



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

**EL PSEUDO TRÁFICO CULPOSO:  
ABANDONO Y CUIDADO NEGLIGENTE DE  
ESPECIES VEGETALES**

MEMORISTA: Valeska Fuentealba Sepúlveda.

PROFESOR GUÍA: Jaime Vera Vega.

Valparaíso, Agosto de 2013

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I	
EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS ESTUPEFACIENTES EN CHILE.....	5
1. <i>Breve evolución legislativa</i> .....	5
2. <i>Surgimiento del delito en nuestro país</i> .....	7
3. <i>El pseudo tráfico culposo en instrumentos internacionales y en el derecho comparado</i> .....	12
a) Convenciones y conferencias.....	12
b) Derecho comparado.....	13
CAPÍTULO II	
ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL PSEUDO TRÁFICO CULPOSO.....	16
1. <i>Generalidades</i> .....	17
a) Delitos culposos.....	17
b) Delitos de peligro abstracto.....	20
2. <i>Bien jurídico protegido</i> .....	23
3. <i>Sujeto activo</i> .....	28
4. <i>Sujeto pasivo</i> .....	32
5. <i>Conductas</i> .....	32
a) Abandonar.....	32
b) No cumplir con las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción.....	35
6. <i>Elementos del tipo</i> .....	39
a) Imprudencia o negligencia culpable.....	39
b) Lugares de fácil acceso al público.....	39

c) Plantas, rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas.....	41
7. <i>Penalidad</i> .....	44
CAPÍTULO III	
CONSIDERACIONES CRÍTICAS DEL DELITO: MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	
	46
1. <i>Observaciones relativas a la política criminal del tratamiento de estupefacientes</i> ...	47
2. <i>Vulneración de los principios del Derecho penal</i> .....	49
a) Principio de legalidad.....	49
b) Principio de lesividad.....	50
c) Principio de intervención mínima.....	52
d) Principio de proporcionalidad.....	53
e) Principio de culpabilidad.....	54
3. <i>Ley N° 20.000 como manifestación del Derecho penal del enemigo</i> .....	55
CONCLUSIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA.....	61
1. <i>Doctrina</i> .....	61
2. <i>Fuentes normativas</i> .....	67
a) Nacionales.....	67
b) Extranjeras.....	67
c) Instrumentos internacionales.....	70
3. <i>Jurisprudencia</i> .....	70
4. <i>Resoluciones</i> .....	70

## INTRODUCCIÓN

La regulación jurídico-penal de los estupefacientes (del latín *stupefaciens*, entendido como aturdir) en nuestra legislación no es de reciente data. Así, los autores vislumbran en el Código Penal de 1874 los primeros ilícitos relativos a esta materia. Con todo, fueron leyes posteriores las que regularon estas sustancias de forma más “apropiada”, habida consideración del bien jurídico protegido en esta clase de normas, cual es la salud pública.

En este sentido, han existido esfuerzos internacionales (concretados a través de convenios entre diversos Estados) con el objeto de lograr una mayor regulación que combatiera esta “actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad”, como señala la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.

Dentro de esta guerra contra los estupefacientes es que se contempla el delito del pseudo tráfico culposo, denominado así por Politoff, Matus y Ramírez muy probablemente por su calidad de delito de falso (pseudo) tráfico.

El ilícito a analizar se encuentra ubicado en el art. 10, inc. 2 de la Ley N° 20.000, el cual prescribe lo siguiente:

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

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

Ahora, esta disposición debe interpretarse de forma sistemática con el Decreto 867 del Ministerio del Interior que aprueba el reglamento de la Ley N° 20.000, toda vez que el delito es uno de hipótesis alternativas, en donde uno de los tipos alude a las obligaciones establecidas en esta regulación administrativa. Así, debemos tener en consideración el título II –“De la autorización, control y fiscalización de las siembras, plantaciones, cultivos y cosecha de especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas” – de la norma administrativa, en particular, los art. 8 letra d), 10 inc. 2, 13 y 14<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 8. [La solicitud dirigida al SAG para la autorización de la siembra, plantación, cultivo o cosecha señalados en el art. 8 de la ley 20000 debe ir acompañada por diversos documentos, entre ellos:] “d.- Declaración jurada acerca del cierre que se utilizará y de la forma en que se procederá a la destrucción de rastrojos una vez concluida la cosecha”.

Art. 10 inc. 2. “En la autorización [otorgada por el SAG] se establecerán las características de los cierros que deberán utilizarse, como asimismo, la forma en que se efectuará la destrucción de las especies a que se refiere el inciso 2° del artículo 10° de la ley N° 20.000”.

Este ilícito sin dudas es manifestación de la política criminal contemplada en la Ley N° 20.000, altamente represiva y autoritaria. Empero, a pesar de las graves críticas que se le pueden formular, no ha sido adecuadamente estudiado por la doctrina, ni tampoco analizado por la jurisprudencia, a pesar que este delito se encuentra en nuestro Ordenamiento desde la Ley N° 18.403 del año 1985.

Así, resulta necesario realizar un análisis dogmático de la figura, aun cuando el carácter simbólico de ésta pueda obsecar cualquier consideración práctica.

En este sentido, es necesario considerar la naturaleza jurídica de este ilícito, toda vez que tendrá incidencia en la protección que se le dará al bien jurídico. Luego, analizaremos los elementos del tipo del pseudo tráfico culposo pues, a pesar que el legislador procuró proteger exhaustivamente la salud pública, ellos dan cuenta de la legalidad formal del delito como consecuencia de la dificultad de su configuración. Habiendo analizado estos aspectos, podremos criticar la penalidad que se ha contemplado para esta figura penal.

En este contexto, resultan valiosas las palabras de Carnevali, quien sostiene “que se aprecia sin duda en la praxis político criminal del Estado un aumento en el intervencionismo penal, ya sea a través de agravación de las penas, ampliación del tenor de los tipos o la inclusión de nuevos delitos al catálogo penal. Evolución, que comienza a apreciarse ya de manera notoria en los años ochenta, cuando puede observarse un mayor acento en políticas asegurativas "prevención general asegurativa" y que estaría dando lugar a una especie de oscurantismo a diversas garantías, ya sean formales "principio de legalidad" o materiales "así, la proporcionalidad, culpabilidad". En definitiva, se aprecia una tendencia de "huida *al* Derecho penal", a diferencia de lo ocurrido en la década del sesenta”<sup>2</sup>.

En materia de estupefacientes esta crítica es acertada, aun cuando veremos en este trabajo que la huida ha sido al Derecho penal del enemigo.

---

Art. 13. “*Los predios en que se realicen alguno de los cultivos a que se refieren los artículos anteriores deberán estar del todo cerrados mediante algún sistema que impida el acceso de cualquier persona que no esté directamente encargada del cultivo*”.

Art. 14. “*Finalizada la cosecha y separado el producto, las plantas, sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas deberán ser destruidas por el interesado en presencia de un funcionario del Servicio Agrícola y Ganadero y de un funcionario de la Policía de Investigaciones o de Carabineros de Chile, de la Oficina o Unidad más próxima al predio, debiendo levantarse un acta de la diligencia, la que suscribirán los funcionarios asistentes y el interesado, copia de la cual se remitirá al mencionado Servicio Agrícola*”.

