especiales: desviación de cultivos (art. 10°), suministro abusivo de sustancias estupefacientes (art. 7°), y prescripción abusiva (art. 6°).*
- 2) Actos preparatorios y de tentativa especialmente punibles.
- Asociación ilícita: Consagrada en el artículo 16°.
 - Tráfico de precursores (art. 2°)
 - Cultivo (art. 8°)
 - Elaboración (art. 1°)
- 3) Complicidad especialmente punible: *el delito de facilitación de bienes para la elaboración, plantación o tráfico de drogas (art. 11).*
- 4) Faltas contra la salud pública relativas al consumo personal. (art. 50°)

Además de los delitos incorporados al esquema expuesto, también en la ley existen delitos que protegen bienes jurídicos distintos de la salud pública. La correcta administración de justicia, por ejemplo, se resguarda con el delito de omisión del funcionario público de denunciar delitos de la ley, consagrado en el artículo 13°, y con la tipificación de la violación de secretos de investigación, descrita en el artículo 38°. Hay delitos especiales de riesgo asociados con el consumo de sustancias prohibidas por personal armado, detallado en el artículo 14°, y por personas a cargo de medios complejos de transporte, descrito en el artículo 15°. Y un delito de riesgo concreto para la salud individual: el suministro de hidrocarburos solventes a menores, del artículo 5°¹⁰⁹.

2.4 Selección de delitos.

¹⁰⁹ Ibid. P. 574

En este trabajo se analiza la aplicación de la sana crítica con relación al tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico, consagrado en el artículo 4°, y a la asociación ilícita para cometer delitos de la ley, descrita en el artículo 16°, ambos incluidos en la ley 20.000.

El microtráfico ha sido seleccionado, en primer lugar, por constituirse como la principal innovación de la ley, con el fin de corregir la desproporción de penas que se producía con en la ley 19.366. Por otro lado, se escoge este delito debido a los problemas que han surgido en su aplicación. En este sentido, destacan la definición de *pequeña cantidad, las circunstancias que racionalmente excluyen el consumo y el tratamiento médico*. Estas circunstancias cumplen funciones importantísimas en la estructura típica del delito, las que serán analizadas a continuación, pero todas tienen en común el hecho de que pueden ser construidas o verificadas a través de las reglas de la sana crítica.

Este diagnóstico es compartido por la doctrina. Ruiz Delgado, por ejemplo, refiriéndose a las cantidad de sustancia que puede ser considerada para el consumo personal y próximo en el tiempo, expone *“naturalmente, esta pregunta no puede ser contestada desde el ámbito de la dogmática penal y, por tanto, deberá reconducirse su estudio y búsqueda hacia ciertas disciplinas científicas, como la farmacología, y el estudio de la toxicomanía”*¹¹⁰.

De esta manera, el delito seleccionado permite analizar específicamente como se entienden y utilizan, tanto el sistema de la sana crítica desde una perspectiva global, como cada uno de sus parámetros racionales. ¿Qué les permiten hacer a los jueces? ¿Cómo pueden complementar o dotar de contenido elementos indeterminados dentro del tipo penal? ¿Qué tiene que ver el *racionalmente* al que hace referencia el inciso final del artículo 4° de la ley 20.000 con la *racionalidad* que inspira la sana crítica? ¿Cómo los parámetros racionales deciden sobre la calidad de *indiciarias del propósito de traficar* de las circunstancias de la posesión o del transporte de las drogas?

Respecto a la asociación ilícita, una de las razones por la cual se selecciona es su alta penalidad, que puede alcanzar el presidio mayor en su grado máximo Además de que en caso de que se haya cometido algún otro delito de los contemplados por la ley, se aplica la regla de acumulación material del artículo 74 del Código Penal, por lo que la condena puede llegar a ser de una inmensa extensión.

¹¹⁰ Ruiz. Op. Cit. P. 415

Se selecciona, también, pues se entiende que es la figura más importante, desde el punto de vista de tipificación de conductas, diseñada por el legislador para combatir el fenómeno cultural y socioeconómico del narcotráfico.

En cuanto a los problemas sobre los cuales se estructurará el análisis, en un diagnóstico inicial, se identifican como nudos críticos del tipo penal *la pluralidad de sujetos, el carácter más o menos permanente de la asociación y su jerarquización*. Desde estos prismas se pretende evaluar las tareas que los jueces asignan a los parámetros racionales para tomar decisiones condenatorias o absolutorias al tratar con este delito.

Las posibilidades que entrega el estudio de este delito para cumplir el objetivo señalado, pueden comprenderse mejor a partir de la siguiente conclusión: *“(la asociación ilícita) por su naturaleza, es un tipo penal abierto a la valoración por parte del intérprete a partir de la descripción de sus componentes de hecho, es decir, se debe recurrir a la valoración respecto del modo de organizarse, instrumentos de los cuales se vale, tipos de conductas que se realizan, objetivos que se persiguen, continuidad en el tiempo, la seriedad de la puesta en peligro de la paz y el orden público”¹¹¹.*

Por último, ambos delitos se seleccionan pues, por un lado, el microtráfico busca castigar en una proporción adecuada a los *dealers callejeros*, aquellas personas que trafican pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas¹¹², mientras que, en el otro extremo, se encuentra la asociación ilícita, en la que una pluralidad organizada, jerarquizada y más o menos permanente de sujetos se asocia para cometer delitos de la ley 20.000. ¿Hay máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados que puedan ser aplicados a ambos delitos? ¿Existe una base de conocimiento extensible a dos puntos límites dentro del ciclo de la droga?

¹¹¹ Aste Figueroa R. (2011) Comentario del fallo dictado en contra de la agrupación “Los Gaetes” y su análisis para determinar los elementos que configuran una asociación ilícita para el narcotráfico. En Revista Jurídica del Ministerio Público n° 47. Biblioteca de la Fiscalía Nacional. Santiago. P. 156.

¹¹² Politoff, Matus, Ramírez. Op. Cit. p. 584

CAPÍTULO III: TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES.

3.1 Presentación del delito: Bien jurídico protegido y características.

El tráfico ilícito de pequeñas cantidades o microtráfico está contenido en el artículo 4° de la ley 20.000.

Artículo 4º.- *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 sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.*

En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

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

El bien jurídico protegido que justifica la tipificación del microtráfico, como ya se adelantó, es la salud pública.

La salud pública se entiende como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, a lo que debe sumarse el peligro referido a la libertad de los individuos, *de resultas de la eventual dependencia física o*

*síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción*¹¹³.

Este bien jurídico se dimensiona considerando la salud del total de la colectividad: *“El bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas ha sido entendido como salud colectiva, o sea, como la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para salud pública es grave, porque puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave”*¹¹⁴.

Sobre las características del tráfico ilícito de pequeñas cantidades como delito, este puede catalogarse como un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

Los delitos de mera actividad *“son aquellos que se consuman con la estricta y sola realización de la acción en que consisten o por incurrir en la omisión respectiva”*¹¹⁵ y se oponen al delito de resultado, que es *aquel que por exigencias de la descripción típica requiere, para consumarse, además de la realización de la acción o de incurrir en la omisión en que consiste, de la producción de un efecto material determinado, diverso al actuar u omitir*¹¹⁶, en una clasificación de los delitos que se realiza atendiendo a las condiciones necesarias para su consumación.

El microtráfico es un delito de mera actividad en cuanto la sola *posesión, transporte, guarde o porte de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes* sin que pueda justificarse el consumo personal y próximo en el tiempo, ni el tratamiento médico, ni medie competente autorización; o *la adquisición, transferencia, suministro o facilitación a cualquier título* de estas sustancias con el objeto de que sean consumidos por otros; bastarán para configurar el delito.

Desde la perspectiva de la antijuricidad, entendida ésta como la lesión de un bien jurídico por parte de una conducta típica sin que exista autorización legal¹¹⁷, se realiza la clasificación entre los delitos de lesión y los de peligro, entre los cuales se distinguen los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto.

¹¹³ Politoff, Matus, Ramírez. Op. Cit. P. 574

¹¹⁴ MANZON-CABEZA, ARACELI; “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y desprotección de menores e incapaces”; en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, N° 56, 2003, p. 95.

¹¹⁵ GARRIDO MONTT, M. A. R. I. O. (1992). Derecho penal, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. P. 252

¹¹⁶ Loc. Cit.

¹¹⁷ Politoff Lifschitz, S., Matus Acuña, J. P., & Ramírez Guzmán, M. C. (2004). Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. P. 209

El delito de lesión es aquel que, para su perfeccionamiento, o sea su consumación, exige que realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger¹¹⁸.

“Delito de peligro es aquel que se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión”¹¹⁹. Es decir, en los que basta la probabilidad de una lesión concreta al bien jurídico tutelado.¹²⁰

Los delitos de peligro concreto son aquellos que requieren una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (ex post) que existió un curso probable que conducía al resultado temido (el cual fue impedido por un factor con el que no era seguro contar)¹²¹. Este tipo de delitos llevan la efectividad del peligro implícita o explícitamente incorporada a la descripción legal.¹²²

Mientras que los delitos de peligro abstracto no requieren la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí misma peligrosa, y por ello su prohibición se conmina con una sanción penal¹²³.

El delito consagrado en el artículo 4° de la ley 20.000 es un delito de peligro abstracto, en el que el legislador tipifica una conducta que estima potencialmente peligrosa para la salud pública, para evitar la difusión de sustancias, drogas estupefacientes o materias primas requeridas para producirlas, aplicando una técnica legislativa de adelantamiento punitivo, coherente con el enfoque prohibicionista de control de drogas, intentando coaptar la oferta. Anulando, de esta manera, la posibilidad de que las sustancias que estima como dañinas para la salud pública lleguen a las manos de los consumidores finales¹²⁴.

¹¹⁸ Garrido. Op. Cit. p. 253

¹¹⁹ Loc. Cit.

¹²⁰ Politoff, Matus, Ramírez (2004). Loc. Cit.

¹²¹ Loc. Cit.

¹²² Loc. Cit.

¹²³ Garrido. Loc. Cit.

¹²⁴ Narvaez Candias, P., Balmaceda Hoyos, G., & Universidad de Chile. Escuela de Graduados de Derecho. (2010). Revisión y análisis de criterios judiciales aplicados en la interpretación de la expresión pequeñas cantidades del artículo 4o. de la Ley 20.000 en la Región de Coquimbo entre los años 2005 y 2009. Santiago: Universidad de Chile, P. 24

3.2 Estructura típica: elementos del tipo y sus funciones.

3.2.1 Estructura.

El tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes es una figura específica y privilegiada del tráfico ilícito consagrado en el artículo 3° de la ley 20.000, que se distingue de aquel por *la incorporación de un elemento especializante: la pequeña cantidad*.¹²⁵

De esta manera, se habla de una *estructura típica compleja del tráfico ilícito de estupefacientes*¹²⁶, regulados tanto en el artículo 3° como en el artículo 4° de la ley.

Al centrar el análisis en el artículo 4° de la ley, se distinguen dos casos. En primer lugar, en el inciso primero, se tipifica la posesión, transporte, guarda o porte sin autorización de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, o de materias primas para su obtención, con la condición de que estas sustancias no estén destinadas a un tratamiento médico o al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Luego, el inciso segundo tipifica la adquisición, transferencia, facilitación o suministro a cualquier título de pequeñas cantidades de esas sustancias o materias primas, para que sean consumidas o usadas por otros.

Dentro de la estructura típica compleja a la que se hacía referencia *supra*, en ambos incisos se realizan descripciones que permiten realizar distinciones específicas. En el caso del inciso primero, se distingue el microtráfico del uso o consumo personal; y en el caso del inciso segundo se distingue entre el microtráfico y el tráfico propiamente tal del artículo 3° de la ley.

Finalmente, en el inciso tercero, la ley plantea criterios que excluyen la causal de atipicidad señalada en el primer inciso.¹²⁷

3.2.2 Elementos del tipo.

¹²⁵ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, "Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000", en Revista Ius et Praxis (vol. 11 n. 2, Talca, 2005). P. 2

¹²⁶ NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. (2005) "El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la Ley 20.000", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Semestre I, XXVI) P. 262

¹²⁷ Narváez. Op. Cit. P. 25.

A continuación, se analizan los elementos presentes en la base estructural del tipo, tanto los de carácter objetivo, como el sujeto activo, el objeto material, los verbos rectores, los elementos normativos y negativos; como el elemento subjetivo.

Sujeto activo.

“El sujeto activo de un delito es quien lo lleva a cabo¹²⁸”.

El artículo 4°, al hacer referencia a *“el que”* sin mayor especificación, contempla por lo tanto un sujeto activo indeterminado, *“no importando la calidad de quien lo comete sino como circunstancia agravante de la letra d) del art. 19, esto es, si el delito se cometiere por funcionarios públicos aprovechándose de su investidura o de las funciones que desempeñan¹²⁹”.*

Surge alguna duda respecto a si el consumidor puede ser sujeto activo del delito, a lo que hay que responder que sí. La circunstancia de que el sujeto activo sea consumidor puede desembocar en que se configure la causal de atipicidad contemplada en el inciso primero, pero de ninguna manera excluye la posibilidad de que los consumidores lleven a cabo la conducta descrita y por lo tanto consumen el delito.

Objeto material.

“El objeto material de la conducta u objeto de la acción es la cosa o persona sobre la que recae la acción¹³⁰”.

El microtráfico, al igual que la mayoría de los delitos de la ley 20.000, contempla como objeto material *“las drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, que se describen detalladamente en los arts. 1a y 2a del Decreto 867 del Ministerio del Interior, respectivamente¹³¹”.* Con la salvedad de que en el caso del artículo 4° el objeto material se constituye como la pequeña cantidad de estas sustancias. En este caso resulta indiferente para el microtráfico si las sustancias corresponden al artículo 1° del reglamento, donde se enumeran las denominadas *drogas duras*, o si son de aquellas contenidas en el artículo segundo, que regula las *drogas blandas*. A diferencia de lo que sucede con el tráfico penado en el artículo 3°, en el que puede rebajarse la pena en un grado por esta circunstancia.

¹²⁸ Politoff, Matus, Ramírez (2004). Op. Cit. P. 186

¹²⁹ Politoff, Matus, Ramírez (2005). Op. Cit. P. 576

¹³⁰ Politoff, Matus, Ramírez (2004). Op. Cit. P. 190

¹³¹ Politoff, Matus, Ramírez (2005). Op. Cit. P. 577

El reglamento, de esta manera, complementa el objeto material del delito, ya que es el instrumento jurídico encargado de decidir que sustancias son aquellas que pueden provocar dependencia física, síquica, o graves efectos tóxicos y daños considerables a la salud pública.¹³² Esta técnica utilizada por el legislador es una de las principales críticas que se le realizan a la ley de drogas, tanto desde un punto de vista constitucional como desde uno jurídico-criminal.¹³³

Respecto al concepto de sustancia estupefaciente, se indica que éstas corresponden a *“cualquier sustancia mineral, vegetal o animal que, introducida en un organismo vivo, puede modificar una o varias funciones produciendo dependencia física o síquica”*¹³⁴.

Mientras que, por Droga, la OMS entiende *“aquella sustancia natural o sintética cuya consumición repetida en dosis diversas, provoca en las personas el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (dependencia psíquica), la tendencia a aumentar la dosis (tolerancia) y la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia”*¹³⁵.

Sin perjuicio de los distintos conceptos que puedan tomarse en consideración en torno a las sustancias estupefacientes, desde un punto de vista jurídico, debido a la técnica que utiliza el legislador para su determinación, se afirma que finalmente *droga es aquella sustancia que así se considera legalmente.*¹³⁶

Además de las sustancias estupefacientes capaces de generar los efectos que se han señalado, también las *pequeñas cantidades* de materias primas para la producción de aquellas sustancias constituyen el objeto material del microtráfico. El legislador enumera estas materias primas en el artículo 3° del reglamento referido.

¹³² Narváez. Op. Cit. P. 27

¹³³ Ver sobre este punto: Morales Ruiz, Paredes Paredes, & Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. (2014). *“UNA MIRADA CONSTITUCIONAL DESDE LOS LIMITES AL IUS PUNIENDI A LA LEY N°20.0000”*. Valdivia: Universidad Austral de Chile.

¹³⁴ CISTERNAS VELIS, LUCIANO. (2009); *El Microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia*; Editorial Librotecnia, Santiago. P. 72

¹³⁵ Narváez. Op. Cit. P. 26

¹³⁶ MOLINA PEREZ, TERESA (2005); *El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, N° XXXVIII. P. 97.

Verbos rectores.

“El núcleo o verbo rector es la descripción de la conducta punible, la acción u omisión sancionada¹³⁷”.