<sup>2</sup> En cursivas en el original, CARNEVALI, Raúl, *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*, en *Ius et Praxis* 14 (Talca, 2008) 1, pp. 13-48, disponible en [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000100002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002)

## CAPÍTULO I

### EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS ESTUPEFACIENTES EN CHILE

#### 1. Breve evolución legislativa

En nuestro Ordenamiento, la preocupación en materia penal por el tráfico ilícito de estupefacientes se ha visto manifestada desde la dictación del Código Penal (CP) de 1874<sup>3</sup>, siendo tratada esta clase de delitos por primera vez por la Comisión redactora, en la sesión realizada el 8 de noviembre de 1971, en la cual se tuvo a la luz el Código Penal español<sup>4</sup>. Así, los artículos 313 y 314 del CP chileno hacían frente al problema, aun cuando cabe señalar que, debido a la época, la represión era en términos muy diversos a los empleados en la actualidad<sup>5</sup>. Con todo, ya se vislumbra en aquella regulación que los bienes jurídicos protegidos por la actual Ley N° 20.000 estaban presentes para el legislador penal<sup>6</sup>.

Casi cien años debieron transcurrir para que tales disposiciones fueran complementadas con delitos que, de forma expresa y específica, tenían por objeto la represión de los actos ilícitos vinculados con estupefacientes. Así, la Ley N° 17.155 de 11 de junio de 1969 vino a actualizar no sólo la nomenclatura utilizada en el Código del ramo, sino también los verbos rectores de las disposiciones, toda vez que toma como inspiración la Convención única de estupefacientes de 1961. Ahora, las normas incorporadas se mostraron ineficaces para hacer frente al tráfico ilícito<sup>7</sup>, por lo cual fue menester que, el 16 de mayo de 1973, se dictara la Ley N° 17.934, la cual vino a derogar las disposiciones del Código relativas a estupefacientes y, en cambio, reguló en un texto independiente tales conductas. Cabe señalar, dentro de los aportes de esta ley que, por primera vez en nuestro país, se hace un distingo entre sustancias productoras de graves efectos tóxicos o de daños considerables a la salud pública y aquellas que no los producían.

---

3 SOLARI PERALTA, Tito, *Delitos sobre estupefacientes (Legislación comentada)*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 10 (Valparaíso, 1986), 18 pp.; BARRÍA LARRAÍN, Javiera, *El consumo de drogas en la ley N° 20000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* (Viña del Mar, Universidad Adolfo Ibáñez, 2006), p. 49.

4 CONSEJO NACIONAL PARA EL CONTROL DE ESTUPEFACIENTES, *Manual de la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas Ley N° 19.366* (Santiago, Conace, 1996), p. 11.

5 De hecho, Rivacoba pone énfasis en que “el viejo Código Penal, de 1874, ni siquiera contiene la palabra estupefacientes”. Cfr. RIVACOBA, Manuel de, *Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo*, en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2000), p. 70.

6 A esta conclusión se arriba analizando tanto el Código como la disposición, toda vez que los delitos en comento estaban regulados en el párrafo XIV, del título VI, del libro II, cuyo nombre era “*Crímenes y simples delitos contra la Salud Pública*”. Por otro lado, el art. 313 CP prescribía: “*El que sin hallarse competentemente autorizado, elaborar sustancias o productos nocivos a la salud o traficarse con ellos, estando prohibidos su fabricación o tráfico, será castigado con reclusión menor en su grado medio i (sic) multa de ciento a quinientos pesos*”. Cfr. ARRIETA CONCHA, Nicolás, *Evolución normativa del Derecho chileno en materia de tráfico ilícito de drogas*, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 45 (Santiago, 2010), pp. 149-150.

7 En realidad, la ineficacia de las normas sería una consecuencia de su gran autoritarismo y propósitos moralizantes. Vemos aquí que la prevención general negativa poco éxito tuvo, aun cuando las penas eran tan altas que, incluso, superaban a las de la castración y el homicidio. Cfr. RIVACOBA, Manuel de, *Las sucesivas*, cit. (n. 5), pp. 70-71.

Con todo, la ley de 1973, así como su antecesora, no logró mermar el tráfico ilícito por lo cual, el 4 de marzo de 1985, se dictó la Ley N° 18.403 que vino a derogar la norma anterior.

En este nuevo articulado no sólo se incorporan delitos previstos en el Derecho comparado, sino además se amplían los tipos penales en concordancia con las Conferencias Internacionales de Nueva York de 1961 y de Viena de 1971. Además, y luego de una larga discusión en la Junta de Gobierno con respecto a la técnica legislativa apropiada<sup>8</sup>, se dictó el Decreto N° 67 del Ministerio de Salud, que vino a aprobar el reglamento que contenía las sustancias o drogas psicotrópicas productoras de dependencia física o síquica y aquellas que no producían tales efectos.

Empero tales normativas no fueron suficientes para combatir este tipo de criminalidad por lo cual, el año 1990, se creó el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (Conace) y luego, el 30 de enero de 1995, se dictó la Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, norma modificada por la Ley N° 19.393 de 22 de julio del mismo año y por la Ley N° 19.806 de mayo de 2002, esta última dictada con el objeto de adecuar tales delitos a la reforma procesal penal.

Con respecto a la Ley N° 19.366, para efectos de un posterior análisis del pseudo tráfico culposo, cabe destacar el art. 3, toda vez que sanciona a quienes, contando con autorización del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), desvíen o destinen al tráfico ilícito especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, así como sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, conociéndose este delito por la doctrina como tráfico impropio o infiel<sup>9</sup>.

Finalmente, el 16 de febrero de 2005, se dictó la actual Ley N° 20.000, derogando la Ley N° 19.366. Con todo, cabe señalar que entre su predecesora y la norma actual se puede observar cierta continuidad.

Como ya se ha esbozado, la evolución legislativa en materia de estupefacientes (en lo que respecta a Chile) ha estado influenciada por diversos acuerdos bilaterales, conferencias internacionales y tratados del mismo tipo, lo cual es concordante con la visión de este tipo de delitos en el Derecho comparado, en cuanto se les considera ya como expresión de una

---

<sup>8</sup> En la historia de la Ley N° 18.403 se da cuenta de la discusión que ocupó tanto a la Junta de Gobierno como a las comisiones conjuntas, en orden a si resultaba o no conveniente que el listado de sustancias que serían consideradas como estupefacientes estuviera en la misma ley o, por el contrario, en un reglamento dictado por la autoridad administrativa. Ello, en cuanto a la posibilidad de que la disposición fuere considerada inconstitucional por tratarse de una ley penal en blanco propiamente tal. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 18.403 sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y deroga la Ley N° 17.934*, disponible en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?anio=1985](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=1985). En particular, consultar las pp. 39-41; 60-66; y 97-130.

<sup>9</sup> BARRÍA LARRAÍN, Javiera, cit. (n. 3), p. 57.

actitud de oposición a la sociedad, ya como una epidemia<sup>10-11</sup>. A estos antecedentes haremos mención *infra*.

## 2. Surgimiento del delito en nuestro país

La historia de la Ley N° 18.403 del año 1985 da cuenta de la incorporación del pseudo tráfico culposo en nuestro Ordenamiento jurídico. Así, ya el mensaje del Ejecutivo, de fecha 10 de noviembre de 1983, mencionó la incorporación de algunas figuras delictivas que contemplaban otras legislaciones<sup>12</sup>, entre ellas “el abandono en lugares públicos. (sic) o de fácil acceso de plantas, florecencias, semillas, rastrojos u otras partes activas de vegetales productores de sustancias, (sic) estupefacientes”. En particular, era el art. 1, inc. 5, segunda parte, la disposición que contemplaba el delito.

Art. 1. “Los que contraviniendo las prohibiciones o restricciones legales o reglamentarias elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes, psicotrópicas o productoras de dependencia física o psíquica de aquéllas que el reglamento respectivo considere capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública (sic), serán pena dos (sic) con presidio mayor en sus grados mínimos a medio y multa de 20 a 100 ingresos mínimos mensuales.

*Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole, especificadas también en el reglamento respectivo, pero que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, el Tribunal podrá rebajar la pena hasta en tres grados.*

*Tratándose de menores de 18 años que no estén exentos de responsabilidad penal y que se encuentren en alguna de las situaciones descritas en los incisos precedentes del hechor, podrá imponer las penas ya mencionadas o la de relegación menor en cualesquiera de sus grados o la de arresto domiciliario hasta por dos años y, en es tos (sic) dos últimos casos, la medida de colaboración con la autoridad, por el tiempo que dure la condena.*

*Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, los que sin contar con la competente autorización o con infracción de los requisitos legales siembren, cultiven, cosechen, posean especies vegetales o sintéticas del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (sic), en circunstancias que hagan presumir el propósito (sic) de tráfico ilícito de alguna de ellas, incurrirán en la pena de presidio*

---

10 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; GONZÁLEZ, Carlos; RODRÍGUEZ, Josep, *Drogas y Política criminal en España*, en *Derecho penal y criminología* 12 (1990) 41-42, pp. 213-214.

11 En nuestro país a una conclusión similar llega Nogueira Alcalá, quien señala que el enfoque con que se han tipificado los ilícitos penales relativos a drogas da cuenta de “un modelo ético-jurídico, el cual parte de la idea que la droga es el agente peligroso activo, y el individuo la víctima no informada que debe ser protegida”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre dos perspectivas constitucionales acerca del consumo de drogas*, en *Ius et Praxis* 3 (1997) 2, p. 354.

12 Esta referencia a otras legislaciones, con todo, es una cláusula usual en el proceso legislativo a la cual, como nos indica Guzmán Dalbora, no se le imprime verdaderamente un trabajo científico: “La asistencia en Derecho comparado que procura a las comisiones parlamentarias la Biblioteca del Congreso no rinde sino la compulsa de alguna legislación extranjera, apostillada sin el rigor que entrañan los estudios comparativos”. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal en Chile*, en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)* (Montevideo, B de F Ltda., 2008), p. 196.



menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de 20 a 100 ingresos mínimos mensuales.

*Los que abandonaren en lugares públicos o de fácil acceso plantas de las mencionadas en el inciso precedente o sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas capaces de producir los efectos señalados en el inciso 2º, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 10 a 20 ingresos mínimos mensuales. Si este abandono se debiera. (sic) a una mera negligencia o simple descuido, se sancionará con la pena de prisión (sic) en sus grados medios a máximo y multa de 10 ingresos mínimos mensuales.*

*La reincidencia en alguna de las conductas previstas en los incisos 4º, 5º, 6º de este artículo dará origen a la prohibición del respectivo cultivo, sin perjuicio de las sanciones correspondientes.*

*Se presumirá que son autores del delito sancionado en este artículo, los que sin contar con la competente autorización, tengan en su poder elementos o instrumentos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las substancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores.*

*Un reglamento que dictará el Presiden te (sic) de la República determinará, para todos los efectos legales, las substancias que se consideren estupefacientes, psicotrópicas o productoras de dependencia psíquica o física y especificará cuales de ellas producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública. Dicho reglamento podrá ser adicionado o modificado por el Presidente de la República, pero las adiciones o modificaciones entrarán en vigor sólo 60 días después de publicadas en el Diario Oficial”.*

Por otro lado, en la historia de la ley se hace mención además a ciertos decretos supremos que dan cumplimiento en nuestro país a diversos instrumentos internacionales<sup>13</sup>. En cuanto a terminología, el texto se vale de las Conferencias Internacionales de Nueva York, de 1961, y de Viena, de 1971, respectivamente.

Ahora, lo planteado *supra* fue el proyecto de ley presentado por el General Pinochet a la Junta de Gobierno. Este articulado fue objeto de modificaciones, toda vez que el informe de Secretaría de Legislación<sup>14</sup> concluyó que el art. 1 era muy extenso y heterogéneo en cuanto a su contenido, por lo cual sugirió distribuir los delitos en artículos separados.

Empero, ésta no era la única crítica a la disposición, por cuanto se señaló que existía una falta de armonía entre la modalidad dolosa del pseudo tráfico y la figura culposa. Esto debido a que el tipo doloso, al sancionar el delito de elaboración de sustancias estupefacientes, distinguía entre aquellas capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública y aquellas que, siendo estupefacientes, no producían los efectos indicados, asignando penas diferenciadas en uno u otro caso.

En este sentido, la Secretaría fue del parecer que la norma era incorrecta, “por cuanto se pena el abandono de especies vegetales, plantas, rastrojos, etc., que producen sustancias estupefacientes de aquellas que no ocasionan consecuencias tóxicas graves o daños considerables a la salud y se deja son (sic) sanción el abandono de las especies vegetales

---

13 Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 18.403*, cit. (n. 8), p. 23.

14 *Ibidem*, p. 30.

productoras de estupefacientes que sí causan estos graves efectos. Se castiga, por consiguiente, el hecho menos grave y se deja impune el de mayor gravedad”<sup>15</sup>. Agrega que “no es fácil comprender el fundamento de una disposición de esta naturaleza. Si se tuvo especialmente en mente las especies vegetales del género cannabis, mencionadas expresamente en el delito de siembra o cultivo, e incluidas en el artículo 20 del reglamento, no puede olvidarse que el artículo 10 incluye las hojas de coca y el opio, substancias productoras de graves efectos tóxicos y daños para la salud, y susceptibles de ser abandonadas fácilmente en lugares públicos o de fácil acceso. No parece de procedente en Derecho que si se abandonan especies vegetales del género cannabis, se configure un delito, mientras el abandono de hojas de coca resulte impune”<sup>16</sup>.

Con todo, lo señalado no tuvo asidero en la Junta de Gobierno en un comienzo, por cuanto (y como bien lo previó la Secretaría) en el proyecto discutido se buscaba que las diversas normas formaran una compleja red que tuviera por objeto evitar dejar impunes las conductas lesivas en materia de estupefacientes. Tanto era así, que se puso de manifiesto que los tipos delictivos en los cuales se encontraba inserto originalmente el pseudo tráfico culposo, pretendían describir y sancionar las etapas previas a las conductas vinculadas con el tráfico ilícito de estupefacientes.

Como se mencionó anteriormente, la historia de la ley da cuenta de las diversas discusiones que tuvieron lugar entre los miembros de la Junta de Gobierno, sus asesores y las comisiones mixtas, las cuales versaron, en su mayoría, sobre cuestiones de técnica legislativa. Empero, con respecto al delito en comento, resulta interesante señalar que, en las últimas etapas del proyecto, gracias a la labor de una de las comisiones, se eliminó definitivamente la frase “capaces de producir los efectos señalados en el inciso segundo”. Esto, por cuanto eran de la opinión que resultaba ser “injustificadamente restrictiva y discriminatoria”, recogiendo así el parecer de la Secretaría.

El 14 de febrero de 1985 fue promulgada la ley, contemplando en su art. 3 el delito a analizar, en los siguientes términos:

*Art. 3. “Los que abandonaren en lugares públicos o de fácil acceso plantas de las mencionadas en el artículo 2º, o sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas capaces de producir los efectos señalados en el inciso primero del artículo 1º, en circunstancias que hagan presumir la intención de que sean consumidas, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de diez a veinte ingresos mínimos mensuales.*

*Si este abandono se debiera a negligencia o descuido, se sancionará con la pena de prisión en sus grados medio a máximo y multa de uno a diez ingresos mínimos mensuales”.*

La legislación analizada, con todo, tuvo una efímera existencia, toda vez que, el 16 de enero de 1995, se dictó la Ley N° 19.366<sup>17</sup> que deroga a su antecesora, aun cuando recoge variados tipos penales.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 34-36.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 19.366 Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga la ley N° 18.403* (Valparaíso, 1995), 960 pp.