Los verbos contemplados en el inciso primero son: **poseer, transportar, guardar y portar.**

Poseer: para los autores, la posesión debe entenderse en los términos en los que la regula el código civil en el artículo 700, es decir, orientada al *poder de disposición*. Así, afirman que *posee quien tiene poder de disposición sobre las cosas de que se trata, con independencia de que tal poder se manifieste mediante la aprehensión directa de ellas, o mediante su control por vías indirectas, como sería el caso de quien encarga su custodia a otra persona o de quien utiliza para esos fines lugares, artefactos o medios mecánicos que se encuentran bajo su control.*¹³⁸

Transportar: Según la RAE, transportar es *“Llevar a alguien o algo de un lugar a otro”*¹³⁹. Con el afán de distinguir la posesión y el transporte, se afirma por la doctrina que este verbo engloba a *“quienes realizan los actos constitutivos de transporte, importación, y exportación de dichas sustancias, aunque no tengan la posesión ni la tenencia material de ellas.*¹⁴⁰”

Guardar: Es una forma de tenencia y consiste en conservar o retener la droga o tenerla a su cuidado o vigilancia respecto del poseedor sin la debida autorización¹⁴¹. De esta manera, se dice que en *“este caso la ley ha querido castigar especialmente a quien, no siendo poseedor, guarda a nombre de éste las sustancias de que se trata, pues de otro modo no tendría mayor sentido su inclusión en el texto, dado que el poseedor, por la propia naturaleza de su posición, guarda las cosas que posee”*¹⁴².

Portar: También es una modalidad de tenencia respecto de quién tiene la sustancia directamente bajo su control corporal¹⁴³. En cuanto a la relación entre portar y guardar, los autores expresan que *“quien tiene las sustancias estupefacientes directamente bajo su control corporal, las porta, lo que el Diccionario define como “traer o llevar”, verbo al que la ley agrega la forma especial del*

¹³⁷ Politoff, Matus, Ramírez (2004). Op. Cit. P. 188

¹³⁸ Loc. Cit.

¹³⁹ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). En línea: <http://dle.rae.es/?id=aMgmTGw> [consultado el 30 julio 2018]

¹⁴⁰ Politoff, Matus, Ramírez (2005). Loc. Cit.

¹⁴¹ Narváez. Op. Cit. P. 30

¹⁴² Politoff, Matus, Ramírez (2005). Op. Cit. P. 623

¹⁴³ Narváez. Loc. Cit.

pronombre consigo, excluyendo de este modo la tenencia por vía indirecta, que queda reservada sólo a la expresión guardar."¹⁴⁴

En cuanto a las hipótesis contempladas por el inciso segundo del artículo 4°, los verbos rectores son **adquirir, transferir, suministrar y facilitar**. A lo que la ley le agrega que el delito se consumará independiente del título al cual se realicen estas acciones, y que la acción de adquirir, transferir, suministrar o facilitar debe tener por objetivo que las sustancias obtenidas sean consumidas por otro.

Adquirir: Adquirir importa comprar, tomar posesión o hacer propia la droga a cualquier título para ser usadas o consumidas por otras personas con independencia de su tenencia material¹⁴⁵. Se relaciona esta acción con la posesión, entendiéndola como el modo a través del cual se entra en posesión de las sustancias¹⁴⁶

Transferir: Significa "*ceder o renunciar en otro el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre la cosa*"¹⁴⁷. Transferir sería la hipótesis más genuina de tráfico, sobre todo cuando es a título oneroso¹⁴⁸.

Suministrar: Debe entenderse como "*proveer a uno de algo que necesita*"¹⁴⁹. En este caso quien suministra puede no tener ningún derecho sobre la cosa que entrega.

Facilitar: A propósito de la facilitación, y de la inducción y promoción señaladas en el inciso primero del artículo 3° de la ley, se realiza en doctrina una distinción entre tráfico en sentido amplio y tráfico en sentido estricto. El tráfico en sentido amplio *consiste en la inducción, la promoción o la facilitación, por cualquier medio, del uso o consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas*¹⁵⁰. Mientras que el tráfico en sentido estricto *consiste en la acción de traficar, es decir, en comerciar con las drogas.*¹⁵¹

¹⁴⁴ Politoff, Matus, Ramírez (2005) Op. Cit. P. 623

¹⁴⁵ Cisternas (2009). Op. Cit. P. 87

¹⁴⁶ Politoff, Matus, Ramírez (2005) Loc. Cit.

¹⁴⁷ Ibid. P. 624

¹⁴⁸ Cisternas (2009) P. 88

¹⁴⁹ Politoff, Matus, Ramírez (2005) Op. Cit. p. 624

¹⁵⁰ Loc. Cit.

¹⁵¹ Loc. Cit.

Facilitar, por lo tanto, como una manifestación de tráfico en sentido amplio *consiste en hacer fácil, sencillo o posible el consumo o uso de la droga a cualquier título*¹⁵².

Elementos normativos.

Los elementos normativos del tipo son aquellos términos utilizados por el legislador en la descripción de la conducta típica *“cuyo sentido sólo es discernible por medio de valoraciones culturales, difícilmente reducibles a juicios de verdad o falsedad fáctica”*¹⁵³.

Estos incluso distinguen dos clases: i) *“Aquellos que, aunque aparecen injertados en el tipo, claramente conciernen a preguntas atinentes a la antijuricidad los cuales, de no haber sido puestos por el legislador en la descripción, habrían suscitado iguales preguntas en las causas de justificación”*¹⁵⁴; ii) y *“aquellos elementos que, sin referirse a una eventual justificación, no tienen un carácter puramente descriptivo, sino que reclaman una especial valoración para configurar la tipicidad del hecho”*¹⁵⁵, la cual puede ser sociocultural o jurídica.

Dentro de los elementos normativos contenidos en el artículo 4°, debemos situar la competente autorización, cuyo efecto es determinar que la conducta será punible solamente si se realiza en su ausencia.

Este término, como elemento normativo del tipo, puede clasificarse dentro de aquellos atingentes a la antijuricidad, pues aún si el legislador no lo hubiera incluido en el tipo, de todas maneras, podría erigirse como una causal de justificación.

Surgen dudas sobre la amplitud de aplicación de este elemento, al considerar la distinción que existe en el artículo 4° entre el inciso primero y el segundo. Sobre este problema, Narváez Candia opina que, tomando en consideración el contexto sistemático en el que se encuentra la norma, y el hecho de que se diferencia del tráfico del artículo 3° solo por la inclusión del elemento especializante *pequeña cantidad*, y dado que en aquel artículo el efecto excluyente de la antijuricidad de la competente autorización alcanza la totalidad de conductas descritas, debe llegarse a la conclusión de que también puede aplicarse al inciso segundo del artículo 4°¹⁵⁶.

¹⁵² Narváez. Op. Cit. P. 32.

¹⁵³ Politoff, Matus, Ramírez (2004). Op. Cit. P. 186

¹⁵⁴ Loc. Cit.

¹⁵⁵ Loc. Cit.

¹⁵⁶ Narváez. Loc. Cit.

La pequeña cantidad es otro elemento normativo del tipo. Se adhiere aquí a la opinión de Navarro Dolmestch, pues el término pequeña identidad cumple con la característica de *requerir una especial valoración de acuerdo a criterios socio culturales*¹⁵⁷.

Elementos negativos.

Sin perjuicio de la discusión dogmática sobre la pertinencia, función y ubicación sistemática de los elementos negativos del tipo en la teoría del delito, en el artículo 4° pueden encontrarse circunstancias que, en caso de verificarse, tienen como consecuencia la exclusión de la punibilidad de la conducta por su atipicidad.¹⁵⁸

Estas circunstancias, en lo relativo al inciso primero, consisten en que quien *posea, porte, transporte o guarde, sin la competente autorización, pequeñas cantidades de drogas o sustancias estupefacientes, justifique que: i) están destinadas a la atención de un tratamiento médico; o ii) están destinadas para su uso y consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.*

Mientras que, en la hipótesis del inciso segundo, puede inferirse que el elemento negativo viene constituido por la circunstancia de que quien *adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de drogas o sustancias estupefacientes o materias primas utilizadas para su elaboración lo haga con el objetivo consumir él mismo las drogas, es decir, que estas acciones no tengan como objetivo que las sustancias o drogas sean consumidas por otros.*¹⁵⁹

Supuestos que excluyen el consumo:

Con relación al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, se contemplan en el inciso tercero del artículo 4° algunos supuestos que excluyen el efecto atípico que el consumo descrito genera, permitiéndole al juez dar por configurado el microtráfico. Estos supuestos son la calidad o pureza de la droga y las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte. La calidad o pureza de la droga excluye el consumo cuando no permite racionalmente llegar a la conclusión de que este es el destino que se le dará a las sustancias o drogas. Mientras que las circunstancias de la posesión, guarda o porte lo excluyen cuando sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

¹⁵⁷ Navarro. Op. Cit. P. 265.

¹⁵⁸ Narváez. Op. Cit. P. 33

¹⁵⁹ Politoff, Matus, Ramírez (2005). P. 586

Elemento subjetivo.

El tráfico ilícito descrito en el artículo 4° es una figura dolosa, que requiere por lo tanto conocimiento y voluntad del sujeto, de la conducta que despliega y del objeto material sobre el cual recae.¹⁶⁰

3.3 La problemática de la pequeña cantidad.

A modo de recapitulación, podemos decir que dentro de la estructura típica compleja del tráfico ilícito de estupefacientes el concepto de pequeña cantidad: i) Funciona como elemento especializante del microtráfico, distinguiéndolo del tráfico ilícito sancionado en el artículo 3°; ii) Opera como una característica propia del objeto material del tráfico tipificado en el artículo 4°; iii) Es un elemento normativo dentro del tipo penal.

Pero ¿Cuánto es una pequeña cantidad de drogas o sustancias estupefacientes?

Debido a su carácter de elemento normativo, para contestar a esta pregunta se requerirá realizar una *especial valoración* de carácter socio cultural y/o jurídica.

Desde el punto de vista jurídico, Matus Acuña opina que *la ley ofrece una directriz clara: pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo*¹⁶¹. Según este autor, la ratio de la ley sería castigar por microtráfico al que realiza conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor¹⁶².

En contra de esta posición argumenta Navarro Dolmestch, quien, en primer lugar, hace notar el carácter esencialmente *relacional* de la idea de *pequeña cantidad*. Esto quiere decir que *no es un término absoluto que se explique a sí mismo, sino que requiere de otro elemento para poder afirmarse su contenido*¹⁶³.

En estos términos, distingue una cantidad escasa de una cantidad mínima. Una cantidad mínima sería la que la ley identifica con aquella que puede ser racionalmente concebida como destinada a

¹⁶⁰ Sobre la problemática asociada al error, ver Politoff, Matus, Ramírez. Op. Cit. P. 593.

¹⁶¹ Matus. Op. Cit. P. 2

¹⁶² Loc. Cit.

¹⁶³ Navarro. Loc. Cit.

un consumo exclusivo personal y próximo en el tiempo. Una cantidad escasa, por otra parte, aun siendo mayor que una cantidad mínima, podría ser considerada todavía dentro de la idea de pequeña cantidad. Así, el autor llega a la conclusión de que *“existe un espacio en el que caben supuestos de hecho que por la cantidad de sustancias traficadas no puedan ser consideradas destinadas al autoconsumo, pero siguen siendo una pequeña cantidad de droga para efectos de calificar la conducta como típica del tráfico del artículo 4”*¹⁶⁴.

Cuando se intenta utilizar un criterio cuantitativo que nos permita decir con claridad que estamos en presencia de una pequeña cantidad de drogas, surge la pregunta respecto a por qué el legislador no realizó una designación explícita de las cantidades que deben ser consideradas pequeñas. Esta es una solución que se utiliza en el Derecho Comparado. Por ejemplo, el Código Penal Peruano, en su artículo 298 considera como cantidades límites, para imponer una pena menor a la del tráfico propiamente tal: *cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados*¹⁶⁵. En el artículo 299 de este mismo cuerpo legal, se regula la posesión no punible, en la que se determinan cantidades que se entienden pueden estar destinadas al autoconsumo¹⁶⁶. También en Colombia se utiliza como técnica legislativa la regulación explícita de las cantidades, para adecuar la pena aplicable en cada caso¹⁶⁷.

Para Cisternas Véliz, *la opción del legislador obedece a que la conducta que decidió punir depende de una multiplicidad de factores que no es posible determinarlos utilizando una forma generalizada que resultara aplicable a la variedad de hipótesis concretas*¹⁶⁸.

No habiendo el legislador establecido un criterio cuantitativo para la determinación de lo que es una pequeña cantidad, y no existiendo además ningún órgano constitucionalmente habilitado para realizar esta determinación con efectos generales a través de una fuente formal del Derecho¹⁶⁹, son los Tribunales de Justicia los que deberán decidir, caso a caso, si estamos en presencia o no de una pequeña cantidad de drogas y sustancias estupefacientes.

¹⁶⁴ Ibid. P. 272

¹⁶⁵ Artículo 298 Código Penal Peruano.

¹⁶⁶ Ibid. Artículo 299.

¹⁶⁷ En Colombia la diferenciación se realiza en tres niveles, en su **Art. 376** del Código Penal.

¹⁶⁸ Cisternas (2009). Op. Cit. P. 96.

¹⁶⁹ Navarro. Op. Cit. P. 271.

A este respecto, tanto Cisternas Véliz¹⁷⁰ como Navarro Dolmestch¹⁷¹, coinciden en que deben ser los tribunales los encargados de determinar este elemento del tipo, para lo cual tienen posibilidades de interpretación bastante amplias, pero limitadas por la prueba rendida en cada proceso y por las reglas de valoración del artículo 297 del CPP.

Así se explica la importancia capital de la sana crítica en el delito de tráfico ilícito de pequeñas sustancias o drogas estupefacientes.

En este escenario, es que se habla de un criterio cualitativo de determinación de la pequeña cantidad, en el que el juez, para decidir sobre este punto, debe observar las diferentes circunstancias del caso concreto que conoce.

3.4 Sobre las circunstancias que racionalmente excluyen el consumo.

El uso o consumo exclusivo personal y próximo en el tiempo, como se dijo, es un elemento negativo del tipo penal del tráfico ilícito de pequeñas cantidades, que tiene como efecto, en caso de concurrir, excluir la punibilidad de la conducta descrita. Es decir que, si alguien posee, transporta, guarda o porta consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o de materias primas destinadas para su elaboración, no será castigado si justifica que estas están destinadas a su uso o consumo exclusivo personal y próximo en el tiempo.

La proximidad en el tiempo requerida *pretende evitar el almacenamiento o mantención de la droga (sin importar la calidad) en manos de consumidores, para igualmente enervar la socialización y facilitación de las sustancias*¹⁷² y ha sido interpretada por los tribunales en sentido cronológico¹⁷³.

Este elemento negativo, que se denominará aquí *autoconsumo*¹⁷⁴, debe ser evaluado a la luz de los supuestos contenidos en el inciso tercero del artículo 4°, que tienen la aptitud de excluir su concurrencia, por lo tanto, negar su efecto negativo y restituir así la punibilidad de la conducta. Estos supuestos son dos: i) La calidad o pureza de la droga no permite racionalmente suponer que está destinada al autoconsumo y; ii) Las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte son indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

¹⁷⁰ Cisternas Velis, L. (n.d.). Es parte de: Revista de estudios lus Novum. no.2 (2009), p. 89-127. P. 96

¹⁷¹ Navarro. Op. Cit. P. 271.

¹⁷² Ibid. P. 278

¹⁷³ Ibid. P. 279

¹⁷⁴ Loc. Cit.

Ambos supuestos del inciso tercero constituyen un mandato legal que restringe las posibilidades de interpretación del juez, quién, a priori, no podría concluir que se configura un *autoconsumo* cuando, por ejemplo, las circunstancias del porte sean indiciarias del ánimo de traficar.

De todas maneras, el juez podría llegar a la conclusión de que no se configura el autoconsumo aún sin observar la calidad de la droga o circunstancias indiciarias del ánimo de traficar. Como herramientas para determinar que las drogas están destinadas al autoconsumo próximo en el tiempo, además de lo señalado por el inciso tercero, la doctrina destaca la cantidad de sustancias poseídas, guardadas, transportadas o portadas, y la calidad de adicto o consumidor habitual del sujeto activo,¹⁷⁵ distinguiendo así entre un aspecto probatorio objetivo y uno subjetivo, respectivamente.

Sobre la cantidad, es necesario remitirse a lo dicho en el apartado anterior, con respecto a la distinción entre mínima cantidad, que puede entenderse como destinada al autoconsumo, y escasa cantidad, que excluye el consumo, pero no así el microtráfico. Nuestros tribunales, de todas maneras, no concluyen de manera inequívoca que una cantidad mínima esté siempre destinada al autoconsumo¹⁷⁶. Además de la cantidad, parte de la doctrina incluye dentro de lo que denominan aspecto probatorio objetivo, la calidad o pureza de la droga y su forma de presentación¹⁷⁷.

En cuanto a la calidad de adicto o consumidor habitual, esta constituye una circunstancia relevante desde el punto de vista probatorio subjetivo, ya que, en el marco de las reglas de la sana crítica, los tribunales pueden llegar a la conclusión de que una persona con estas características puede consumir una mayor cantidad dentro de un espacio de tiempo próximo. Sin embargo, de ningún modo el hecho de que el sujeto activo del delito sea adicto o consumidor habitual permite concluir de manera inmediata que las sustancias, drogas o materias primas poseídas estaban destinadas al autoconsumo y no al tráfico.

Ahora, con relación a los supuestos del inciso tercero, se plantean dos preguntas. En cuanto a la calidad o pureza de la droga ¿Qué calidad o pureza permite racionalmente excluir el consumo? Y respecto a las circunstancias indiciarias ¿cuáles pueden ser?

¹⁷⁵ Politoff, Matus, Ramírez (2005). p. 587 y sgtes.

¹⁷⁶ Navarro. Op. Cit. P. 280

¹⁷⁷ Loc. Cit.

La pregunta referida a la calidad ha encontrado respuestas disímiles en la jurisprudencia.¹⁷⁸

El problema que motiva estas contradicciones puede graficarse del siguiente modo: Si estamos frente a una droga de una pureza alta, puede suponerse que quien la posee pretende aumentar su volumen, mezclándola con otras sustancias, para luego comercializarla. Por otro lado, también se puede llegar a una conclusión distinta, en el entendido de que normalmente el consumidor no sabe cuál es la pureza que tiene la droga, por lo que sería inapropiado por parte del tribunal castigarlo a título de microtráfico por una circunstancia que escapa a su conocimiento y control.¹⁷⁹

Debido a este tipo de disyuntivas, es que la pureza o calidad de la droga, como criterio que racionalmente excluye el consumo, se torna altamente problemático. Según se juzga en este trabajo, lo que el legislador dice cuando señala que la calidad o pureza de la droga no permita *racionalmente* suponer que está destinada a su uso o consumo, apela directamente a las posibilidades de interpretación del juez. Por esto es que no se puede interpretar este supuesto como un modelo de aplicación automática, que funcione excluyendo el consumo en caso de una alta pureza o justificándolo cuando la pureza de la droga es baja.

Una situación similar ocurre respecto a las *circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte indiciarias del propósito de traficar*. Dentro de éstas, tal vez la más destacada por la doctrina es la *forma de presentación* del objeto material del delito¹⁸⁰. La distribución en papelillos o displays es tomada como uno de los principales ejemplos de este tipo de circunstancias. Sin embargo, el juez, en principio, puede tomar cualquier circunstancia presente en los hechos delictivos y argumentar con base en ella de que existe un ánimo de traficar.

En definitiva, la relación del juez con el elemento negativo del tipo penal consiste en analizar si puede afirmarse que las sustancias o drogas estaban destinadas al consumo, para lo que puede valerse de un aspecto probatorio objetivo, en el cual se incluyen la cantidad, la calidad y la forma de presentación de la droga, y de un aspecto probatorio subjetivo que hace referencia a la condición de adicto o consumidor habitual del sujeto activo. Por lo tanto, el juez puede decidir este punto apelando a criterios que en principio son más amplios que los supuestos contenidos en el inciso 3° del artículo 4°. Estos supuestos, a su vez, no pueden ni deben ser interpretados de manera automática, pues su finalidad es entregar al juez libertad de interpretación, para que,

¹⁷⁸ Cisternas (2009). Op. Cit. P. 113.

¹⁷⁹ Loc. Cit.

¹⁸⁰ Navarro. Op. Cit. P. 279

apreciando todos los elementos del caso y en el marco de las reglas de la sana crítica, decida si se configura el autoconsumo o si éste debe excluirse.

3.5 El tratamiento médico.

Otro de los elementos negativos del tipo tráfico ilícito de pequeñas cantidades consiste en la justificación, por parte de quien *posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de drogas o sustancias estupefacientes, o materias primas destinadas a su producción*, de que éstas están destinadas a la atención de un tratamiento médico.

En la ley 20.000, los artículos 6° y 7° penan, respectivamente, la prescripción abusiva como el suministro abusivo de sustancias estupefacientes o materias primas destinadas a su obtención. Estos artículos, más allá de las conductas que tipifican, hacen patente el hecho de que hay personas e instituciones que pueden, cumpliendo con la normativa respectiva, recetar y suministrar este tipo de sustancias sin que este acto constituya un delito.

Con la finalidad de conservar la coherencia de la ley, es que el legislador incluyó el tratamiento médico como un elemento negativo del microtráfico.

A diferencia de lo que ocurre con el autoconsumo, el tratamiento médico puede también encontrar aplicación en la hipótesis del inciso segundo del artículo 4°. Esto, en la situación que el sujeto activo realice la conducta allí descrita para que las sustancias, drogas o materias primas sean usadas por otro en el marco de un tratamiento médico.

Si bien los supuestos del inciso tercero se refieren solo al consumo, no puede concluirse que en la presencia de un tratamiento médico no pueda desvirtuarse su efecto excluyente de la punibilidad. Podría acreditarse, por ejemplo, que la cantidad de drogas o sustancias poseídas son excesivas para lo indicado en el tratamiento, o que existen circunstancias que dan cuenta del propósito de traficar aun existiendo un tratamiento médico. Así lo expresan Politoff, Matus y Ramírez: *la cantidad de sustancia que se posea, adquiera, elabore, etc., o el tiempo que su consumo exija, a menos que ella exceda de la cantidad requerida para el tratamiento especificado en particular, o que su acumulación denote que no será destinada a dicho fin, como si se tienen grandes cantidades de sustancias con fecha de caducidad muy cercana, imposibles de consumir, dentro del tratamiento médico, antes de dicha fecha*¹⁸¹.

¹⁸¹ Politoff, Matus, Ramírez (2006). Loc. Cit.

El aspecto problemático del tratamiento médico consiste en determinar que es lo que lo caracteriza. Un buen ejemplo a este respecto puede tomarse de la discusión sobre la función terapéutica del cannabis y sus derivados. La utilización terapéutica de la sustancia *Cannabis, sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina*, considerada como una de las drogas *duras* al estar contemplada en el artículo primero del reglamento de la ley 20.000, ¿podría llegar a configurar el elemento negativo tratamiento médico?

Esta pregunta tiene importancia, pues habrá situaciones en las que no podrá configurarse el autoconsumo, ya sea por la cantidad de droga, por el tiempo estimado de utilización, o porque se trata de la hipótesis típica del inciso segundo del artículo 4°: en aquellas situaciones solo la circunstancia de un tratamiento médico podría excluir la punibilidad de la conducta.

Del tenor del artículo 4° se concluye que es el sujeto activo el encargado de *justificar* que las sustancias están destinadas a un tratamiento médico, por lo que al juez le corresponde evaluar la credibilidad de la tesis que sostendrá la defensa, ejercicio que debe realizar en el marco de las reglas de la sana crítica.

CAPÍTULO IV: ASOCIACIÓN ILÍCITA.

4.1 Presentación del delito: Bien jurídico protegido y características.

El delito de asociación ilícita para cometer delitos de la ley 20.000 está contenido en el artículo 16 de la misma.

Artículo 16.- Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen:

1.- Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan.

2.- Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

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.

A diferencia de lo que ocurre con el microtráfico, no existe consenso respecto a cuál es el bien jurídico protegido por este delito. Las dudas surgen desde dos perspectivas. En primer lugar, desde la identificación del bien jurídico protegido por la asociación ilícita propiamente tal o genérica. Y luego, por el carácter especial que tiene la asociación ilícita consagrada en el artículo 16.

Respecto al bien jurídico protegido por la asociación ilícita genérica, contenida en el artículo 292 del Código Penal¹⁸², la opinión mayoritaria en la doctrina es que se trata de un delito de carácter pluriofensivo, pues su tipificación busca la protección de más de un bien jurídico.

Las diferencias se manifiestan en cuanto a la determinación de cuáles son esos bienes jurídicos protegidos. No hay dudas de que el orden público es uno de ellos, debido a su ubicación dentro de los delitos contra el orden y la seguridad pública. Sobre los otros bienes jurídicos protegidos por esta figura, se propone, por una parte, el regular ejercicio de la libertad de asociación¹⁸³, y por otra, el poder del Estado y el monopolio de la violencia establecido en su favor¹⁸⁴ en distintas formulaciones: la majestad jurídica y política del Estado; su poder de imperio y soberanía; o la supremacía de su ordenamiento jurídico¹⁸⁵.

Por otro lado, no puede pasarse por alto el hecho de que la asociación ilícita para cometer delitos de la ley 20.000 constituye una figura especial respecto a la consagrada en el Código Penal, que se orienta al cumplimiento de fines específicos. En este contexto, esta figura también tiene como objeto de su protección el bien jurídico salud pública. Ya se expresó esta postura, en el apartado relativo al catálogo de delitos, en el que se calificó la asociación ilícita como un acto preparatorio y de tentativa especialmente punible que atenta contra la salud pública.

En definitiva, el delito en comento tiene el carácter de ser un delito pluriofensivo, que atenta contra el orden público, para algunos contra el poder del Estado, para otros contra la libertad de asociación, y contra la salud pública.

Sobre el modo en que los bienes jurídicos protegidos se relacionan, resulta de interés exponer la conclusión a la que llega Ruz Castillo, en su tesis de magister sobre la materia, en la que plantea que hay una relación de subordinación entre ellos: *“Bien jurídico principal de la Asociación ilícita del artículo 16 de la ley 20.000 es la Protección del Estado, pero dado que dicha norma protege al Estado solo de aquellas organizaciones y asociaciones que se organizan a efectos de practicar el narcotráfico, el bien jurídico secundario, que se constituye como condición sine qua non para la*

¹⁸² ART. 292: *Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.*

¹⁸³ Corbatón, F. (2004). EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. Revista Chilena De Derecho, 31(1), 75-88. P. 80.

¹⁸⁴ Ruz Castillo, Pedro Edgardo, Sepúlveda Crerar, Eduardo, & Facultad de Derecho. (2015). Asociación ilícita para cometer delitos de narcotráfico. Universidad de Chile. P. 21

¹⁸⁵ Guzmán Dalbora, J. (n.d.). Es parte de: Revista de derecho penal y criminología. No. 2, 2a. época (Jul. 1998), p. [153]-207. P. 161

*aplicación de la norma en análisis, es la Salud Pública, no pudiendo configurarse como una norma autónoma pues en dicho caso, al no afectarse al Estado no existe Asociación Ilícita sino sólo alguno de los delitos de narcotráfico establecidos en la ley 20.000*¹⁸⁶.

El delito de asociación ilícita, tanto el general contenido en el Código Penal como el especial de la ley 20.000, en cuanto a su clasificación es, según la doctrina mayoritaria, un delito de mera actividad y de peligro abstracto. Existen algunos autores, defensores de la teoría del poder del Estado como el bien jurídico protegido, que estiman que se trata de un delito de lesión¹⁸⁷. Mientras que hay otra postura, sostenida por Guzmán Dálbora que, partiendo de la base de que la asociación ilícita corresponde a un delito de expresión, que se comete *“mediante una declaración de contenido intelectual”*¹⁸⁸, concluye que *“no puede predicarse a priori el carácter ‘formal’ de la asociación ilícita, puesto que el tipo legal abstracto no nos dice si estamos ante un delito de predominante actividad o de resultado: esto dependerá de la apreciación del hecho concreto, es decir, de la dinámica real del acto delictivo conforme a las circunstancias específicas de las declaraciones formuladas y su comprensión”*¹⁸⁹.

Se afirma que la asociación ilícita de la ley 20.000 es un delito de mera actividad, por cuanto la sola *asociación u organización con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en la ley*, bastan para la configuración del delito, sin que haya necesidad de que se produzca resultado alguno como consecuencia del acto de asociarse u organizarse.

De lo anterior, queda absolutamente claro que hay una independencia de la asociación ilícita con relación a los delitos concretos que en su contexto se cometieren, lo que lleva a concluir a Mañalich Riffo que *“ese injusto independiente solo puede ser plausiblemente identificado con la forma de menoscabo de bienes jurídicos representada por el peligro abstracto, entendido como la afectación de aquellas condiciones generales de seguridad de las cuales depende la posibilidad de una disposición despreocupada sobre uno o más bienes jurídicos por parte de su(s) titular(es)”*¹⁹⁰.

4.2 Estructura típica: Elementos del tipo y sus funciones.

4.2.1 Estructura.

¹⁸⁶ Ruz. Op. Cit. P. 31

¹⁸⁷ Guzmán. Op. Cit. P. 159

¹⁸⁸ Loc. Cit.

¹⁸⁹ Ibid. P. 181

¹⁹⁰ Mañalich R, J. (2011). FELONIOUS ORGANIZATION: BASIS FOR ITS DOCTRINAL CONSTRUCTION IN CHILEAN CRIMINAL LAW. Revista Chilena De Derecho, 38(2), 279-310. P. 294

El artículo 16 de la ley 20.000 castiga a quienes *se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en aquella*, por el solo hecho de organizarse u asociarse con esa finalidad.

En el inciso primero, contiene dos numerales, en los que diversifica la pena aplicable para quienes cometan la conducta descrita.

En el numeral 1, señala que se penará con presidio mayor en sus grados medio a máximo a quien financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección o planifique el o los delitos que se propongan.

Mientras que en el numeral 2, indica que corresponderá una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio al que suministra vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la asociación.

En el inciso final, expresa que debe aplicarse la norma del artículo 74 del Código Penal en caso de que el autor, cómplice o encubridor de la asociación ilícita cometiere, además, algún otro de los delitos contemplados en la ley 20.000.

4.2.2 Elementos del tipo.

La determinación de los elementos que forman parte de la estructura típica del delito de Asociación ilícita para cometer delitos de la ley 20.000 ha sido principalmente una tarea de la que se han encargado tanto la doctrina como la jurisprudencia, al no existir en la ley una descripción detallada al respecto.

En este sentido, hay elementos que son compartidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como la pluralidad de individuos, la organización como estructura jerarquizada o como centros de poder, la permanencia o estabilidad en el tiempo y la finalidad delictiva de cometer delitos de la ley 20.000¹⁹¹. Estos elementos estaban presentes en la definición que el proyecto contemplaba: *“Aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas todas por el propósito común y de*

¹⁹¹ Fernández Rojas, Natalia Ivalú, Pavez Contreras, Karina Javiera, Matus Acuña, Jean Pierre, Facultad de Derecho, & Departamento de Ciencias Penales. (2015). Análisis jurisprudencial y doctrinal del delito de asociación ilícita en el código penal y en las leyes especiales. Universidad de Chile. P. 164

*permanencia en el tiempo, de incurrir en una indeterminada cantidad de delitos a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provenga*¹⁹².

Mientras que hay otros elementos, que ocasional y recientemente han sido exigidos por la jurisprudencia para configurar el delito. Marcazzolo Awad destaca entre ellos la férrea disciplina, el uso de la tecnología, la independencia de sus miembros, la corrupción y la apariencia de legalidad¹⁹³.

Sujeto activo.

Tal y como ocurre con el microtráfico, también la asociación ilícita contempla un sujeto activo indeterminado, con la referencia a *los que*.

También para este delito puede aplicarse la agravante del artículo 19 letra d), en caso de que el delito sea cometido por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales.

El principal problema en materia de sujeto activo en la asociación ilícita es determinar cuántas personas se requieren para que podemos hablar de una asociación u organización.

La duda consiste principalmente en si la concurrencia de dos personas basta para que se configure la asociación.

La Convención de Palermo de las Naciones Unidas toma posición en el artículo n° 2 de su Anexo I al definir 'Grupo delictivo organizado': *"se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material"*¹⁹⁴.

También en el sentido de que se requieren por lo menos tres personas para que exista una asociación opina Rainieri, señalando que: *"Asociación para delinquir es la unión voluntaria y permanente de tres o más personas, con el conocimiento en cada una de la conducta ajena con el propósito común de cometer varios delitos"*¹⁹⁵.

¹⁹² Biblioteca del Congreso Nacional. Op. Cit. P. 166.

¹⁹³ Fernández, Pavez, Matus. Op. Cit. P. 164

¹⁹⁴ de Palermo, P. (2000). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada. New York–2000. P. 5

¹⁹⁵ En Ruz. Op. Cit. P. 58

Argumenta a favor de una posición contraria Etcheverry, para quien, al no señalarse por la ley el número de personas necesarias para constituir una asociación, en rigor, bastaría con dos¹⁹⁶.

Grisolia expone a este respecto: *“Es difícil pensar que este acuerdo se lleve a cabo solamente entre dos personas sin que este hipótesis se confunda con una o más conspiraciones múltiples. Será necesario, entonces, que la asociación la integren, a lo menos, tres personas como señalan los códigos italiano y argentino”*¹⁹⁷.

Lo expuesto por este autor parece ser lo más acertado, sobre todo si se considera que la asociación debe cumplir con ciertas características como, por ejemplo, su jerarquización, y además representa, desde el punto de vista del legislador, una entidad potencialmente peligrosa.

Objeto material.

La asociación ilícita por sí misma no recae sobre un objeto material determinado.

Sin embargo, en caso de que se realice alguno de los delitos de la ley 20.000, el objeto material será el que corresponda a ese delito, es decir, alguna de las sustancias o drogas estupefacientes o materias primas destinadas a su elaboración seleccionadas por el legislador¹⁹⁸.

Verbos rectores.

En el artículo 16 son dos los verbos rectores: Asociar y Organizar.

Asociar: Para la RAE, consiste en *“Unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo”*¹⁹⁹. O, en otra acepción *“Juntarse, reunirse para algún fin”*²⁰⁰.

Organizar: Mientras que organizar corresponde a *“Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”*²⁰¹.