Debemos destacar que el Ejecutivo, en el mensaje presidencial donde presentó el proyecto de ley, puso de manifiesto que el delito de cultivo y cosecha de especies vegetales resultaba ineficiente, toda vez que no se determinaba cuál era el organismo competente para otorgar la autorización necesaria<sup>18</sup>. Así, el Ejecutivo sindicó como tal al SAG, aun cuando hubo quienes señalaron que debió ser el Secretario Regional Ministerial de Agricultura. Esto tiene importancia para el pseudo tráfico culposo, en cuanto el nuevo art. 4 que consagró el ilícito rezaba:

Art. 4. “*El que estando autorizado para efectuar las siembras, cultivos o cosechas a que se refiere el artículo segundo, abandonare por negligencia o descuido en lugares de fácil acceso al público plantas, sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, o que no cumpliera con las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción de tales especies, será sancionado con la pena de multa de diez a cien ingresos mínimos mensuales*”.

Ahora, algo que resulta del todo relevante es que el proyecto del Ejecutivo, y posteriormente la ley promulgada, no contemplaba una modalidad dolosa del delito, como sí lo hacía la Ley N° 18.403.

Continuando con el análisis de la historia de la ley se debe indicar que, en lo tocante al pseudo tráfico culposo, no hubo mayores discusiones. Así, el primer informe de la Comisión Especial de Droga dio su asentimiento unánime sin debate previo; el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recomendó agregar el término “plantaciones” después de la palabra “siembras”; la discusión en sala realizada en la Cámara de Diputados terminó con la votación de 92 diputados a favor de su aprobación y ninguna abstención ni voto negativo; etc.<sup>19</sup>.

Hubo algunas modificaciones en el segundo informe de la Comisión de Constitución, puesto que ésta propuso la sustitución de la pena de “diez a cien ingresos mínimos mensuales” por “veinte a doscientas unidades tributarias mensuales”. Por lo demás, al sistematizar el proyecto de ley, cambió la puntuación del artículo, lo cual pudo modificar su interpretación<sup>20</sup>. Estas alteraciones fueron aprobadas en la discusión en sala en el Senado, pasando a ser parte de la ley promulgada.

Ahora, recordando las palabras de Tácito, “*Pessima respublica, plurimae leges*”<sup>21</sup>, se debe traer a colación que esta ley, así como su antecesora, tuvo una vigencia breve, siendo sustituida el 2005 por la Ley N° 20.000 la cual “perfecciona” la normativa y la adecua a la realidad nacional, según indica el mensaje presidencial<sup>22</sup>. En lo que a nosotros nos interesa, cabe señalar que el delito en comento estaba contemplado en el proyecto del Ejecutivo en el art. 12, inc. 2, de una manera distinta<sup>23</sup> a la contemplada en la Ley N° 19.366:

---

18 *Ibidem*, pp. 7-8.

19 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 19.366*, cit. (n. 17), pp. 78 ss.

20 *Ibidem*, pp. 537-538.

21 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª edición, Buenos Aires, Euros Editores, 2011), p. 1.

22 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.000 Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* (Valparaíso, 2005), 1379 pp. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20000/HL20000.pdf>

23 Debemos destacar, entre las diversas diferencias que existían entre un cuerpo normativo y otro, que el nuevo delito viene a agravar la penalidad de la Ley N° 19.366, toda vez que ya no sólo contempla la pena de

Art. 12. “El que estando autorizado para efectuar las siembras, plantaciones, cultivos o cosechas a que se refiere el artículo anterior, desvíe o destine al tráfico ilícito alguna de las especies vegetales allí señaladas; o sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, será penado con presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

*Si por imprudencia o negligencia culpable abandonare en lugares de fácil acceso al público, plantas, sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas; o se abstuviere de cumplir con las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción de tales especies, será castigado con reclusión o relegación menores en su grado mínimo y multa de veinte a doscientas unidades tributarias mensuales”.*

Con respecto al proyecto, en el informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados, las diputadas Pollarolo y Sciaraffia, así como el diputado Rincón sugirieron modificar en el inciso segundo la expresión “se abstuviere de cumplir” por “no cumpliere”, por cuanto “precisa en mejor forma el contenido de la norma”<sup>24</sup>. Este inciso, con la indicación señalada, fue aprobado por la unanimidad de los integrantes. Con todo, en el texto del proyecto aprobado por la Comisión se muestra que el delito, preliminarmente, estaría contemplado en el art. 14, inc. 2, lo cual fue aprobado en general en la discusión en sala de la Cámara de Diputados, en la sesión 60, sin indicaciones. Su ubicación, sin embargo, fue modificada al art. 13, inc. 2 en el segundo informe de la Comisión Especial de Drogas. Cabe señalar que los informes de la Comisión de Hacienda y los de la Comisión de Constitución, no hicieron observaciones ni modificaciones algunas, así como tampoco el delito fue objeto de debates en las posteriores discusiones en sala en la Cámara de Diputados. Ahora, en un informe de la Comisión de Constitución el pseudo tráfico culposo cambió nuevamente de ubicación, situándose en el art. 10, inc. 2 la cual, debemos señalar, es su ubicación actual.

Así, de todo lo señalado anteriormente resulta inexorable tomar consciencia del poco interés y prolijidad del legislador por el tipo penal que estaba creando<sup>25</sup>, toda vez que en ninguna de las tres historias de las leyes analizadas se encuentra siquiera una remota justificación o motivación de la hipótesis delictiva<sup>26</sup>. Sólo en el mensaje del Ejecutivo de la

multa, sino también una pena corporal. Esto también es destacado por POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte Especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 594.

24 *Ibidem*, p. 101.

25 Esta situación, debemos señalar, dista mucho de lo que se esperaría en esta rama del Derecho: “En el derecho penal, como ámbito del derecho ciertamente más perdurable, las modificaciones normativas deben ser reflexionadas cuidadosamente, tomarse el tiempo necesario para ellas, y cuando se ejecutan, deben ser puestas en escena en forma solemne (o por lo menos, se debe dar esa impresión): las normas de derecho penal son aquellas regulaciones sociales que se asientan más profundamente en nosotros (...). Esto se relaciona con el hecho de que el derecho penal dispone de las sanciones más severas frente a las lesiones normativas: (...) estos instrumentos son tan peligrosos, que una sociedad civilizada debe asegurarlos de distintas formas y protegerlos de modos tal que no caigan en manos indebidas, y sean utilizados por las debidas en forma cuidadosa, igualitaria y proporcionada”. Cfr. HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva* (2ª edición, traducción de Patricia Ziffer) (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998), p. 19.

26 Tan cierto es esto que en la historia de la Ley N° 20.000, existiendo 1379 páginas que dan cuenta del procedimiento para promulgarla, en la página 574 se mencionó por última vez, con cierta relevancia en lo relativo a la ubicación, nuestro delito. Con todo, se debe recalcar que en la página 101 se indica la única vez en que se opinó algo con respecto a la disposición.

Ley N° 18.403 se dan ciertas luces, en cuanto se alude a legislaciones extranjeras e instrumentos internacionales como motivantes del proyecto de ley. Esta situación puede ser explicada recordando las palabras de Maurach, quien señalaba que “la experiencia enseña que para la burocracia es mucho más sencillo promulgar un conjunto caótico de leyes, ordenanzas y decretos, sancionando su infracción, en virtud de disposiciones complementarias, con penas criminales, a proceder con la cautela precisa en la regulación de la materia fundamental y amenazar tan sólo los casos graves con penas criminales, evitando en lo posible un divorcio entre norma y conminación penal”<sup>27</sup>.