Es relevante destacar, respecto a la conducta que conforma el hecho constitutivo de la asociación ilícita, que esta consiste en una conducta individual. Asociarse a un grupo de personas, que tiene que cumplir ciertas características y que tiene que tener un fin determinado. U organizarse con

¹⁹⁶ Etcheberry O., Alfredo; Derecho Penal Tomo Cuarto, Parte Especial, 3º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 317.

¹⁹⁷ Corbatón. Op. Cit. P. 80

¹⁹⁸ Fernández, Pavez, Matus. Op. Cit.

¹⁹⁹ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.) En línea: <http://dle.rae.es/?id=42B2wig> [Consultado el 30 julio 2018]

²⁰⁰ Loc. Cit.

²⁰¹ Ibid. En línea: <http://dle.rae.es/?id=RBn9hqd> [Consultado el 30 de julio 2018]

otras para aquel fin. Mañalich Riffo expone en este sentido que *“el hecho delictivo constitutivo de asociación ilícita es un comportamiento individual de vinculación práctica – de mayor o menor intensidad- a una estructura colectiva organizada”*²⁰².

Tomando el concepto de delito de expresión, al que ya se hizo referencia, Guzmán Dálbora señala que la manifestación de voluntad permite distinguir dos aspectos: el hecho de *asociarse* y el resultado de *quedar asociados*. Explica esta idea en los siguiente términos: *“La manifestación de voluntad, en el delito en estudio, coincide con el acuerdo de asociarse, bien desde un principio – el instante en que la asociación se constituyó- bien en un momento sucesivo (por ejemplo, el individuo que pasa a engrosar las filas de un conglomerado criminoso asentado); y el resultado – quedo dicho – consiste en quedar asociados los sujetos, lo que requiere la comprensión intelectual recíproca de las manifestaciones de quienes ex novo se asocian, o, en su caso, de la de aquel que se incorpora”*²⁰³

Elemento subjetivo.

El tipo subjetivo de la asociación ilícita es parte integrante fundamental del delito y viene dado por el hecho de exigirse que la asociación u organización tenga *el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en la ley 20.000*.

Su importancia es explicada por Grisolia Corbatón, quien señala: *“Sin el objeto o finalidad criminosa que persiguen los asociados, el delito cae por su base y no queda nada en cuanto asociación para delinquir; habrá, si acaso, una mera concurrencia de sujetos para la comisión de un crimen o simple delito que se regirá por las reglas generales de la autoría”*²⁰⁴.

La doctrina es uniforme en este punto. Carnevali y Fuentes, por ejemplo, exponen: *“En materia de la imputación subjetiva, se descarta la realización de la conducta punible mediante dolo eventual y culpa, ya que se requiere la presencia del elemento cognoscitivo y la voluntad de pertenecer como miembro de la organización con fines delictivos”*²⁰⁵.

Profundizando en esta materia, Rainieri señala que *“el elemento psicológico radica en el acuerdo de voluntades, consistente en observar cierta conducta y en considerarse recíprocamente unidos, de*

²⁰² Mañalich. Op. Cit. P. 295

²⁰³ Guzmán. Op. Cit. P. 180

²⁰⁴ Corbatón. Op. Cit. P. 82

²⁰⁵ Rodríguez, R. C., & Cubillos, H. F. (2008). Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N 20.000. Política criminal, 6. P. 5.

*modo duradero, para satisfacer el propósito, común a todos, de cometer una serie indeterminada de delitos*²⁰⁶.

Si se toma como punto de partida el hecho de que lo que constituye el delito es una conducta individual, es respecto a ella que debe analizarse si se cumple con el aspecto subjetivo del tipo, el cual está integrado por la conciencia de integrarse/pertenecer a un grupo que desarrolla actividades en el marco de un programa delictivo.

De ahí que Soler señale que *“Debe observarse, en este punto, que lo requerido por la ley es que la asociación esté destinada a la comisión de delitos. Se trata, pues, de un fin colectivo y como tal tiene naturaleza objetiva con respecto a cada uno de los partícipes*²⁰⁷.

4.3 Organización “más o menos permanente”

A pesar de que el artículo 16 de la ley 20.000 no dice nada sobre la necesidad de que la asociación y la organización tengan una estabilidad en el tiempo para que se configure el delito, este es uno de los elementos que recurrentemente tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan como necesarios para que exista una asociación ilícita.

Ya podía apreciarse esto en la definición que el legislador incluía en el proyecto, pues hacía referencia a una *cierta permanencia en el tiempo*. También este elemento está presente en la definición de grupo delictivo organizado que construye la ONU, cuando exige que el grupo estructurado de personas *exista cierto tiempo*.

Sobre la postura jurisprudencial, puede tomarse como ejemplo lo dicho por Figueroa Aste, Abogado de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes de la Fiscalía Nacional, en un artículo sobre el fallo dictado por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal en contra de la agrupación “Los Gaetes”. El autor expone que el tribunal configura la asociación ilícita de la ley 20.000 a partir de cuatro criterios base: La existencia de un centro de poder; La presencia de un grupo de sujetos que ejecuta las decisiones tomadas por la cúpula; Una relativa estabilidad en el tiempo; y La finalidad de ejecutar delitos de la Ley de Drogas y obtener beneficio de ellos.²⁰⁸

En cuanto a ‘La relativa estabilidad en el tiempo’ se indica que *“Para el Tribunal, éste elemento implica que la estructura delictiva o el grupo tenga o exhiba cierta permanencia o estabilidad*

²⁰⁶ Ranieri en Corbatón. Op. Cit. P. 83

²⁰⁷ Loc. Cit.

²⁰⁸ Aste. Op. Cit. P. 156

*temporal, para distinguirla de la mera coparticipación, es decir, deben existir antecedentes que vayan dando cuenta de una forma de operar grupal y jerárquica con cierta división de funciones*²⁰⁹.

Hernández Basualto, refiriéndose a cómo debe comprenderse este concepto, señala que *“por permanencia no debe entenderse sólo una dimensión temporal, sino principalmente que la agrupación está enderezada a la comisión de un número relativamente indeterminado de delitos*”²¹⁰.

Otro concepto de permanencia es el manifestado por Guzmán Dálbora quien, siguiendo a la doctrina española, italiana e iberoamericana entiende que *“equivale al mantenimiento voluntario del resultado típico, en tanto en cuanto la comprensión del bien tutelado, en el sentido de su sometimiento a una situación de riesgo, puede prolongarse sin determinación temporal por obra de los agentes, hasta extinguirse con la disolución total, forzada o espontánea, del consorcio, o con el abandono individual de uno de sus miembros (que solo a su respecto cortarían el período consumativo)*”²¹¹.

La permanencia en el tiempo, como rasgo de la organización, además de constituir un requisito para la configuración de la asociación ilícita, marca un límite entre este delito y la conspiración para delinquir, que en materia de drogas está tipificada en el artículo 17, que señala: *La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado*. Además, es considerado como un elemento en virtud del cual debe analizarse el límite entre la asociación ilícita y la agrupación a la que hace referencia la ley 20.000 en su artículo 19 letra a.

Explicita esta función la anotación de la Comisión Redactora en la historia de la Ley, cuando se discutía sobre la asociación ilícita contenida en el Código Penal, que dice *“la mente de este artículo es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, que se castigan con las penas asignadas al delito en el grado que determinan las reglas del Libro I”*²¹².

²⁰⁹ Ibid. p. 163

²¹⁰ Hernández Basualto, H. (2007) Informe en Derecho “Algunos aspectos de la ley 20.000”. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Santiago. P. 12

²¹¹ Guzmán. Op. Cit. P. 183.

²¹² Corbatón. Op. Cit. P. 82.

De esta manera, la estabilidad en el tiempo cumple dos funciones, las que consisten, por un lado, en constituirse como un requisito exigido para la configuración de una asociación ilícita, y, por otro lado, en conjunto con otros elementos, como puede ser el número de delitos a cometer, distingue la asociación ilícita como un delito autónomo de aquel otro acto preparatorio especialmente punible denominado conspiración y de la agrupación descrita en el artículo 19 letra a.

Pero, ¿Cuándo podemos hablar de una organización permanente o estable en el tiempo?

En principio no existe un criterio estándar que nos permita diagnosticar unidades temporales suficientes para dar por satisfecho este criterio. Por lo tanto, la doctrina responde que *“cada uno de los requisitos exigidos para la configuración del tipo penal deben analizarse en atención a la entidad que posee la organización, esto es, debe evaluarse de acuerdo al caso concreto lo que ésta necesita para llevar a cabo la realización de su propósito criminal”*²¹³.

En conclusión, la permanencia o estabilidad en el tiempo como rasgo requerido de la organización solo puede analizarse en el caso concreto, debiendo conjugarse con las otras características de la asociación, para decidir si esta cumple con los parámetros requeridos para que pueda condenarse a título del artículo 16 de la ley 20.000.

4.4 Sobre la jerarquización o los centros de poder: la empresa delictiva.

Además de una estabilidad temporal relativa, se dice que la asociación debe tener un cierto nivel de distribución de funciones o una estructura jerárquica de organización.

Mañalich Riffo, cuando comenta sobre las características que debiese cumplir la organización, señala que *“la única manera de racionalizar mínimamente la tipificación de la integración individual de una organización criminal como delito autónomo consiste en perfilar las condiciones objetivas de las cuales depende que la pertinencia a la organización cuente como expresión contextualmente suficiente de esa disposición subjetiva colectivamente compartida”*²¹⁴. En este entendido, el autor es de la opinión que para que se pueda decir de una conducta individual consistente en la integración de una asociación que ésta es punible de acuerdo al artículo 16 de la ley 20.000, se deben establecer ciertas condiciones objetivas, relativas a la propia estructura de la

²¹³ Salazar Cádiz, A. (2007) DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO Y LOS REQUISITOS QUE IMPLICAN SU PERFECCIÓN TÍPICA. Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Santiago. P. 2

²¹⁴ Mañalich. Op. Cit. P. 294

organización, que ha de mostrar suficiente *densidad*, tanto en cuanto a su proyección temporal como en cuanto a su complejidad interna: número de miembros, distribución de funciones, etc.²¹⁵

Dentro de este concepto general denominado *densidad*, entonces, se engloban las distintas características que la doctrina ha señalado como requisitos de la asociación, en el que se encuentran tanto la estabilidad temporal como la necesidad de una orgánica compleja y jerarquizada.

La *complejidad de la organización*, por lo tanto, comparte lo dicho respecto a la *estabilidad o permanencia*, respecto a que son elementos que deben analizarse en concreto, de acuerdo al tipo de asociación que se trate, por lo que no puede exigirse el mismo nivel de organización a todas las asociaciones ilícitas desde un plano abstracto.

Esto no obsta, de todas maneras, que se pueda afirmar que, al menos un nivel mínimo de *complejidad y de permanencia* se requieren para que pueda castigarse a título de asociación ilícita.

En lo que concierne a la caracterización del requisito referido a la *complejidad de la organización*, ésta ha sido realizada desde distintas perspectivas por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Ya se mencionaba, con relación al caso “Los Gaetes”, que el Sexto Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal consideraba como criterios base para afirmar la existencia de una asociación ilícita tanto la existencia de un centro de poder, como la presencia de un grupo de sujetos que ejecuta las decisiones tomadas por la cúpula. Ambos criterios dan cuenta de la representación de la asociación ilícita como una figura esencialmente jerarquizada. Esta hipótesis, además, encuentra una base sólida en la propia estructura típica del delito, pues allí se distingue la penalidad para quien *ejerza el mando o dirección* y para quien *preste cualquier otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización*.

Grisolía Corbatón, por otro lado, tiene un parecer menos estricto a este respecto, pues señala sobre la asociación ilícita: “*El delito consiste, pues, en tomar parte o formar una asociación, aunque se requiera de cierta permanencia como concepto que dependerá de la naturaleza de los planes (concepto relativo). Además, sin que sean formas especiales de asociación, se necesita un mínimo de organización o cohesión dentro del grupo*”²¹⁶.

²¹⁵ Ibid. P. 295

²¹⁶ Corbatón. Op. Cit. P. 81

Carnevali y Fuentes, por su parte, hacen referencia a las exigencias de la doctrina de la presencia de una distribución de funciones entre los distintos intervinientes y un determinado nivel de jerarquización. Y exponen que para nuestra Corte Suprema *“la asociación presupone una organización con una estructura jerárquica en los intervinientes, con un carácter más permanente, un cuerpo organizado en que los participantes deben haber tejido ciertas relaciones de colaboración estructuradas”*²¹⁷.

Ahora, en cuanto a las posibilidades de los parámetros racionales de la sana crítica, resulta de gran interés comentar aquí lo expuesto por Muñoz Bravo, Abogado asesor de la Unidad Especializada en Tráfico de Drogas de la Fiscalía Nacional, sobre la determinación de los criterios que debe cumplir una asociación ilícita tipificada en la ley 20.000, versus los criterios que deben ser cumplidos para la configuración de una asociación ilícita cuyo fin sea diverso.

Este autor es de la opinión que no deben ser utilizados criterios similares en la evaluación de concurrencia de uno y otro tipo de asociaciones ilícitas, fundamentando esta afirmación en la siguiente lectura: *“Una organización cuyo fin es atentar contra el orden público, deberá poner énfasis en la jerarquía, la compartimentación, la disciplina, la clandestinidad, el compromiso moral del individuo materializado en lealtad y obediencia estricta, proyección en el tiempo, etc., puesto que deberá enfrentar al aparato de persecución del Estado en toda su capacidad. Muy distinto es el caso una organización cuyas actividades ilícitas tienen por objetivo el lucro, que pondrá más énfasis en la flexibilidad, el ahorro de costos, la confianza y el sigilo, en que para el Estado será un objetivo más dentro de los innumerables blancos que componen la actividad de persecución del delito, sin el sentido de urgencia o sobrevivencia que le impone la primera”*²¹⁸.

En la opinión expuesta, queda de manifiesto la importancia radical que puede tener la sana crítica en la determinación de los elementos que configuran el tipo objetivo de la asociación ilícita para cometer delitos de la ley 20.000, pues, ¿no son sino máximas de la experiencia las que justifican lo que puede esperarse de una u otra asociación? El juez, por ejemplo, podría, en vista de los hechos de la causa, llegar a una conclusión contraria, en el sentido de considerar, en contra de lo que afirma el autor, que en virtud de la obtención de lucro una asociación ilícita para el tráfico de

²¹⁷ Rodríguez, R. C., & Cubillos, H. F. Op. Cit. P. 4 y 5.

²¹⁸ Muñoz Bravo, J. (n.d) EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA DE LA LEY DE DRGOAS. Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Santiago. P. 4

drogas debe promover entre sus miembros una disciplina férrea, por lo que, al no estarse en presencia de este elemento, no puede condenarse en virtud del artículo 16 de la ley 20.000.

De todas maneras, una opinión idéntica a la expresada por el autor fue expuesta por el Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel don Claudio Pavez en la discusión legislativa de la ley de drogas, lo que habría explicado que el Ejecutivo presentara una indicación modificando el proyecto original, en el sentido de eliminar de éste una definición de lo que debe entenderse por asociación ilícita en este contexto²¹⁹.

4.5 Límite diferenciador con la agravante del artículo 19 letra a) de la ley 20.000

Otro problema relacionado con la asociación ilícita y el rol que pueden jugar en su aplicación los parámetros racionales de la sana crítica consiste en determinar el límite que existe entre la figura típica del artículo 16 de la ley 20.000 y la agravante contenida en el artículo 19 letra a.

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

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

Un primer vínculo que se realiza entre la agravante descrita y el delito de asociación ilícita de la ley 20.000 es que la existencia de la agravante refuerza la tesis, de todas maneras uniforme en la doctrina, de que la asociación ilícita exige elementos adicionales a la mera agrupación o reunión.

La Corte Suprema, pronunciándose sobre esta materia, señaló *“la simple agrupación es el género y la asociación es una especie de aquel, mejorada y estructurada. Ambas tienen permanencia en el tiempo y una misma finalidad o propósito ilícito, pues en la asociación existe además una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento”*²²⁰.

Siguiendo a la Corte, se llega a la conclusión de que la diferencia entre la agravante del artículo 19 y la asociación del artículo 16 es el nivel de organización de la agrupación. Organización que, como ya se dijo, debe ser analizada por el adjudicador en el caso concreto, dependiendo de los fines y contexto específicos de la asociación, ejercicio para el cual deberá recurrir o respetar los

²¹⁹ Biblioteca Congreso Nacional. Op. Cit. P. 554 y sgtes.

²²⁰ Corte Suprema. 2007. Sentencia causa Rol N° 3606-2007 de 3 de septiembre de 2007.

parámetros racionales de la sana crítica. Por lo tanto, de esta decisión y de la utilización que se dé a estos parámetros el tribunal podría decidir que se configura la asociación ilícita, que se incurre en la agravante del artículo 19 letra a, o que no se está ante ninguno de los dos supuestos.

Hernández Basualto, en un informe elaborado para la Defensoría Penal Pública, aborda esta problemática, señalando que la asociación ilícita constituye el límite superior de la agravante del artículo 19 letra a), concluyendo por lo tanto que lo que la doctrina y jurisprudencia deben determinar es su límite *inferior*.²²¹

El autor descarta que el artículo 19 letra a) se refiera simplemente a la ejecución del delito en conjunto con otras personas, para lo que da argumentos de texto y de historia de la ley 20.000. Por el contrario, afirma que debe entenderse como una figura similar a la asociación ilícita, pero diferenciada *cuantitativamente* de aquella, debido a la insatisfacción ocasionada por la dificultad probatoria que la figura del artículo 16 lleva aparejada.

Así, expone: *“Desde esta perspectiva, la agrupación o reunión de delincuentes representaría, en definitiva, una forma simplificada de asociación ilícita o, si se quiere, debilitada o degradada, lo que permite sostener que entre una y otra figura existe una diferencia meramente cuantitativa, sobre la base de una estructura que en lo esencial es la misma”*²²².

Para el autor las diferencias *cuantitativas* que existen entre la agravante del artículo 19 y la asociación del artículo 16 dependen de dos elementos, que son justamente los que aquí se han analizado: permanencia y organización.

La permanencia cumple esta función por cuanto *“el rasgo mínimo indispensable que otorga un plus de disvalor y funda una distinción plausible entre simple ejecución conjunta y una figura que se construye a partir del concepto de asociación ilícita es precisamente esa, siquiera mínima, vocación de permanencia en el tiempo”*²²³.

Por otro lado, la organización opera como elemento distintivo, pues para la agrupación del artículo 16 no se requiere que exista dentro del grupo ni una diferenciación jerárquica ni un régimen de disciplina.

²²¹ Hernández. Op. Cit. P. 3.

²²² Ibid. P. 11

²²³ Loc. Cit.

Politoff, Matus y Ramírez llegan a la misma conclusión, indicando *“que 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”*²²⁴.

CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA.

5.1 Antecedentes.

El criterio para la selección de casos a exponer es cualitativo, en el sentido de que se opta por analizar causas que puedan informar representativamente sobre los conceptos y problemas que hasta aquí se han descrito, más que revisar un número estadísticamente representativo de sentencias²²⁵.

Otro punto observado para la selección de jurisprudencia es que se trate de causas recientes.

Para la revisión de sentencias se utiliza el siguiente esquema:

- i) Antecedentes del caso: Tribunal, Imputados, Hechos acreditados, Calificación jurídica.
- ii) Segmentos de la valoración de la prueba realizada por el tribunal en los que se identifica operan los parámetros racionales de la sana crítica.
- iii) Fundamentos esgrimidos de los recursos de nulidad.

²²⁴ Matus, Politoff, Ramírez (2005). Op. Cit. p. 614.

²²⁵ Para una perspectiva en este sentido consultar: Ahumada Marín, Camilo Ignacio, Alzammora Bello, Gabriel Ignacio, Calvo Gálvez, Eduardo Marcial, Donoso Barrera, Cesar Ignacio, Jarufe Ojeda, Sofía Constanza, Matta Figueroa, David Sebastián, . . . Rivero Hurtado, Renée. (2017). Funcionamiento del recurso de nulidad penal por infracción a las reglas de la sana crítica: Análisis de jurisprudencia de las cortes de apelaciones en el período 2010-2016. Universidad de Chile.

- iv) Decisión de la Corte.
- v) Comentario.

5.2 Tráfico ilícito de pequeñas cantidades.

5.2.1 Caso 1.

Antecedentes del caso²²⁶.

- Tribunal de Juicio Oral de Concepción.
- Imputados y calificación jurídica de la acusación:
G.E.D.R (tráfico ilícito pequeñas cantidades y porte ilegal arma de fuego).
- Resumen hechos de la acusación:

“El 17 de marzo del año 2016, alrededor de las 23:30 horas, en calle Las Mensuras frente al N° 1560, Coronel, G.E.D.R, fue sorprendido por funcionarios de Carabineros portando un arma de fuego (...). Además, al momento de registro de vestimentas, el personal de Carabineros sorprendió a D.R., en porte, posesión y guarda de 34 envoltorios contenedores de 6,2 gramos de cocaína base, sustancia que estaba destinada para la venta en la comuna de Coronel”.

- Decisión del tribunal:

Que los hechos de la acusación configuran el delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000, en grado de consumado.

Los parámetros racionales de la sana crítica en la valoración de la prueba realizada por el tribunal.

El tribunal establece el tráfico ilícito de drogas fundamentándose principalmente en los testimonios de los funcionarios policiales que realizan el control y la detención, los análisis químicos de las sustancias incautadas y la declaración del propio imputado.

Los argumentos de la defensa consistían en que la droga estaba destinada al autoconsumo. El tribunal, sobre esta postura, argumenta:

²²⁶ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción. Sentencia causa RIT N° 27-2017 de 7 marzo de 2017

“Al respecto, cabe sostener que lo que se le imputa al encartado es posesión y tenencia de droga, y durante el juicio no se acreditó fehacientemente su calidad de consumidor, por cuanto la psiquiatra P.C.C. dijo en la audiencia que el encartado era consumidor abusivo de drogas, pero esta perito para su conclusión sólo cuenta con los dichos del encartado acerca de su consumo habitual de drogas, el que habría sido confirmado por su hermana, persona de la cual nada se sabe, ni vino al juicio a testificar dicha circunstancia, tampoco tuvo a la vista esta perito algún examen toxicológico que demostrara científicamente el consumo de drogas por parte del encartado, reconociendo que sólo ingiere medicamentos para su control de impulsos. Por otra parte al momento de ser controlado por los Carabineros aprehensores no andaba con alguno de los elementos típicos que le permitirían el consumo exclusivo de la droga que portaba en un tiempo próximo, es más, el acusado reconoció haber comprado \$30.000 en droga a su amigo, lo que es una gran cantidad de droga y por otra parte el hecho de ser un consumidor no lo exime de ser vendedor de la droga, actividad que le serviría para satisfacer su propio vicio.”

Fundamentos de los recursos de nulidad.

Causal del artículo 374 letra e) con relación al 342 letra c) y al 297 del Código Procesal Penal, pues según la recurrente se habría cometido un error en la valoración de la prueba, habiendo fallado el Tribunal con infracción al principio lógico de la razón suficiente.

Para la recurrente, este principio está compuesto por tres requisitos: a) *debe ser un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y derivarse de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas, se vaya determinando; b) debe ser concordante y constringente, en cuanto a que cada conclusión negada o afirmada, responde adecuadamente a un elemento de convicción del cual se puede inferir dicha conclusión; c) la prueba debe ser de tal naturaleza, que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que aquella sea excluyente de toda otra.*

Se habría infringido por el tribunal al condenar por tráfico ilícito de pequeñas cantidades solo en base a la posesión de la droga, desacreditando la prueba rendida con la intención de demostrar el carácter de consumidor del imputado.

Resolución Corte de Apelaciones Concepción²²⁷.

La Corte, al referirse al principio lógico de razón suficiente, expone *“Se trata de un postulado que busca básicamente guiar y limitar la corrección de los razonamientos probatorios, en especial la forma y coherencia en que ellos son expresados (...) así entendido, la conexión del principio de la razón suficiente, con el estándar de convicción, es evidente, lo que se hace aún más relevante en el ámbito penal en que existe un estándar normativo de condena de alta probabilidad, enunciado en el artículo 340 del Código Procesal Penal, bajo la fórmula de convicción más allá de toda duda razonable. Señala que, debido a esto las inferencias realizadas por el tribunal en sede penal, deben ser altamente probables, esto es, con un contenido de información importante, para superar realmente el alto estándar de prueba fijado por el legislador.”*

Aclarado esto, la Corte objeta principalmente al tribunal el hecho de no haber analizado otros indicios: *si bien se analizó lo que expuso la psiquiatra, y de lo que a ésta le manifestó la hermana del acusado, ninguna referencia se hizo de los otros antecedentes por ésta expuestos en el considerando 7º de la sentencia, consistentes en el informe de la sicóloga del penal de Coronel, ni del informe del doctor del Hospital del penal, de 2016, todos los cuales podrían haber sido considerados, en su caso, como otros indicios, en orden a demostrar la teoría del caso de la defensa, lo que influye en el análisis de la prueba efectuada en la sentencia.*

Tampoco se analizó el contexto y circunstancias en que fue detenido el acusado, -el hecho de portar un arma-, la oportunidad en que se le encontró la droga, la cantidad de la misma, su peso, el hecho de no haber denuncia previa por este delito ni habersele encontrado dinero en su poder, etc., lo que habría contribuido a reforzar o debilitar, en su caso, las alegaciones de la defensa.

Por las razones que aquí se han sintetizado, la Corte acoge el recurso de nulidad.

Comentario.

Pueden destacarse dos puntos: i) la valoración del TJOP de Concepción del peritaje presentado por la defensa y; ii) la formulación del principio lógico de razón suficiente de la Corte.

Sobre el primer punto, queda de manifiesto en el caso el carácter secundario que tienen para los jueces las denominadas *ciencias humanas*, pues el tribunal desestima las observaciones que

²²⁷ Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia causa RIT N° 289-2017 de 12 mayo de 2017.

realiza la perito psiquiatra, entre otras razones, porque no tuvo a la vista *algún examen toxicológico que demostrara científicamente* el consumo de drogas por parte del imputado.

Otra de las razones que tiene el tribunal para no dar por acreditada la condición de consumidor por parte del imputado es que la descripción que realiza la perito sobre sus capacidades no coincidiría con lo que ellos pudieron apreciar al momento que éste realizara su declaración.

En lo anterior, puede apreciarse la vigencia de la afirmación que se realizara previamente, sobre la sensación existente en los jueces de que lo que le dicen los expertos de las *ciencias humanas* ellos ya lo saben.

En cuanto a las conclusiones a las que llega la Corte, su planteamiento va en la línea de lo que aquí se ha dicho, respecto a caracterizar los principios lógicos a través de una dimensión lingüística interpretativa. Pero va más allá, pues conecta directamente al principio de razón suficiente con el estándar de convicción exigido en materia procesal penal. De esta forma, el principio lógico aludido no se queda solo en un nivel de análisis referido a la coherencia y a la forma del mensaje, sino que también alcanza su contenido, pues para la Corte también tiene que ver con el *nivel de información* y con que las conclusiones obtenidas por el tribunal sean *altamente probables*.

Finalmente la decisión de anular el juicio y la sentencia se toma considerando este punto, en conjunto con el hecho de que el tribunal no habría considerado *indicios* que tuvo a la vista y que podrían haber mejorado o deteriorado la posición de la defensa, por lo que queda la duda de si es la escasa información con la que el tribunal funda la decisión, o el hecho de haber ignorado antecedentes o, acaso, la consideración conjunta de ambas circunstancias, lo que en definitiva funda la nulidad.

5.2.2 Caso 2.

Antecedentes del caso²²⁸.

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar
- Imputados y calificación jurídica de la acusación:

J.O.U.S; J.C.M.O; N.C.R.S. Autores de tráfico ilícito de pequeñas cantidades.

²²⁸ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar. Sentencia causa RIT N° 209-2016 de 13 de agosto de 2016.

- Resumen hechos de la acusación:

“El 30 de abril de 2015, alrededor de las 16:30 horas Personal Policial, observó que en el exterior del domicilio de calle Marga Marga N°1850 de Villa Alemana, el imputado J.U.S entregó a un sujeto, a cambio de dinero, 6 envoltorios de papel los que contenían 0,4 gramos netos de cocaína, por lo que, previa autorización judicial, alrededor de las 17:20 horas personal policial ingresó al domicilio de calle Marga Marga N° 1850 en Villa Alemana y al ingreso, sorprendieron a la imputada N.R.S vaciando cocaína base en el lavadero de la cocina logrando incautarle 9,8 gramos netos de esa droga, además tenía sobre una mesa, un envoltorio con marihuana a granel el que contenía 8,6 gramos netos; en el lugar también se encontraban, la imputada J.M.O la que en su cartera tenía 64 envoltorios confeccionados con papel blanco los que a su vez contenían 5 gramos netos de cocaína base y 3 bolsas de nylon las que contenían 1,5 gramos netos de cocaína base, la menor C.G.S quien fue sorprendida lanzando por una ventana un estuche el que contenía 23 envoltorios confeccionados con papel blanco los que a su vez contenían 1,8 gramos netos de cocaína base y el imputado J.U.S el que se encontraba en el living del domicilio, lugar donde había un plato, bolsas de nylon, una cuchara y papeles recortados en cuadrados, elementos utilizados para la dosificación de la droga.”

- Decisión del tribunal:

Da por acreditados los hechos de la acusación y condena a los imputados como autores de microtráfico.

Los parámetros racionales de la sana crítica en la valoración de la prueba realizada por el tribunal.

Los tribunales tienen por acreditados los hechos con el mérito de las declaraciones de los funcionarios policiales que participaron en la operación, sumadas al resto de la prueba de cargo del fiscal: documental referida a la naturaleza de las sustancias encontradas y fotografías. Además de las declaraciones de las imputadas.

Sobre la calificación jurídica de la conducta de las imputadas como tráfico ilícito de pequeñas cantidades, descartando la tesis de la defensa referida a que las sustancias poseídas estarían destinadas al consumo, el tribunal señala:

“ (...) tratándose de pequeñas cantidades de droga el estimar que sea susceptible de ser destinada al consumo personal dependerá de las circunstancias del caso que así permita

inferirlo, lo que no ha ocurrido en la especie, en consideración a la evidencia encontrada en el domicilio en que fue hallada la droga, cual es que sobre la mesa de centro del living había gran cantidad de papel blanco cuadriculado cortado, como lo informaron los policías – y también pudo advertir el tribunal en las imágenes del sitio del suceso - que impresionan como encontrarse sin uso, lo que desvirtúa la explicación dada por la acusada R., en el sentido que la gran cantidad de papeles hallados en la mesa y en el suelo correspondían a los envoltorios vacíos de la droga que entre todos ya habían consumido, además de advertirse la presencia de una tijera, lo que impresiona como que en ese momento la operación que se realizaba era la de dosificación.

Tampoco resulta lógico que un consumidor de pasta base mantenga una cantidad de droga que haya de guardarse en un plato, debiendo señalarse además que no ha resultado verosímil la explicación dada por la acusada R. en cuanto a que lo que había en el plato era el contenido de un papelillo que ella se disponía a fumar y que cuando llegó carabineros lo botó el plato, en consideración a la cantidad recuperada desde el lavaplatos, del que naturalmente no se recuperó toda la droga puesto que aquella abrió la llave del agua y, no obstante aquello, lo recuperado pesó 9,8 gramos netos de cocaína base, esto es, mucho más de lo que pesaban individualmente los demás papelillos encontrados en el domicilio, de 0,078 gramos netos, según resulta de la operación de dividir el pesaje por el número de papelillos.

Para concluir de esta forma, el tribunal no ha dado mérito suficiente para excluir el microtráfico la circunstancia anotada por el perito de la Defensa de la acusada R. quien planteó que por el nivel de adicción y estructura de personalidad esta acusada no se encontraba en condiciones de traficar droga, porque su adicción no le permite dejar de consumir toda la que tuviera a su alcance, motivo por el cual ningún traficante se la va a entregar, en razón que es una conclusión personal del perito que es posible no compartir y no una cuestión científicamente demostrable, considerando especialmente que conforme la experiencia es conocido que parte de las personas que sufren de fuerte adicción también trafican para financiar su consumo.

En el caso de la acusada M, además, se encontró en su cartera la suma \$56.000 cuyo origen no logró explicar en las preguntas aclaratorias que le formuló el tribunal, así como tampoco cuánto dinero le quedaba después de comprar la droga que señaló acababa de

adquirir y también debe considerarse que aparte de 3 billetes de \$10.000, el resto del dinero que mantenía en su cartera se encontraba en billetes de baja denominación, que es con el que habitualmente se paga las compras de papellitos de pasta base., en la venta al menudeo. Todo ese conjunto de indicios son los que han permitido al tribunal excluir la posibilidad que la droga que les fuera incautada a las acusadas tuviera como fin su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.”

Fundamentos de los recursos de nulidad.

Causal del artículo 373 letra b), pues el tribunal comete un error en la aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo al condenar a sus representadas de acuerdo al artículo 4° de la ley 20.000, descartando la hipótesis de consumo, que para él, está correcta y completamente acreditada.

Resolución Corte de Apelaciones Valparaíso²²⁹.

Rechaza el recurso, pues entiende que el tribunal acreditó adecuadamente los hechos, dando una justificación acabada de las razones por las cuales descarta la teoría de la defensa, respetando los límites establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Señala, además, que la vía idónea para discutir la corrección del ejercicio de valoración habría sido fundar el recurso en la causal del artículo 374 letra e) con relación al 342 letra c).

Sobre los aspectos en los cuales debe recaer el control que el Tribunal superior debe realizar al enfrentarse a un recurso interpuesto por esta causal, la Corte, citando a Accatino Scagliotti, indica:

“a) Ausencia de fundamentación.

a1) Falta de identificación total o parcial de los enunciados probatorios (cada uno de los hechos y circunstancias que se tienen por probados) y a2) Falta de identificación de los elementos de juicio (medios de prueba) que justifican cada enunciado probatorio;

b) Fundamentación incompleta.

b1) Insuficiencia interna al texto de la sentencia. Falta de expresión de la relación de corroboración entre elementos de juicio y enunciado probatorio, cuando ella no sea evidente.