### 3. *El pseudo tráfico culposo en instrumentos internacionales y en el derecho comparado*

Ahora, la crítica esbozada *supra* podría ser salvada si efectivamente existiera, en el ámbito internacional o en las legislaciones extranjeras, una disposición semejante a la nuestra que nos permita analizar las ventajas de su inclusión en un Ordenamiento jurídico, o bien, una exposición de los motivos específicos o de la finalidad de la persecución penal de la hipótesis delictiva. Con todo, resulta menester delimitar el ámbito de búsqueda, puesto que una investigación acuciosa excede el objeto de nuestro trabajo. Así, centraremos la atención en los instrumentos internacionales que Chile ha ratificado en años anteriores y posteriores a la Ley N° 18.403, así como también observaremos ciertas legislaciones de países iberoamericanos, con el objeto de hacer un parangón con la creación chilena, atendiendo a que unos y otros comparten similar idiosincrasia<sup>28</sup>.

#### a) Convenciones<sup>29</sup> y conferencias

Con respecto a los instrumentos internacionales, *supra* se ha hecho mención a la Convención única de estupefacientes de 1961, enmendado por el Protocolo de 1972, así como también a las Conferencias Internacionales de Nueva York de 1961 y de Viena de 1971. Cabe hacer mención, además, a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, el Acuerdo sudamericano sobre estupefacientes y psicotrópicas adoptado en Buenos Aires el 27 de noviembre de 1973, así como los diversos acuerdos bilaterales que ha suscrito Chile con países americanos<sup>30</sup>.

Estos instrumentos internacionales, debemos señalar, han sido acordados por nuestro país en pos de la promoción de la cooperación entre los diversos Estados para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes, indicándose en las diversas normativas que las partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para dar cumplimiento a tal propósito<sup>31</sup>. Es del todo útil mencionar esta normativa internacional puesto que, aun cuando las modificaciones legales han sido motivadas por supuestas

27 MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal* (Barcelona, Ediciones Ariel, 1962), I, p. 31.

28 Para un análisis comparativo de los delitos de drogas en algunos países europeos ver AMBOS, Kai, *Legislación penal de drogas en Países Bajos (NL), Alemania (D), España (E), Gran Bretaña (GB) y Dinamarca (DK) a la vista de la armonización legal*, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal y procesal penal. Aspectos del Derecho alemán y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 187-205.

29 Para analizar la política criminal que inspira a estos tratados y otros relativo a materias penales, ver MATUS, Jean Pierre, *La Política Criminal de los Tratados Internacionales*, en *Ius et Praxis* 13 (Talca, 2007) 1. Disponible en [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100010&script=sci\\_arttext#nota13](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100010&script=sci_arttext#nota13)

30 Para ver los diversos acuerdos bilaterales suscritos por Chile, cfr. BARRÍA LARRAÍN, Javiera, cit. (n. 3), p. 63.

obligaciones contraídas, la verdad es que ninguno de los instrumentos mencionados hace alusión siquiera incidental a alguna figura que, remotamente, pueda acercarse al pseudo tráfico culposo. Es más, tales instrumentos no hacen mención alguna a una figura culposa que las partes hayan considerado útil comprometerse a reprimir<sup>32</sup>.

#### b) Derecho comparado

Empero, que los compromisos internacionales no hayan obligado a nuestro país a tipificar determinadas conductas no significa que, en legislaciones extranjeras, no se haya tipificado el pseudo tráfico culposo de forma voluntaria, influenciados por la política criminal de los compromisos internacionales. Así, debemos analizar normativas extranjeras para ver si nuestro delito se encuentra tipificado y, de ser así, bajo qué forma.

Como primer acercamiento, podemos señalar que los diversos Ordenamientos jurídico-penales han consagrado, ya en los códigos del ramo, ya en leyes especiales complementarias a los mismos, diversos delitos relativos a estupefacientes, existiendo cierto consenso en que el bien jurídico protegido es la salud pública. Por otro lado, debemos señalar que también comparten con la ley chilena el hecho de no señalar en detalle los objetos materiales de los diversos tipos, sino que se encomienda a una norma legal o reglamentaria o a un instrumento internacional su pormenorización<sup>33</sup>.

Ahora, para tener un esbozo de lo que los legisladores extranjeros han proscrito en el ámbito de estupefacientes, hemos tenido a la vista las normativas de Argentina<sup>34</sup>, Bolivia<sup>35</sup>,

---

31 ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán, *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional* (Madrid, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, 2008), p. 235.

32 Tan cierto es esto que, a modo ejemplar, podemos citar el art. 3° N 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, la cual prescribe que “Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica (...). ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes (...). Así, surge como una obligación para las partes la adopción de medidas legislativas o administrativas en torno a conductas dolosas (por cuanto el instrumento emplea el término intencionalmente) y nada dice, en cambio, con respecto a las mismas en su modalidad culposa.

33 PASTÉN RAMOS, Francisco, *Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Comentario general* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1996), p. 19.

34 Ley N° 23.737 de tenencia y tráfico de estupefacientes que modifica y agrega artículos al Código Penal. Disponible en [www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.htm](http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.htm)

35 Ley N° 1.008 ley del régimen de la coca y sustancias controladas de 1988. Disponible en [www.aipe.org.bo/public/lst\\_politicas\\_publicas\\_nac/LST\\_POLITICAS\\_PUBLICAS\\_NAC\\_ley\\_1008\\_es.pdf](http://www.aipe.org.bo/public/lst_politicas_publicas_nac/LST_POLITICAS_PUBLICAS_NAC_ley_1008_es.pdf)

Cabe señalar que, de todas las normativas tenidas a la vista para el análisis del delito ésta es, por lejos, la que cuenta con más disposiciones, contemplando en la actualidad 149 artículos (sin contar las normas transitorias), situación que podría explicarse por el trabajo informal de funcionarios estadounidenses en la redacción del cuerpo legal, esto según GIACOMAN ARAMAYO, Diego, *Política de drogas y situación carcelaria en Bolivia*. Disponible en

[www.druglawreform.info/images/stories/documents/Sistemas\\_sobrecargados/Resumenes/sistemas%20sobrecargados-bolivia-web2.pdf](http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/Sistemas_sobrecargados/Resumenes/sistemas%20sobrecargados-bolivia-web2.pdf). Es necesario, eso sí, señalar que se encuentra desde el año 2011 tramitación una modificación a esta ley.

Colombia<sup>36</sup>, Costa Rica<sup>37</sup>, Cuba<sup>38</sup>, Brasil<sup>39</sup>, Ecuador<sup>40</sup>, España<sup>41</sup>, México<sup>42</sup>, Paraguay<sup>43</sup>, Perú<sup>44</sup> y Uruguay<sup>45</sup>.