²²⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia causa ROL N° 1507-2016 de 24 octubre de 2016.

b2) Insuficiencia en relación al proceso: 1) Por omisión absoluta de consideración de algún medio de prueba aportado (sea para atribuirle valor probatorio, o sea para negárselo); y, 2) Por omisión parcial de consideraciones de algún medio de prueba, al no considerarse debidamente objeciones, pruebas auxiliares o contrapruebas presentadas en el proceso, que pudieran afectar el valor probatorio del medio de prueba en cuestión;

c) Fundamentación defectuosa.

c1) Defectos lógicos: 1) Contradicción lógica entre afirmaciones contenidas en la sentencia; 2) Inconsistencia entre las premisas (elementos de juicio y generalizaciones) y las conclusiones en las inferencias individuales; y, 3) Inconsistencia entre las premisas (elementos de juicio y estándar de prueba) y las conclusiones en la valoración conjunta que resuelve sobre la prueba de cada enunciado probatorio principal.

c2) Defecto en el uso de la máximas de experiencia: 1) Contradicción entre una relación de corroboración establecida en la sentencia y una máxima de la experiencia generalmente aceptada; 2) Falta de fundamento de las presuntas máximas de la experiencia invocadas; y, 3) Falta de descarte de las circunstancias que harían inaplicable la máxima de la experiencia al caso concreto.

c3) Defectos relativos a los conocimientos científicamente afianzados. Es decir, el uso, expreso o tácito, de generalizaciones que contrasten con conocimientos científicamente afianzados.”²³⁰

Comentario.

En el caso recién descrito puede apreciarse como los parámetros racionales de la sana crítica son utilizados por el Tribunal de Juicio Oral para decidir sobre calificación jurídica de la conducta acreditada.

De esta manera, los sentenciadores se valen de la *lógica*, de la *experiencia* (planteada como lo que habitualmente ocurre) y de un criterio científico para descartar la hipótesis de la defensa y afirmar el tráfico ilícito de pequeñas cantidades.

Se confirma, así, lo que se había dicho sobre el rol preponderante que adquirirían los parámetros racionales dentro del tipo penal microtráfico.

²³⁰ Accatino, D. (2010). El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad. Formación y valoración de la prueba en el proceso penal. P 119-143.

Con relación a lo que la Corte expone, llama la atención la referencia que realiza al esquema propuesto desde la doctrina para la evaluación de los hipotéticos vicios relacionados con la fundamentación de la sentencia y la valoración de la prueba, lo que se constituye como una herramienta valiosa en uno de los sentidos más débiles de la sana crítica, el cual es su desenvolvimiento práctico.

5.2.3 Caso 3.

Antecedentes del caso²³¹.

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica.

- Imputados y calificación jurídica de la acusación:

V.K.P.U; L.H.G.G; autores de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley 20.000 y autores de posesión o tenencia ilegal de municiones.

- Resumen de los hechos de la acusación:

“Con fecha anterior al 19 de agosto de 2015, funcionarios de DIRECTEMAR tomaron conocimiento que los acusados L.G.G y V.P.U, se estaban dedicando a la venta de droga a personas en el sector de la Caleta de Pescadores de Arica y que el lugar donde mantenían la sustancia ilícita correspondía a su domicilio ubicado en Pasaje Cinco N° 3360, Población Flor del Inca. Fue así que mediante la autorización judicial de interceptación de comunicaciones telefónicas que mantenían estas personas se verificaron sus actividades vinculadas a la venta de drogas. En ese contexto, el día 19 de agosto de 2015, en horas de la mañana, en circunstancias que los acusados G.G Y P.U habían sido objeto de un control policial por funcionarios de la Policía de Investigaciones, ocasión en que la acusada P.U efectúa un llamado telefónico y le pide a una tercera persona que concurra su domicilio "hacer eso". En tales circunstancias, estimando que en el inmueble antes mencionado podrían mantener droga, funcionarios de la Brigada Antinarcóticos, en virtud de una autorización judicial de entrada y registró procedieron a efectuar el ingreso al inmueble de Pasaje Cinco N° 3360 Población Flor del Inca, donde se incautó droga, la que se encontraba en posesión de ambos acusados, distribuida de la siguiente forma. Al interior de un refrigerador de la cocina se encontró un envase de vidrio que contenía una sustancia vegetal marihuana que arrojó un peso bruto de 116 gramos y un peso neto de 114.2 gramos. En el dormitorio ocupado por los acusados, al interior

²³¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica. Sentencia causa RIT N° 95-2016 de 11 de mayo de 2016.

de una pequeña caja de madera se encontró la misma sustancia vegetal marihuana arrojando ésta un peso bruto de 12.6 gramos y un peso neto de 10.8 gramos. En la misma habitación, al interior de una caja de cartón se encontró una sustancia en polvo color beige cocaína base, arrojando un peso bruto de 119 gramos y un peso neto de 90 gramos con un 50% de pureza. Además, en el mismo dormitorio se encontró cuatro proyectiles calibre 22 y dos proyectiles calibre 40, careciendo los acusados de la autorización para la tenencia y porte de dichas municiones. En la revisión del inmueble se encontró además un cuaderno con hojas recortadas; una tijera; bolsas de nylon tipo cubo, elementos propios para la dosificación de la droga”.

- Decisión del tribunal.

Da por acreditados los hechos de la acusación y condena a los imputados como autores de tráfico del artículo 3° de la ley 20.000.

Los parámetros racionales de la sana crítica en la valoración de la prueba realizada por el tribunal.

Luego de dar por acreditada la versión del Ministerio Público, en base a los testimonios de funcionarios policiales, de la armada y de los imputados, además de registros audiovisuales y de peritos, el tribunal se explaya sobre las razones por las cuales desestima la teoría de la defensa, consistente en que los hechos de la causa deben ser calificados jurídicamente como microtráfico, señalando que:

“Acierta el Defensor en decir que el legislador no ha dicho cuándo se está frente a un delito y otro, pero sí entrega otros elementos o parámetros para determinar a cuál delito atender. En efecto, los policías Lillo y Arias, manifestaron que son de la Unidad de microtráfico al interior de la Brigada Antinarcóticos, pero que la entrada, registro e incautación de la droga del caso de marras, no es posible catalogarlas como de microtráfico; ello en atención a los lugares y el estado en que encontraron la droga, indican que la cantidad es sólo uno de los factores a considerar; así por ejemplo revelan que el hecho de guardar la marihuana prensada en el refrigerador en un método de ocultamiento, así como la basura, que la pasta base estaba semi húmeda; que no se descubrió elementos relacionados a consumo, pero sí de tráfico, como la tijera, bolsas tipo nylon para dosificar y cuaderno de hojas recortadas, comprobante de depósitos de dinero y la droga no estaba dosificada. Con total seguridad, señalan que las casas que

generalmente intervienen, en casos de microtráfico, tienen la particularidad que tienen y venden droga para el diario vivir, no tienen el poder adquisitivo para tener una casa o arrendar una casa como la que ingresaron ese día, no tienen los artefactos que había en ese domicilio, y además, hay más droga dosificada, en papelillo; en microtráfico no se suele encontrar la cocaína base en envoltorio grande, como la descubierta, siempre la hallan dosificadas, o en bolsas tipo cubo o se encuentra en envoltorios de papel o papelillo. Por lo general el microtraficante maneja pocas dosis, la venden en dos o 3 días y luego las adquiere, y existen consumidores que también vende. En cuanto a las cantidades, Arias dijo que de un gramo puede salir 5 o 6 envoltorios pequeños de cocaína base. De la cannabis sativa, indica que puede llegar a pesar 0.3 o 0.5 gramos, o sea de un gramo podrían salir dos o tres envoltorios, cada envoltorio son dosis, que son los que consumen los adictos. Refieren que no recuerdan haber visto marihuana consumida, lo mismo dijo Karla Ruz al remitirle los decomisos, no recuerda haber visto sustancias mezclada con cenizas. Así también lo aseguraron también los funcionarios de la Armada, al decir que nunca los vieron consumiendo. Por lo tanto, si efectuáramos una prognosis de dosificaciones con las cantidades de sustancias ilícitas descubiertas en la casa de los acusados, según lo señalado por el dicente, de los 125 gramos de marihuana y teniendo como base que de 1 gramo se puede obtener hasta 3 envoltorios, podemos inferir que podrían tener hasta 375 dosis de cannabis sativa; por su parte, de los 90 gramos de pasta base incautada, si con 1 gramo se logra hasta 6 dosis, se concluye que podrían tener hasta 540 dosis, operaciones matemáticas que restan credibilidad a la postura de la defensa de calificar los hechos como microtráfico.

Fundamentos de los recursos de nulidad.

L.H.GG:

Causal del artículo 374 letra e) con relación al artículo 342 letra c) y al 297, todos del Código Procesal Penal. Subsidiariamente, el recurrente alega la causal del artículo 373 letra b), solicitando se condene a su representado como autor del delito de microtráfico.

Dentro de los fundamentos de la causal principal, el defensor señala que el tribunal no habría analizada de manera completa la prueba rendida.

Con relación a la causal subsidiaria, el recurrente expone que las normas pasadas a llevar serían el artículo 297 y 340 del CPP, y los artículo 3 y 4 de la ley 20.000. En lo referido al delito de tráfico de drogas, la defensa sostiene que de haberse valorado correctamente la prueba se debería haber condenado a título de microtráfico, *por la cantidad de droga incautada, como el grado de adicción y consumo regular de su representado, sus circunstancias socioeconómicas, la pureza y característica de la droga y forma de ocultamiento.*

V.K.P.U:

Causal del artículo 373 letra b) con relación al 297 y 340 del CPP y los artículo 3 y 4 de la ley 20.000, solicitando el recurrente que la Corte dicte sentencia de reemplazo condenando a su representada por el delito de microtráfico.

Resolución Corte de Apelaciones Arica²³².

L.H.G.G:

Respecto a la causal del artículo 374, no se configura el vicio puesto que la fundamentación de la sentencia es completa y se ajusta a lo exigido por la ley.

En cuanto a la causal del artículo 373 letra b), también es desestimada por la Corte. Para esto, apela directamente a lo transcrito en el apartado *parámetros racionales en la valoración*, señalando:

La droga incautada en el domicilio de los condenados, sobradamente habilitaba para obtener 375 dosis de cannabis sativa y 540 dosis de pasta base, lo que no resulta compatible con un microtráfico, ni con un consumo exclusivo ni próximo en el tiempo. En el mismo sentido apuntan el cómodo nivel de vida de los sentenciados y los depósitos de elevadas sumas de dinero de filiación desconocida a V.P.

V.K.P.U:

Desestima la causal por los mismos argumentos utilizados para el fallo del recurso interpuesto por el otro imputado.

²³² Corte de apelaciones de Arica. Sentencia causa Rol N°157-216 de 1 de Julio de 2016.

Comentario.

En este caso los parámetros racionales de la sana crítica no se utilizan para decidir entre la configuración típica del artículo 4° o la hipótesis de atipicidad del autoconsumo, sino para decidir la cuestión de calificar una conducta como tráfico ilícito del artículo 3° o tráfico ilícito de pequeñas cantidades del artículo 4°.

Destacan en este caso varios puntos. En primer lugar, el tribunal hace suya la percepción de los funcionarios policiales, en este caso funcionarios especializados en el delito de microtráfico, respecto de lo que habitualmente puede apreciarse en este tipo de delitos: el micro traficante no tiene un gran poder adquisitivo; suele, además, ser consumidor; maneja dosis pequeñas que vende en pocos días, etc.

Además de utilizar estas ideas, el tribunal toma la experiencia de los funcionarios policiales para realizar un cálculo matemático a través del cual llega a una conclusión específica respecto a las dosis que podrían obtenerse de la droga poseída, operativizando máximas de la experiencias que él mismo enuncia: de 1 gramo de cannabis pueden obtenerse 3 envoltorios; de 1 gramo de pasta base de cocaína pueden obtenerse 6 dosis.

Se manifiesta la importancia de los parámetros racionales de la sana crítica, también, en la estructura de los recursos de nulidad presentados por las defensas, pues arguyen a favor de una recalificación jurídica señalando que existe una errónea aplicación del derecho relacionada, obviamente con los artículos 3 y 4 de la ley 20.000, pero sobre todo con el artículo 297 del Código Procesal Penal. En este sentido, llama la atención que, en este caso, a diferencia de lo apreciado en el caso anterior, la Corte no opone reparos a esta organización argumentativa.

5.3 Asociación ilícita para cometer delitos de la ley 20.000.

5.3.1 Caso 1

Antecedentes del caso²³³.

- 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.
- Imputados y calificación jurídica de la acusación:

²³³ 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia causa RIT N° 625-2017 de 15 de marzo de 2018.

J.N.M: Asociación ilícita (coautor); elaboración y tráfico de drogas (coautor); tráfico ilícito de precursores (coautor).

Y.O.N.: Asociación ilícita (coautora); elaboración y tráfico de drogas (coautora); tráfico ilícito de precursores (coautora); porte ilegal arma de fuego.

M.V.H: Asociación ilícita (coautora); tráfico ilícito de drogas (coautora).

S.S.Q: Asociación ilícita (coautora); tráfico ilícito de drogas (coautora).

R.V.H: Asociación ilícita (coautor); elaboración y tráfico de drogas (coautor); tráfico ilícito de precursores (coautor).

J.R.M.M: Asociación ilícita (coautor); elaboración y tráfico de drogas (coautor); tráfico ilícito de precursores (coautor).

- Resumen de los hechos de la acusación:

Para la fiscalía los imputados constituyen una asociación ilícita dedicada a la internación de sustancias ilícitas al país desde Bolivia, las que trasladan hacia el centro de Santiago, con la finalidad de almacenar, elaborar y cocinarlas en un laboratorio clandestino ubicado en calle Conferencia n° 530, para posteriormente comercializarlas.

Uno de los líderes es J.N, dueño del laboratorio de Conferencia 530. Él coordina los elementos requeridos para su operatividad. Destacan en este aspecto los vehículos que son utilizados para el ingreso de la droga. R.V es otro líder de la organización, quien coordina el ingreso de la droga desde Bolivia y es el encargado de traerla hacia Santiago, además de suministrar los insumos necesarios para su elaboración. Y.O vive en el inmueble utilizado como laboratorio y colabora con su funcionamiento. J.M. es un brazo operativo de la organización que colabora con R.V en la internación de droga del país. M.V y S.S son las encargadas de transportar la droga desde Bolivia al centro de Santiago.

R.V., utilizando el vehículo inscrito a nombre del imputado J.N., fue controlado por funcionarios policiales el 7 de Mayo de 2016 portando un arma de fuego y manteniendo dentro de los ductos de ventilación dos trozos de bolsas de nylon negro, conteniendo cada una 10 mil dólares en

billetes de 100. Además, un paquete con 30 mil dólares en billetes de 100 en el motor del vehículo, destinados a adquirir sustancias ilícitas.

Hubo, además, escuchas telefónicas en virtud de las cuales se determina que el 5 de Junio de 2016 R.V. llegaría con un cargamento de drogas al centro de Santiago, en un vehículo inscrito a nombre de J.N. R.V es detenido el 4 de Junio de 2016, a las 21.15 horas en el peaje Totoral, en la comuna de Copiapo, acompañado de J.M quién conducía el vehículo, escoltando un cargamento de 18 kilos, 580 gramos de pasta base de cocaína, que transportaban en un bus las imputadas M.V y S.S. Cada una de ellas llevaba en su equipaje 9 kilos 300 gramos de pasta base de cocaína. En poder de J.N y R.V se encuentra dinero (40.250 pesos chilenos y 281 pesos bolivianos) y el pasaporte de S.S.

El día 5 de Junio de 2016 se ingresa al inmueble de Conferencia donde mantenían el laboratorio que en ese momento estaba a cargo de la imputada Y.O, incautando 2 kilos 118 gramos de Cannabis sativa, distintos precursores (ácido muriático, ácido amoniaco, ácido batería, carbonato sódico), otros instrumentos necesarios para la elaboración de drogas, una máquina contadora de billetes, una pesa digital y otros insumos. Además, se incauta en este domicilio un revolver marca Smith and Wesson, calibre 38, número de serie borrado.

- Decisión del tribunal:

Da por acreditados los hechos descritos en la acusación.

Y decide que los hechos descritos anteriormente, son constitutivos del delito de asociación ilícita, previsto y sancionado en el artículo 16 de la Ley 20.000; de los delitos de elaboración y tráfico ilícito de drogas, previstos y sancionados en el artículo 3º en relación con el artículo 1º, ambos de Ley Nº 20.000; del delito de tráfico ilícito de precursores, previsto y sancionado en el artículo 2º de la citada Ley y del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto en el artículo 9º inciso 1º en relación con el artículo 2º letra b), ambos de la Ley Nº 17.798, todos en grado de consumado.

Los parámetros racionales de la sana crítica en la valoración de la prueba realizada por el tribunal.

En lo pertinente a la valoración probatoria que el tribunal realiza para determinar la concurrencia de los hechos que configuran la asociación ilícita, esta se enfoca en las siguientes circunstancias:

- Que existía un centro de operaciones en el que se elaboraba y distribuía droga.