Resulta interesante señalar que no sólo la mayor parte de estos países no contempla delitos culposos en sus legislaciones sino que, además, no existe ninguna figura que, de alguna forma, pueda asimilarse, en todo o en parte, a la disposición materia de este trabajo. Así, sólo Costa Rica, Argentina y Brasil contemplan modalidades culposas de alguno de los delitos relativos a estupefacientes. El primero, en el art. 62 de la Ley de estupefacientes, prescribe un delito culposo para los funcionarios públicos que procuren la impunidad de personas indicadas (imputadas) o condenadas por delitos sancionados por dicha ley. El segundo<sup>46</sup>, contempla pena de multa a quien, estando autorizado para vender sustancias

---

36 Ley N° 30 de 1986 por la cual se adopta el Estatuto nacional de estupefacientes y se dictan otras disposiciones. Disponible en [www.alcaldiabogota.govcol/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2774](http://www.alcaldiabogota.govcol/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2774). Por otro lado, esta ley está complementada con un reglamento, disponible en [ministeriopublico.poderjudicial.go.cr/cooperintern/Normativa%20Nacional/02-Narcotrafico/02.pdf](http://ministeriopublico.poderjudicial.go.cr/cooperintern/Normativa%20Nacional/02-Narcotrafico/02.pdf). Con todo, existe actualmente un proyecto de ley de 2012 por medio del cual se expide el Estatuto nacional de drogas. Disponible en [www.druglawreform.info/images/stories/Estatuto\\_Nacional\\_de\\_Drogas\\_sep\\_2012.pdf](http://www.druglawreform.info/images/stories/Estatuto_Nacional_de_Drogas_sep_2012.pdf)

37 Ley N° 8.204 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo.

38 Código Penal, en particular, sección cuarta –*Producción, venta, demanda, tráfico, distribución y tenencia de ilícitos de drogas estupefacientes, sustancias sicotrópicas y de otros efectos similares*–, del capítulo V –*Delitos contra la salud pública*–, del libro II –*Parte especial. Delitos*–, art. 390 a 393. Disponible en [www.gacetaoficial.cu/html/codigo\\_penal.html#A13](http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html#A13)

39 Ley N° 11.343 de tóxicos. Disponible en [www.jusbrasil.com.br/legislacao/95503/lei-de-toxicos-lei-11343-06](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/95503/lei-de-toxicos-lei-11343-06)

40 Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, codificación 25, año 2004. Disponible en [webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LgJ3KJjOGUJ:www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp:ecu-mla-law-substancia-2004.doc+ley+de+estupefacientes+ecuador&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=cl](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LgJ3KJjOGUJ:www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp:ecu-mla-law-substancia-2004.doc+ley+de+estupefacientes+ecuador&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=cl)

41 Código Penal, en particular, capítulo III –*Delitos contra la salud pública*– del título XVII –*Delitos contra la seguridad colectiva*–, art. 359 a 378. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

42 Código Penal, en específico, capítulo I –*De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos*– del título VII –*Delitos Contra la Salud*–, art. 193 a 199. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>. Por otro lado, también interesa aquí la Ley general de salud de 1984. En particular, consultar el capítulo IV –*Programa contra la farmacodependencia*– del título XI –*Contra las adicciones*–, art. 191 a 193 bis; título XII –*Control sanitario de productos y servicios de su importación y exportación*–, capítulo V –*Estupefacientes*–, art. 234 a 243; y capítulo VI –*Substancias psicotrópicas*–, art. 244 a 256. Disponible en [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf)

43 Ley N° 1.340 de 1988 que modifica, adiciona y actualiza la Ley N° 357/72 que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes. Disponible en <http://www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=3666>. A su vez, esta ley fue modificada y complementada por la Ley N° 1.881/2002. Disponible en [www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=6898](http://www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=6898)

44 DL N° 22.095 de represión del tráfico ilícito de drogas. Disponible en [www.cedro.org.pe/leyes/ley22095.pdf](http://www.cedro.org.pe/leyes/ley22095.pdf)

45 Ley N° 17.016 de estupefacientes y sustancias que determinen dependencia física o psíquica. Disponible en [www.infodrogas.gub.uy/html/marco\\_legal/documentis/01-Ley17016.pdf](http://www.infodrogas.gub.uy/html/marco_legal/documentis/01-Ley17016.pdf)

46 Otra cosa interesante a destacar, aun cuando excede el tema de este trabajo, es que sólo en Argentina se punen ciertos delitos omisivos. Así, se castiga a quienes tienen bajo su cargo establecimientos que expendan medicamentos, siempre que estas omisiones posibiliten la comisión de los hechos proscritos por el Código Penal en materia de estupefacientes. Además, se pune de forma más drástica a quienes, dependiendo de la autoridad sanitaria y que tengan responsabilidad sobre el control del comercio de estupefacientes, omitan cumplir leyes, reglamentos y órdenes.

medicinales, las suministre en una forma distinta a la señalada en la receta, o lo haga sin exigir receta alguna cuando ésta sea obligatoria. El tercero, en el art. 38 de la Ley de tóxicos, sanciona con pena privativa de libertad y multa a quien, de forma culposa, prescriba o administre medicamentos a un paciente que no los necesita, lo haga en forma excesiva o lo realice con infracción de ley o reglamento<sup>47</sup>.

En suma, atendiendo a los Ordenamientos jurídicos extranjeros, a los compromisos internacionales asumidos por Chile y a la evolución legislativa del pseudo tráfico culposo y de las normas relativas a estupefacientes en general, podemos señalar, por de pronto, que no parecieran existir razones de peso que permitan explicar la aparición de la disposición en nuestro Derecho o la conveniencia de tal tipificación.

Ante esta situación, Rivacoba es claro en su explicación pues, a partir del año 1969, se han producido un seguidillo de normas relativas a estupefacientes de características progresivamente autoritarias<sup>48</sup>.

Esto dista, por lejos, de un ideal<sup>49</sup> proceso legislativo, en donde “es indispensable la elaboración técnica de los proyectos [de ley] y que ellos estén provistos de un fundamento que vaya más allá de la huera exposición de motivos, argumente la compatibilidad entre lo proyectado con las bases de los Derechos políticos y penal del país, y presente un respaldo estadístico, criminológico, iuscomparativo y dogmático, por lo menos con el cotejo de todos los especialistas nacionales acreditados en el punto que interesa. Y es que un proyecto de ley, no importa que provenga del Ejecutivo o nazca del mismo Congreso, debe substraerse del voluntarismo, la improvisación y la chapucería, y permitir el control de su racionalidad así como una evaluación poslegislativa, para todo lo cual ha de poseer algo de las sentencias judiciales, verdaderos fundamentos”<sup>50</sup>.

---

47 Traducción libre del original.

48 Para este autor, “el autoritarismo consiste en la imposición de las concepciones acerca del mundo, las conductas de los hombres y las relaciones humanas, de quienes ejercen legítimamente el poder político, o simplemente lo detentan, y de su sistema de valores, a todos los individuos, suprimiendo o haciendo abortar cuanto éstos tengan de original y los diferencien y homogenizando así la sociedad”. RIVACOBA, Manuel de, *Las sucesivas*, cit. (n. 5), p. 69.

49 Hay quienes plantean, con cierta verdad, que “la racionalidad a la que tiende la técnica legislativa puede considerarse incluso como una exigencia constitucional, cuyo incumplimiento implica una violación del principio de seguridad jurídica”. Esta posición es sostenida por Ossandón, quien señala incluso que en países como Alemania se ha postulado que existiría un deber constitucional de legislar bien. OSSANDÓN, María Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 37.

50 GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Bosquejo*, cit. (n. 12), p. 198.



## CAPÍTULO II

### ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL PSEUDO TRÁFICO CULPOSO

Con todo, dejando atrás, por el momento, el anterior prolegómeno y atendiendo que, a pesar de cualquier crítica preliminar que podamos esbozar<sup>51</sup>, el pseudo tráfico culposo es en nuestro Ordenamiento ley vigente, es necesario realizar un análisis del tipo penal –o tipos penales–, en aras de determinar su verdadero ámbito de aplicación.

En este sentido, una primera forma de aproximarnos a la disposición es a partir del lenguaje. Al respecto, resulta difícil desconocer la importancia que tiene este instrumento en el Derecho, máxime si se trata de una disciplina tan trascendental como lo es el Derecho penal. La apariencia que adopta una disposición no es algo inocuo, sino que tiene gran relevancia práctica, toda vez que “es en la redacción concreta de una disposición normativa donde se recoge, delimita y consolida, en cierta medida, ese contenido”<sup>52</sup>.