- Que, previo a Abril de 2016, ya se había realizado una internación y distribución de droga por parte de J.N y R.V, quienes cobraban juntos los dineros y que por esa fecha vendían lo que quedaba de la operación anterior.

El tribunal acredita estas afirmaciones basándose principalmente en el testimonio del oficial a cargo de la investigación.

Este policía, además de relatar los procedimientos investigativos, se refiere a las escuchas telefónicas efectuadas, encargándose de explicar al tribunal los términos que allí se emplean.

“¿Cuánto quedó del negro, blanco y amarillo?, se refiere al tipo de droga obtenida dentro de la transformación de droga, cocaína base es negro y blanco es clorhidrato, del amarillo puede ser otro tipo”.

“Rolando y uno de los receptores de droga, que apoda “hermano”, en la cual el primero le cobra al segundo los \$2.500.000 que le debe de una venta de droga ya materializada, coordinando su pago para el viernes en la mañana ya que regresa ese día en la tarde y vuelve con más “pintura” la próxima semana y que parte de la droga anterior la debió vender en “roca” ya que no pudo cocinar en la casa; explica el policía Gallardo, que Rolando dice que debido a la dificultad con el inmueble utilizado normalmente como Laboratorio tuvo que comercializar la droga como sustancia bruta, lo que merma la rentabilidad a obtener en el delito de tráfico; ya que de un kilo de droga transformada puede obtener más de tres kilos de cocaína base. Rolando le requiere a “hermano” rápidamente el dinero de la droga entregada a objeto de volver a Bolivia e internar de nuevo más droga y el “hermano” le dice que si quiere que le facilite un lugar puede coordinarlo. “Hermano” le pregunta a Rolando si ha trabajado en “pinturas”, refiriéndose si ha trabajado la cocaína y Rolando dijo que no, que la tuvo que entregar así”.

“Rolando y “Hermano”, este último le dice al primero que buscará una “bodega para guardar las pinturas”; explica el policía, que “Hermano” le ofreció buscar un lugar para hacer el tratamiento de la droga y luego comercializarla”.

- Que J.N era el encargado de cambiar el dinero a dólares, que luego le pasaba a R.V para que fuera a Bolivia a adquirir más droga, objetivo para el cual también le facilitaba autos de su propiedad.

En la acreditación de este punto juegan un rol preponderante las escuchas telefónicas, que son incorporadas al juicio valiéndose de los testimonios de los policías.

“R.V-J. N: J.N dice que está llegando a la casa y el primero precisa que están recaudando dinero para que pueda J.N cambiar al día siguiente, pero que faltan como 320 para completar 10 millones de pesos y que debieran ir a cambiarlo al día siguiente; explica el policía que este dinero tiene su origen en el tráfico de droga ocurrido antes de la detención de Iquique”.

- Que R.V. era el encargado de acudir a Bolivia a adquirir la droga y de escoltarla en su camino a Santiago.
- Que la asociación internaba gran cantidad de droga, producto de lo cual también manejaba altas sumas de dinero.

Refiriéndose a esta circunstancia, la sentencia indica

Por otra parte, la incautación de droga ocurrida en Copiapó es de un volumen considerable, ya que si bien son 18 kilos y fracción, tiene una alta pureza, (81, 83, 85 %), droga que al ser transformada podría obtenerse más de 50 kilos de cocaína base al 30 %, - como dijera el Sub Comisario Guajardo y J.N, lo que obviamente implica grandes cantidades de dinero, si se tiene en consideración que un kilo - según J.N - se vende a \$ 1.800. 000.

- Que J.N y R.V tomaban las decisiones en conjunto, con conocimiento uno del otro, e impartían las directrices de la actividad de tráfico.
- Que J.M era un brazo operativo de la operación.
- Que J.N tiene otros brazos operativos.

Uno de los antecedentes en los que se basa el tribunal para afirmar esta circunstancia es el contenido de la escucha telefónica n° 11.

R.V y un sujeto apodado “El Tuca”. R.V le dice al “Tuca” que le pague mil a cada uno de los “changos”, en caso que quisieran irse de Santiago; explica el testigo Gallardo, que R.V instruye al “Tuca” para que le pague mil dólares a cada transportista de droga.

- Que la organización contaba con un pequeño laboratorio para elaborar y abultar la droga a través de la utilización de precursores químicos, lo que da cuenta que contaba con los medios materiales y económicos para llevar a cabo tal actividad, utilizando a otras personas para ello.

En este punto el tribunal hace referencia a una escucha telefónica de V.L., quien es hija de Y.O y sobrina de J.N., en la cual, encontrándose ella en la casa de Conferencia, le cuenta a su pareja que:

“fue a retirar sus cosas, y que la casa está “apestosa”, que está todo tirado, que están los tambores sucios, los químicos, que no quedan bolsas con pasta, que se lo llevaron todo, que no está el auto plomo de los “weones” afuera y que como hay ropa mojada deben estar “los weones”; escuchas todas que dan cuenta que en dicho inmueble funcionó un laboratorio para transformar la droga; insistiendo la pareja que busque “barro “ y se la lleve.”

- Que la asociación cometió diversos delitos de la ley 20.000.
- Que la asociación tenía armas de fuego.

Fundamentos de los recursos de nulidad.

R.V. y J.M:

Causal del artículo 374 letra e), con relación al artículo 342 letra c) y d) y artículo 297, por no concurrir los elementos del tipo de la asociación ilícita y por no considerarse la atenuante de colaboración para este ilícito. Subsidiariamente invoca la causal del artículo 373 letra b), por las mismas razones.

J.N:

Causal del artículo 374 letra e) con relación al artículo 342 letra c) y al artículo 297. No concurren los elementos del tipo penal de la asociación ilícita y no se reconoce al imputado la atenuante de colaboración.

Resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago²³⁴.

374 LETRA E):

²³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia causa ROL N°1731-2018 de 2 de mayo de 2018.

Señala que el tribunal hace una valoración completa de la prueba. Y señala, además, que se ha de respetar la valoración de la prueba realizada por los jueces del fondo siempre que esta no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria o absurda o que conculque principios generales del derecho, sin que esté permitido **sustituir la lógica o sana crítica del juzgador por la de la parte.**

373 LETRA B):

La corte, apelando a la historia legislativa de la ley 20.000, señala que la asociación ilícita para cometer delitos de la ley 20.000 no requiere permanencia en el tiempo ya que el legislador habría eliminado estos requisitos al no incorporar una definición estricta en este sentido.

Concluye, tras esto:

Que, del simple relato de los hechos se observa que la operación realizada por los condenados, requería, por su complejidad, una logística acabada desde el punto de vista humano, material y financiero. A todo ello, debe agregarse además que los "trabajos" realizados por cada uno de los imputados obedecían a labores compartimentadas que, unidas todas, culminaban con el tráfico de drogas consumado cuyo era el propósito indudable de los partícipes en el ilícito.

Debido a las razones anteriores, la corte decide rechazar ambos recursos.

Comentarios.

Se dijo, en este trabajo, que uno de los principales problemas que presentaba la sana crítica como modelo de valoración de la prueba son las dificultades que tienen los parámetros racionales para dar cuenta de la heterogeneidad que presenta el saber en distintos grupos de la sociedad.

De los antecedentes presentados, puede apreciarse que la *experiencia* realmente valiosa, que cumple un rol preponderante y determinante, es la de los funcionarios policiales.

Estos ocupan una posición de intermediarios entre el tribunal y los imputados, en la que deben explicar al tribunal términos y prácticas que generalmente aprecian al investigar delitos de drogas.

De esta manera, las máximas de la experiencia como límite al ejercicio de valoración que deben realizar los jueces son, en definitiva, elaboradas por la policía.

Expresiones como *changos, pinturas, piedras* adquieren una connotación distinta ante los ojos de un funcionario policial, invisible para la generalidad de la población.

Esta dinámica es comprensible e inevitable, pero representa un potencial peligro. Ya que el tribunal se orienta, principalmente por los testimonios policiales, que estructuran, contextualizan e informan sobre los demás medios probatorios. Es en este mismo discurso que van inmersas, además, ideas que deberían operar como límites al ejercicio de valoración del juez. De este modo, se abren espacios para que apreciaciones prejuiciosas pudiesen llegar a imponerse sin un contrapeso adecuado.

Otro punto que llama la atención es la asimilación entre lógica y sana crítica realizada por la Corte, señalando además que cada tribunal tendría la suya propia.

5.3.2 Caso 2.

Antecedentes del caso²³⁵.

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes
- Imputados y calificación jurídica de la acusación:

D.A.R.G; C.A.M.L; R.A.S.R; L.H.M.A autores de tráfico ilícito de droga del artículo 3° de la ley 20.000, configurándose además respecto de todos la agravante del artículo 19 letra a) del mismo cuerpo legal.

- Resumen hechos de la acusación:

“Desde un tiempo hasta esta fecha, se sigue investigación por la Fiscalía de Los Andes, respecto de un grupo de sujetos, quienes de manera permanente se dedican a ingresar grandes cantidades de droga al país a través del paso fronterizo Los Libertadores y otros de la zona sur, para luego que la droga es ingresada, ser comercializada en la zona central del país.

Para poder realizar la investigación se contó con autorizaciones judiciales, a través de las cuales se logró conocer y estructurar su orgánica, individualizando a sus partícipes estableciéndose que la misma está liderada por D.R.G, quien es el que coordina y financia las adquisiciones de droga. Este sujeto emplea a su vez a R.S.R quien es su brazo operativo y coordina también las recepciones de droga. A su vez L.M.A es quien recepciona y transporta la droga para todos los antes mencionados.

²³⁵ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes. Sentencia causa RIT N° 68-2015 de 1 de Febrero de 2016.

Por la misma investigación se logra determinar que la droga es proveída por varios sujetos entre ellos un proveedor de nacionalidad paraguaya de nombre C.M.L. La investigación arroja que el proveedor de droga C.M.L., se encuentra en Chile desde agosto de 2014 para coordinar y recepcionar diversos envíos de droga desde el extranjero, concretándose exitosamente al menos 2 de ellos.

En fecha cercana al 15 de octubre de 2014 a través del paso fronterizo Los Libertadores, ingresó una cantidad indeterminada de droga la cual fue proveída por C.M.L para el resto de la organización, la cual ingreso de manera exitosa y fue distribuida, obteniéndose dinero por ello. Luego de ello, en una fecha cercana al 3 de noviembre de 2014, ingresó por Los Libertadores una cantidad indeterminada de droga proveída por C.M.L para el resto de la organización, la cual ingresó de manera exitosa y fue distribuida obteniéndose dinero por ello. A raíz de que en un futuro ingreso iban a participar otros sujetos reclutados por la organización, ellos salen del país con fecha 29 de octubre en el vehículo donde luego se incautó la droga, la salida la hacen por Libertadores siendo devueltos, ya que uno de los ocupantes tenía un arraigo vigente. Por esa razón deciden cambiar el lugar de ingreso en esta tercera entrada de droga, decidiendo ingresarla por la zona sur del país. Para lo anterior y previas coordinaciones efectuada por la organización para traer droga y habiendo cambiado el punto de ingreso con fecha 01 de noviembre sale del país L.M.A por la novena región en el vehículo Citroen, retornando a Chile con la droga con fecha 9 de noviembre, trasladándose hasta una parcela en la localidad de Villarrica de propiedad de D.R hasta donde se trasladaron los 4 acusados, realizando la apertura de las “caletas” del vehículo donde venía oculta la droga. Todo esto fue vigilado por personal de la PDI estableciéndose que luego de sacada la droga los 4 imputados la cargan en sus vehículos para volver a la zona central en sistema de seguridad de punta de lanza para su transporte. Para ese efecto salen de la parcela en horas de la noche del día 10 de noviembre de 2014 en un vehículo tripulados por D.R, y C.M. en posesión de la droga que venía en el otro vehículo que es el Suzuki tripulado por L.M.A y R.S, quienes transportaban físicamente la droga. Por lo antes indicado se decide controlar a estos vehículos en la plaza de peaje de Quepe deteniéndose a los imputados quienes transportaban, portaban y poseían en el vehículo Suzuki la cantidad de 44 kilos de marihuana prensada paraguaya. Luego de ello y autorizados por el Tribunal, se ingresa a la parcela de propiedad de D.R y a los domicilios de D.R y R.S donde se incautó 276 gramos de cocaína base, dinero, vehículos y documentación.”

- Decisión del tribunal:

Además de condenar por tráfico ilícito del artículo 3°, *estos sentenciadores han sido de la idea de calificar la conducta de los encausados, como aquella considerada en el literal a) del artículo 19 de la Ley 20.000, desde que se han dado por acreditados los presupuestos fácticos para alcanzar dicha convicción, esto es la pluralidad de hechos o partícipes, la permanencia en el tiempo de tal agrupación a pesar de no existir una jerarquía u organización*”.

Los parámetros racionales de la sana crítica en la valoración de la prueba realizada por el tribunal.

Respecto a la valoración de la prueba realizada por el tribunal con relación a la configuración de la agravante del artículo 19 letra a), puede destacarse, en primer lugar, la identificación de las funciones que cada imputado cumple en la agrupación.

“correspondiéndole a M.A la de transportista, a R.S.R la de brazo derecho de D.R.G quien era el financista de la operación y la de C.M.L como proveedor y coordinador en la provisión de la droga”.

Basándose en escuchas telefónicas incorporadas al juicio y en las respectivas declaraciones de los funcionarios policiales, el tribunal da cuenta de que existe una mancomunidad de voluntades en torno a la comisión de diversas acciones de tráfico.

Con base en la cantidad de especies decomisadas a los imputados el tribunal concluye que la agrupación cumple con el requisito de permanencia en el tiempo.

“Se sustenta la agrupación, además, en la cantidad de especies decomisadas, lo que da cuenta que estos sujetos no actuaban por primera y única vez en una acción de tráfico, toda vez que como se ha dicho en forma previa, no se acreditó ni justificó por los mismos ingresos que permitieran acceder a la gran cantidad y variedad de bienes muebles que les fueran incautados. Todos los cuales dan indicios de que existía una permanencia en el tiempo en que esta pluralidad de individuos se dedicaba al tráfico”.

Previamente, cuando el tribunal se explaya respecto a la acreditación del tráfico ilícito, ya había destacado este punto.

“la pareja del acusado Riffo Guerra, quien sostuvo el mal estado de los negocios lícitos de éste y que no sabía el origen de los ingresos de aquél, de suerte que resulta lógico pensar que el mismo provenía de su accionar de tráfico ilícito de estupefacientes, ya que no existe una explicación razonable -ni prueba que justifique las dadas por los acusados-, que

permita entender, o a lo menos genere una duda respecto al origen ilícito del automóvil Mitsubishi, la motocicleta, la motorhome, el notebook, los 3 Ipad de diversos colores. Todas especies que, conforme a las máximas de la experiencia, requieren de ingresos considerables para su adquisición, más aún cuando las mismas son habidas en poder de unos pocos individuos que no han justificado ingresos económicos lícitos que determinen su compra ni tenencia, así como tampoco se han justificado el origen de los \$390.000.- (trescientos noventa mil pesos) que se incautaran en la entrada y registro de los domicilios de R.G. y S.R”.

Los imputados reconocen su participación en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, pero niegan su pertenencia a una agrupación destinada a su comisión. El tribunal llega a la conclusión de que los imputados no logran desacreditar esta hipótesis, para lo que recurre a la lógica.

“Es ilógico para estos sentenciadores, que todos los involucrados en el ilícito que fue desbaratado en el peaje de Quepe actuaran bajo la premisa de una supuesta recompensa económica que les daría el sujeto apodado “Alejandro”, máxime cuando al menos tres de ellos señalan que les darían \$3.500.000.- (tres millones quinientos mil pesos), mas no proporcionan antecedentes del momento en que se los habrían ofrecido, ni cuando habrían aceptado los mismos para ir a auxiliar a M.A. Todo parece fluir de la buena voluntad de dicho sujeto, incluso en lo relativo a M.L., quien también sería beneficiado por aquél. Ello es ilógico y carente de sentido, cuando dudosamente alguien se involucraría en una acción delictual por la mera buena voluntad de un tercero”.

Para desacreditar específicamente la versión de uno de los imputados, el tribunal recurre al principio de razón suficiente.

“A su vez, en lo relativo a C.M.L, resultan primordiales las interceptaciones telefónicas (...), las que permiten entender que este no tuvo una participación mediata en la agrupación, sino que mantuvo una actitud de constante colaboración y ejerció funciones primordiales para la ejecución de los ilícitos que nos ocupan. Pensar lo contrario irrogaría una infracción al principio de la razón suficiente, toda vez que no es lógica la explicación que este refiere para encontrarse habitando el inmueble que servía de casa habitación de R.G., ni menos aun la que da para explicar su viaje conjunto con los demás inculpados al sur del país para traer la droga a Santiago, más aún en conocimiento del motivo que generaba tal desplazamiento territorial. La razón o motivo que subyace a su participación en dicho

hecho, así como aquel que dieron cuenta los policías es porque éste tenía un interés directo y conocido, tanto por él como los demás miembros de la agrupación, en la droga y en el resultado de su comercialización ilícita”.