Así, debemos recordar las palabras de Hassemer, para quien “‘Derecho y lenguaje’ es un tema eterno, solamente la coyuntura cambia. La razón es evidente: las leyes, su concretización en derecho judicial y en la dogmática jurídica, su interpretación y aplicación en decisiones judiciales y en la crítica de estas decisiones, todo ello es lenguaje. Donde termina el lenguaje, comienza la fuerza, y la fuerza puede ser demorada en tanto el lenguaje tenga efectos”<sup>53</sup>. Es por esta consecuencia (el empleo de la fuerza) que es menester que, sobre todo en el Derecho punitivo (donde debe imperar la seriedad), el legislador formule sus normas de la forma más precisa posible<sup>54</sup>.

---

51 Aquí, más que una crítica a la disposición en sí (que, como se verá, resulta del todo atingente) se pueden hacer comentarios (negativos) de la regulación de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Para esto, es útil recordar las palabras de Rivacoba, quien entiende que las disposiciones penales permiten acercarnos a la realidad del país en que rigen: “En fin, si, como sostenía Soler, “a un Estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo”, parece lícito pensar que este aserto admita una lectura inversa y que por sus leyes penales pueda conocer a fondo un Estado, un gobierno, un país”. RIVACOBA, Manuel de, *Las sucesivas*, cit., (n. 5), p. 76. Sobre esto discutiremos en el capítulo III de este trabajo.

52 Ahora, esto, no sólo tiene relevancia para la persona que puede verse comprendida en la hipótesis delictiva, sino también para el juez, a quien se le ordena que imponga una sanción penal y, por tanto, incida en los derechos del individuo. Al respecto, Ossandón nos señala que mientras la norma primaria o de conducta, entendida como imperativo, está “destinada a influir en el comportamiento de los sujetos que componen una sociedad determinada. (...) Por otro lado, la norma secundaria expresa la segunda decisión político-criminal fundamental, la de incidir directamente sobre los derechos de los ciudadanos mediante el castigo. Es una norma dirigida a los jueces (...) Al aplicar las exigencias lingüísticas a estos ámbitos normativos, resulta que el primero, dirigido a los ciudadanos, ha de estar regido por el principio de la inteligibilidad. En el segundo, en cambio, lo esencial es la precisión, porque está en juego la limitación de los derechos de las personas. Es indudable que ambos ideales, inteligibilidad y precisión, han de guiar toda la actividad legislativa, pero si los enunciados legales se van a interpretar, en general, como normas dirigidas a los órganos judiciales, resulta necesario que en su configuración primen los aspectos relativos a la exactitud, precisión y determinación (...)”. OSSANDÓN, María Magdalena, cit. (n. 49), pp. 29, 55-56.

53 HASSEMER, Winfried, cit. (n. 25), p. 13.

54 *Ibidem*, p. 21.

Empero, como veíamos *supra*, esta precisión de la cual debiese estar revestido el actuar legislativo no resulta del todo aplicable a nuestra realidad<sup>55</sup>, por lo menos en lo que a estupefacientes se refiere. Sin embargo, la verdad es que el legislador, ya de forma intencional, ya por mero descuido, le ha impreso a la disposición en comento ciertas características que la hacen diferenciarse del resto. De éstas nos haremos cargo en las páginas siguientes.

Como se habrá podido dilucidar, nuestro delito contempla dos verbos rectores que dan lugar a tipos penales distintos. Así, el art. 10, inc. 2 de la Ley N° 20.000 tipifica un delito de hipótesis alternativas que, si bien comparten ciertos elementos, es necesario distinguirlos entre sí. Con todo, antes de realizar un análisis dogmático de los tipos es menester aludir a la naturaleza jurídica de nuestra disposición. De este modo, diremos algunas palabras acerca de los delitos culposos y de los delitos de peligro abstracto, por cuanto los tipos se circunscriben dentro de estas categorías.

Por otro lado, las figuras del art. 10 inc. 2 comparten diversos elementos, debiendo mencionar, en primer lugar, la protección del bien jurídico supra-individual salud pública, rasgo que es común a las disposiciones de la Ley N° 20.000; en segundo lugar, el sujeto activo, puesto que estamos ante un delito de sujeto especial propio, como se verá.; en tercer lugar, con respecto al sujeto pasivo, ambos tipos afectan a la sociedad toda.

Ahora, debido a que la disposición es de hipótesis alternativas, es menester determinar y definir las conductas punibles, así como los elementos de los respectivos tipos. En este sentido, se deberá proceder a hacer un análisis independiente de cada núcleo penal, indicando los elementos que el tipo respectivo exige en cada caso.

Debido a lo anterior, con respecto a las conductas, comenzaremos analizando el abandono de las plantas, sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, para luego dar paso al estudio de la hipótesis relativa a no dar cumplimiento de las obligaciones del reglamento sobre cierre y destrucción. Posteriormente, se analizarán los elementos del tipo. Aquí, debido a que existen dos conductas diversas, en cada elemento se indicará si pertenece a uno u otro tipo o si es común a ambos. De guisa, se aludirá a la imprudencia o negligencia, requisito común a ambos tipos; a la exigencia relativa al lugar de ejecución del hecho (lugares de fácil acceso al público), elemento exclusivo de la primera hipótesis penal; y el objeto material (plantas, sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas), común a ambos tipos.

Para finalizar, se hará una breve mención a la penalidad contemplada en la disposición, cual es la de reclusión o relegación menores en su grado mínimo y multa de veinte a doscientas unidades tributarias mensuales.

## 1. *Generalidades*

### a) Delitos culposos

---

55 De hecho, Guzmán Dalbora nos plantea que “un elemento invariable de la reforma penal chilena de los últimos veinte años es la improvisación, rutina de los aficionados. Improvisamos porque se legisla al calor de las circunstancias, secuaces de las pasiones o víctimas ignaras de la presión de poderosos intereses”. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Reflexiones penales de verano para leer en el invierno*, en *La semana jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013), p. 1.

Como bien sabemos, el art. 10 N° 13 CP señala que está exento de responsabilidad penal “*el que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley*”.

Los delitos culposos son una excepción en nuestra legislación penal, por cuanto sólo están contemplados para los casos “*más elementalísimos dentro de la vida social y que afecten bienes sumamente importantes*”, pues no se puede asumir cualquier riesgo (ya que están presentes en toda nuestra realidad), “sino sólo aquellos que exceden lo que los ciudadanos están dispuestos a asumir para la satisfacción de sus necesidades”<sup>56</sup>.

Esta excepcionalidad también alcanza a la Ley N° 20.000<sup>57</sup>, toda vez que sólo existen dos disposiciones cuya exigencia subjetiva es la culpa, a saber, el tráfico de precursores (modalidad culposa del art. 2, inc. 2)<sup>58</sup> y el pseudo tráfico culposo<sup>59</sup>. Con todo, sólo el primer delito incrimina tanto la comisión dolosa como culposa.

De guisa, tratándose del pseudo tráfico, nos encontramos ante una disposición que sólo puede ser cometida con culpa, pues el tipo exige “*imprudencia o negligencia culpable*”, quedando impune su comisión dolosa. En este sentido, cabe destacar que quien realiza los tipos del art. 10, inc. 2 no busca provocar un resultado típico, sino “causar alteraciones líticas del mundo circundante”<sup>60</sup>, es decir, sembrar, plantar, cultivar o cosechar especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas con la debida autorización<sup>61</sup>, acciones que se realizan sin imprimir a éstas la dirección final de que el sujeto (“el hombre medio razonable”)<sup>62</sup> era capaz<sup>63</sup>. De este modo, se busca evitar que se lesione el bien jurídico<sup>64</sup> a través de la motivación de la pena, instando a no incrementar los riesgos que existen en la actividad<sup>65</sup>.

---

56 Destacado en el original, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El delito culposo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), p. 13.