Fundamentos de los recursos de nulidad.

R.A.S.R; L.M.A:

Causal del artículo 374 letra e) con relación al artículo 342 letra c) y al 297, todos del Código Procesal Penal. Basándose en una errónea valoración de la prueba, que habría culminado en la configuración de la agravante del artículo 19 letra a).

C.A.N.L:

Causal del artículo 373 letra b), dado que se habría infringido el artículo 11 n°9 del Código Penal, al no reconocérsele a su representado la atenuante contenida en esta disposición.

D.A.R.G:

Causales del artículo 374 letra e) con relación al artículo 342 letra c) y al 297; la del artículo 374 letra f) con relación al artículo 341; y la del artículo 373 letra b), todos del CPP.

Resolución Corte de Apelaciones Valparaíso²³⁶.

R.A.S.R; L.M.A:

Considerando que no se configuran los vicios señalados por el recurrente, siendo improcedente para la Corte revisar los hechos acreditados por el tribunal más allá de los límites del 297, rechaza el recurso interpuesto.

C.A.N.L:

Rechaza el recurso intentado, señalando que en caso de delitos de la ley 20.000 debe aplicarse la atenuante de cooperación eficaz contenida en el artículo 22 de la ley, además de indicar que el vicio alegado no tiene ninguna influencia en lo resolutivo del fallo.

D.A.R.G:

²³⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia causa ROL N° 273-2016 de 11 de Marzo de 2016.

La Corte rechaza el recurso intentado, pues el recurrente solicitó causales contradictorias sin indicar si realizaba las solicitudes relacionadas de manera conjunta o de forma subsidiaria.

Comentario.

En la valoración de la prueba realizada por el tribunal referida a la agravante del artículo 19 de la letra a) de la ley 20.000 se destacan, con relación a la sana crítica, tres aspectos.

El primero, relacionado con las máximas de la experiencia, utilizadas como una herramienta para sostener un criterio requerido por la figura jurídica en cuestión, la cual es la permanencia en el tiempo. De esta manera, el tribunal señala que la agrupación no es esporádica, puesto que a los imputados se les incauta varios bienes muebles, que según las máximas de la experiencia no pueden adquirirse sin ingresos considerables.

Luego, la utilización de la lógica en su acepción de *“modo de pensar sensato o de sentido común”*, cuando refiere, para desacreditar la versión de los imputados, indicando que es ilógico y carente de sentido que alguien se involucre en un acto delictual por la mera buena voluntad de un tercero.

En estos dos ámbitos, se aprecia una asimilación entre las máximas de la experiencia y la lógica. Esto puede apreciarse en un ejercicio hipotético de intercambio conceptual. No se vislumbra una diferencia relevante, al decir, por ejemplo: *Es ilógico y carente de sentido que alguien pueda adquirir este tipo de bienes sin un alto nivel de ingresos. O, de acuerdo a las máximas de la experiencia, no puede concluirse que alguien se involucre en un acto delictual por la mera voluntad de un tercero.*

El último aspecto que se destaca de la sentencia es la utilización del principio lógico de razón suficiente para desestimar la versión de uno de los imputados. Se estima correcta esta fórmula, pues efectivamente a lo que el tribunal apunta es que no hay causas que justifiquen la existencia de los hechos afirmados.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES.

La sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, fue incorporada en la reforma procesal penal como otra de las herramientas con las que se buscaba cumplir uno de sus objetivos principales: tener un sistema de justicia penal accesible y comunicado con la ciudadanía.

Así, el artículo 297 del Código Procesal Penal impone a los sentenciadores fundamentar su decisión, de modo que su razonamiento pueda ser reproducido, sin atentar contra los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

A través de estos parámetros la sana crítica apela al estado del conocimiento de una sociedad específica en un momento determinado.

La legitimación de la decisión de los jueces proviene, por lo tanto, del hecho de que tanto quien juzga, como quien es juzgado, así como quienes asisten a la decisión tomada, pertenecen a la misma sociedad, compartiendo esos conocimientos.

A pesar de que los parámetros racionales, que son los criterios a través de los cuales se decodifica el conocimiento de la sociedad, son presentados por el Código Procesal Penal como límites al ejercicio de razonamiento que deben realizar los jueces, su función no se reduce a establecer un marco de operación, sino que también operan como guías en este ejercicio intelectual.

En los delitos seleccionados de la ley 20.000 se identifican espacios para que los parámetros de la sana crítica ejerzan una función decidora en cuanto a la calificación jurídica de los hechos juzgados.

Los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados pueden convertirse en los criterios en base a los cuales se condene por el artículo 3° de la ley 20.000 y no por el artículo 4°; o se excluya la tipicidad del artículo 4° por configurarse la hipótesis del autoconsumo; o pueden, también, cumplir un rol importante en la afirmación de existencia de una asociación ilícita o de una agrupación de delincuentes para cometer delitos de la ley 20.000.

Al observar la jurisprudencia se ratifica este diagnóstico.

En lo que respecta al tráfico ilícito de pequeñas cantidades, se identifican máximas de la experiencia relacionadas con lo que se espera del *microtraficante*. Hay un modo de vida asociado al microtráfico y una serie de conductas que son finalmente las que deciden el problema de *la pequeña cantidad*.

También en el delito de asociación ilícita existen máximas de la experiencia relacionadas con el modo *habitual* de operación.

Uno de los problemas asociados a este parámetro racional es determinar adecuadamente la fuente de su validez, además de la extensión con la que puede aplicarse.

El obstáculo principal que se aprecia al enfrentarse a estos cuestionamientos es la heterogeneidad del conocimiento *cultural* que las máximas de la experiencia representan.

En este contexto, el discurso relativo a lo que *generalmente ocurre* aplicable a la resolución de este tipo de delitos es un discurso construido principalmente por los funcionarios policiales, quienes son los que se encargan de explicar al juez las dinámicas que en su *experiencia* aprecian al investigar los hechos.

No existe, en este orden de cosas, posibilidad de concebir a las máximas de la experiencia como un límite adecuado al ejercicio de razonamiento del juez, puesto que el *conocimiento cultural* que las inspira está radicado en un grupo de personas determinado.

Esto no quiere decir que lo descrito por los funcionarios policiales no sea cierto, es decir, puede que efectivamente se corresponda con lo que normalmente ocurre, pero el problema es que lo que debía operar como un límite al ejercicio racional del juez se impone como una guía sin un contrapeso adecuado en la construcción de la decisión. Esta situación se torna más problemática si se la relaciona con los potenciales prejuicios con los que las máximas de la experiencia pueden contaminarse.

Los principios lógicos y los conocimientos científicamente afianzados tampoco están exentos de dificultades en su aplicación práctica.

Los primeros encuentran su faz problemática sobre todo en su indeterminación, partiendo por el propio concepto de lógica. En el caso analizado de asociación ilícita, por ejemplo, la Corte asimila lógica con sana crítica, dando cuenta de la confusión general que existe al respecto en cada uno de los actores jurídicos. Lo mismo en cuanto al contenido de cada uno de sus principios. El principio de razón suficiente, en este contexto, adquiere gran importancia, en el entendido que se lo liga directamente con el estándar de convicción.

Los conocimientos científicamente afianzados, por otra parte, no tienen un adecuado punto de partida, puesto que, de lo apreciado por la jurisprudencia, no se puede resolver, ni siquiera, la primera de las preguntas ¿Cuándo un conocimiento es científico?

En definitiva, como ya la doctrina ha diagnosticado, existe un problema operativo muy importante relacionado con la sana crítica, explicado, en gran parte, por una confusión generalizada entre todos los actores jurídicos sobre los conceptos de este sistema y de lo que puede esperarse de él.

Este problema adquiere una gravedad mucho mayor cuando se descubre la importancia capital que tiene este modelo en la propia estructura típica de algunos delitos, como el microtráfico y la asociación ilícita para cometer delitos de la ley 20.000, lo que conlleva que se lesionen principios elementales de un Estado de Derecho, como lo son la *lex certa* y el principio *in dubio pro reo*.

Estas consecuencias pueden derivarse de un punto de partida erróneo: en una sociedad altamente fragmentada, quizás no pueda hablarse de *generalidad* al referirse al conocimiento.

CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA.

1.1 Publicaciones.

- ACCATINO, D. (2010). El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad. Formación y valoración de la prueba en el proceso penal
- ACCATINO, D. 2006. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile (Valdivia).
- AHUMADA MARÍN, CAMILO IGNACIO, ALZAMMORA BELLO, GABRIEL IGNACIO, CALVO GÁLVEZ, EDUARDO MARCIAL, DONOSO BARRERA, CESAR IGNACIO, JARUFE OJEDA, SOFÍA CONSTANZA, MATTA FIGUEROA, DAVID SEBASTIÁN, . . . RIVERO HURTADO, RENÉE. (2017). Funcionamiento del recurso de nulidad penal por infracción a las reglas de la sana crítica: Análisis de jurisprudencia de las cortes de apelaciones en el período 2010-2016. Universidad de Chile.

- ALSINA, H. (1956). Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial (2a. ed.). Buenos Aires: Ediar.
- AROCA, J. M. (2007). La prueba en el proceso civil. Thomson-Civitas.
- ASTE FIGUEROA (2011). Comentario del fallo dictado en contra de la agrupación "Los Gaetes" y su análisis para determinar los elementos que configuran una asociación ilícita para el narcotráfico. Aparece en Revista Jurídica del Ministerio Público n° 47. Biblioteca de la Fiscalía Nacional. Santiago.
- BENFELD, JOHANN. (2013). Los orígenes del concepto de "sana crítica". Revista de estudios histórico-jurídicos, (35), 569-858.
- BENFELD, JOHANN. (2015). Una concepción no tradicional de la sana crítica. Revista de derecho (Valparaíso), (45), 153-176.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (1995). Historia de la Ley N° 19.696 que Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2005) Historia de la Ley no.20.000: sustituye la Ley no. 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Santiago.
- BUSTAMANTE ZAMUDIO, G. (2008). Los tres principios de la lógica aristotélica: ¿son del mundo o del hablar? Folios, (27), 24-30.
- CALAMANDREI, P. (1961). Estudios sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. (2013). Evaluación de la Ley n° 20.000.
- CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. (2013) LEY 20.000: Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa.
- CERDA SAN MARTÍN, R. (2009). Valoración de la prueba. Sana crítica. Santiago: Librotecnia.
- CISTERNAS VELIS, L. (n.d.). Es parte de: Revista de estudios Lus Novum. no.2 (2009), p. 89-127.
- CISTERNAS VELIS, L. (2009); El Microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia; Editorial Librotecnia, Santiago.
- COLOMA CORREA, R. (2012). The fall of the argument from authority and the rise of sound criticism. Revista De Derecho (Valdivia), 25(2), 207-228

- COLOMA CORREA, R. & AGÜERO SAN JUAN, C. (2014). Fragments of a Judicial Imaginary about Sound Criticism. *Ius Et Praxis*, 20(2), 375-414
- CORBATÓN, F. (2004). EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. *REVISTA CHILENA DE DERECHO*, 31(1), 75-88.
- CORREA, R. (2012). ¿REALMENTE IMPORTA LA SANA CRÍTICA? / IT REALLY MATTER SOUND CRITICISM? *Revista Chilena De Derecho*, 39(3), 753-781
- COUTURE, E. (1948). *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EDIAR. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- ETCHEBERRY O., A. (1997). *Derecho penal tomo cuarto, PARTE ESPECIAL, 3º ED. SANTIAGO*.
- FERNÁNDEZ ROJAS, NATALIA IVALÚ, PAVEZ CONTRERAS, KARINA JAVIERA, MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, FACULTAD DE DERECHO, & DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES. (2015). *Análisis jurisprudencial y doctrinal del delito de asociación ilícita en el código penal y en las leyes especiales*. Universidad de Chile.
- GARRIDO MONTT, M. (1992). *Derecho penal, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- GONZÁLEZ CASTILLO, J. (2006). LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LA SANA CRÍTICA. *Revista Chilena De Derecho*, 33(1), 93-107.
- GONZALEZ WITTIG, M.; LEÓN ÁLVAREZ, L. (2010). *El delito de tráfico de drogas*, Ed. El Jurista, Santiago.
- GUZMÁN DALBORA, J. (n.d.). Es parte de: *Revista de derecho penal y criminología*. No. 2, 2a. época (Jul. 1998), p. [153]-207.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2007) Informe en Derecho “Algunos aspectos de la ley 20.000”. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Santiago.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, & LÓPEZ MASLE, JULIÁN. (2004). *Derecho procesal penal chileno - Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
- JARAMILLO, L. G. (2003). ¿Qué es epistemología? *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, (18).
- LASO CORDERO, J. (2009). LOGIC AND SOUND EVALUATION. *Revista Chilena De Derecho*, 36(1), 143-164
- MANZON-CABEZA, A.; “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y desprotección de menores e incapaces”; en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, N° 56, 2003.

- MAÑALICH R, J. (2011). FELONIOUS ORGANIZATION: BASIS FOR ITS DOCTRINAL CONSTRUCTION IN CHILEAN CRIMINAL LAW. *Revista Chilena De Derecho*, 38(2), 279-310.
- MATORANA BAEZA, J. (2014). *Sana crítica : Un sistema de valoración racional de la prueba* (1a. ed., Colección Derecho y proceso / LegalPublishing Chile, Thomson Reuters). Santiago, Chile: LegalPublishing [Chile]: Thomson Reuters.
- MATUS ACUÑA, J.P. (2005) "Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000", en *Revista Ius et Praxis* vol. 11 n. 2, Talca.
- MELO LABRA, S. (2012). *Fundamentación de las sentencias en los procedimientos cuya prueba debe valorarse conforme a la sana crítica*; Publicado en: *Gaceta Jurídica*, Volúmen 383, N° 383.
- MOLINA PEREZ, TERESA (2005); *El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, N° XXXVIII.
- MONTERO, R. (2015). *Derecho Procesal II* [diapositivas de Power Point]
- MORALES RUIZ, PAREDES PAREDES, & UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. (2014). "Una mirada constitucional desde los límites al ius puniendi a la ley n°20.0000". Valdivia: Universidad Austral de Chile.
- MUÑOZ BRAVO, J. (N.D) *EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA DE LA LEY DE DRGOAS*. Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Santiago.
- NARVAEZ CANDIAS, P., BALMACEDA HOYOS, G., & UNIVERSIDAD DE CHILE. ESCUELA DE GRADUADOS DE DERECHO. (2010). *Revisión y análisis de criterios judiciales aplicados en la interpretación de la expresión pequeñas cantidades del artículo 4o. de la Ley 20.000 en la Región de Coquimbo entre los años 2005 y 2009*. Santiago: Universidad de Chile.
- NAVARRO DOLMESTCH, R. (2005) "El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4º de la Ley 20.000", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Semestre I, XXVI).
- OYARZÚN RIQUELME, CARBONELL BELLOLIO, & UNIVERSIDAD DE CHILE. Departamento de Derecho Procesal. (2016). *Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba*. Santiago: Universidad de Chile.
- POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P., & RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- POLITOFF, S., ACUÑA, J. P. M., & GUZMÁN, M. C. R. (2005). Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial. Jurídica de Chile.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.).
- SALAZAR CÁDIZ, A. (2007) Del delito de asociación ilícita para el narcotráfico y los requisitos que implican su perfección típica. Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Santiago. Rodríguez, R. C., & Cubillos, H. F. (2008). Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N 20.000. Política criminal, 6.
- SECRETARÍA GENERAL OEA (2014) El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos. Ciudad de Guatemala.
- STEIN, F. (1988). El conocimiento privado del juez: Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos (2a ed.). Bogotá: Temis
- TARUFFO, M. (2009). Páginas sobre justicia civil. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- TWINNING, William. Rethinking Evidence. Exploratory Essays. 2006. 2ª ed. University Press Cambridge.

1.2 Cuerpos normativos.

- Código Procesal Penal Chile.
- Código Penal Chile
- Código Penal Colombiano.
- Código Penal Peruano.
- LEY 19.366
- Ley 20.000.
- Decreto 867 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
- sobre Estupefacientes, C. Ú. (1961). Naciones Unidas, Nueva York 1961.

1.3 Jurisprudencia

- 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia causa RIT N° 625-2017 de 15 de marzo de 2018.
- Corte de apelaciones de Arica. Sentencia causa Rol N°157-216 de 1 de Julio de 2016.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia causa ROL N° 289-2017 de 12 mayo de 2017.

- Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia causa ROL N°1731-2018 de 2 de mayo de 2018.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia causa ROL N° 1507-2016 de 24 octubre de 2016.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia causa ROL N° 273-2016 de 11 de Marzo de 2016.
- Corte Suprema. Sentencia causa Rol N° 3606-2007 de 3 de septiembre de 2007.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica. Sentencia causa RIT N° 95-2016 de 11 de mayo de 2016.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción. Sentencia causa RIT N° 27-2017 de 7 marzo de 2017.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes. Sentencia causa RIT N° 68-2015 de 1 de Febrero de 2016.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar. Sentencia causa RIT N° 209-2016 de 13 de agosto de 2016.