57 Al respecto, se ha señalado que “la inclusión en el cuerpo legal, de un modo expreso, de la referida figura culposa es una proyección más del carácter defensivo y casuístico que fácilmente se aprecia en el contexto de la Ley N° 19.366 -y también en la Ley N° 20.000- y que, analizado, puede ser un mérito o demérito de la misma según los casos”. PASTÉN RAMOS, Francisco, cit. (n. 33), p. 43.

58 Para un estudio sobre este delito, ver HIDALGO, Catalina, *El delito de tráfico de precursores en la Ley N° 20.000: antecedentes, análisis dogmático y político-criminal*, en *Revista de Estudios Ius Novum* 6 (2013, en edición).

59 Como veremos, el pseudo tráfico culposo es un delito de omisión propia, lo que torna más complejo su análisis. Para un tratamiento sucinto de las particularidades, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 56), pp. 70-73.

60 CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011), p. 331.

61 Se arriba a esta conclusión, toda vez que el art. 10 de la Ley N° 20.000 debe inexorablemente interpretarse de forma armónica con el art. 8 de la misma norma, por cuanto existen remisiones legales y reglamentarias que disponen esto. Sobre este tema volveremos *infra*.

62 CORCOY, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1989), p. 97.

63 CURY, Enrique, *Derecho*, cit. (n. 60), pp. 331-336.

64 Cabe señalar que si bien se señala que los delitos culposos son delitos de resultado, Bustos Ramírez alude a un resultado jurídico, es decir, lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido. Bajo esta concepción, como se verá, no habría problema (a juicio del autor) en permitir los cuasidelitos en materia de estupefacientes, los cuales se han concebido como delitos de mera actividad como se verá *infra*. Con todo, el autor precisa que, con respecto a la puesta en peligro como afectación del bien jurídico, se requiere que sea un delito de peligro concreto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 56), pp. 74-76.

65 CORCOY, Mirentxu, cit. (n. 62), pp. 84-85.

Ahora, cabe precisar el sentido y alcance de la frase “*imprudencia o negligencia culpable*”, para luego precisar su contenido en lo tocante a los tipos penales.

Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez señalan que “parece convenir; en cambio, la doctrina nacional en que el adjetivo aparentemente pleonástico “*culpable*” nada añadiría a las ideas de imprudencia o negligencia, asimilables a la *culpa leve*. Si así fuera, serían equivalente a la “*mera*” negligencia, expresiones tales como “descuido *culpable*” (...), “ignorancia *culpable*” (...), “negligencia *culpable*” (...). Sin embargo, bien pudo haberse empleado la expresión “*mera*”, “*simple*” u otra equivalente, si el sentido hubiera sido el de contentarse con el grado inferior de *culpa*. Pareciera, más bien, que se trata de una manera, poco afortunada, de poner énfasis sobre un cierto *mayor* grado o intensidad que el “*mero*” descuido o que la “*simple*” ignorancia o negligencia, asimilable por tanto a la *culpa grave* de la *imprudencia temeraria*”<sup>66</sup>.

Estamos de acuerdo con los autores, por cuanto los términos empleados por el legislador tienen un “sentido realizativo”, dirigidos a los particulares a fin de motivarlos o dirigirlos<sup>67</sup>. Por tanto, según la mentada interpretación, el Derecho sí tiene efectos (recordando a Hassemer), por cuanto exige que la culpa sea grave.

Sobre este punto, los autores señalan que la imprudencia temeraria “es aquella cuya intensidad es mayor que la de la simple imprudencia, pero no alcanza un dolo eventual”<sup>68</sup>, pudiendo asimilarse a la culpa grave o lata, definida en el art. 44, inc. 2 del Código Civil<sup>69</sup>. Así, se ha señalado por la doctrina mayoritaria que la culpa puede graduarse<sup>70</sup>, por lo que esta clase de culpa aludiría a la poca cautela o moderación del sujeto, a un “alto grado de irreflexión o descuido”<sup>71</sup>, lo cual “parece referirse a supuestos de actuaciones especial y conocidamente peligrosas, donde hasta “la más sencilla de las almas” advertiría el peligro desencadenado y la necesidad de su especial previsión y de poner el cuidado necesario para su evitación”<sup>72</sup>.

Ahora, en nuestra disposición, la imprudencia o negligencia temeraria se exige tanto para el abandono, en lugares de fácil acceso al público, de plantas, sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas; como para la abstención del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción de tales especies<sup>73</sup>.

---

66 Destacado en el original, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 293. Mismo parecer comparte Bustos Ramírez, quien sostiene que el término “culpable” debe ser entendido como una “acentuación de la intensidad de la falta de cuidado”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 56), p. 55.

67 OSSANDÓN, María Magdalena, cit. (n. 49), pp. 79-80.

68 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 291.

69 Art. 44, inc. 2: “*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios (...)*”

70 Cfr. MARTÍNEZ LAZCANO, Marco, *La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico*, en *Política criminal* 6 (2011) 12, pp. 214-251, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992011000200001&script=sci\\_arttext#12](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992011000200001&script=sci_arttext#12)

71 CURY, Enrique, *Derecho*, cit. (n. 60), p. 345.

72 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 291.

73 Creemos que una interpretación literal de la norma hace exigible este elemento a ambos tipos, por cuanto el uso de las comas antes y después de la frase se debe a que ésta es una precisión de todo lo que se dirá. Cfr. <http://www.rae.es/dpd/srv/search?id=V1EqcYbX4D61AWBBrd>. Politoff, Matus y Ramírez arriban a la

Con respecto a esta última modalidad, Cury señala que “es fácil caer en el error de creer que la observancia o inobservancia de tales reglamentos coincide, en todos los casos, con la observancia o inobservancia de la diligencia debida”, indicando luego que para el juez “comprobar que se ha violado un reglamento no constituye una presunción de culpa y viceversa”<sup>74</sup>. Por tanto, la infracción del reglamento de la Ley N° 20.000 no hace presumir el actuar imprudente del sujeto, sino que es necesario que exista un alto grado de descuido, en este caso, de realizar de manera óptima el cierre y la destrucción de las especies vegetales.

Por otro lado, cabe señalar que la doctrina sostiene la imposibilidad de apreciar en los cuasidelitos etapas de desarrollo del delito anteriores a la consumación<sup>75</sup>. Esto es importante de destacar, toda vez que en la Ley N° 20.000 (según los tratados internacionales y la doctrina)<sup>76</sup> tipifica delitos de emprendimiento, es decir, delitos consistentes “en la participación indeterminada en una actividad criminal iniciada o no por el autor”, los cuales se circunscriben dentro del llamado “ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes, esto es, aquellas conductas que conducen a la puesta indebida de sustancias estupefacientes a disposición de los consumidores finales”<sup>77</sup>.

Así, para Politoff, Matus y Ramírez el pseudo tráfico culposo se encontraría dentro de este “ciclo de la droga”, por lo que resultaría por lo menos dudosa su punición culposa.

Por último, en relación a la naturaleza jurídica del delito, cabe señalar que “en general, precisamente en razón del principio de absoluta necesidad de la pena, la tendencia es sólo imponer pena a hechos culposos de lesión, pero no de peligro concreto. Sin embargo, en el último tiempo, dada la gran magnitud alcanzada por los hechos culposos en el tráfico, se observa la tendencia en el Derecho penal comparado a establecer tipos culposos de peligro concreto”<sup>78</sup>. Esto no ha sido observado por nuestro legislador, como analizaremos a continuación.

#### b) Delitos de peligro abstracto

En consideración a la protección de un bien jurídico supra-individual, cual es la salud pública, “la jurisprudencia nacional ha establecido, con algunas opiniones disonantes, que los delitos de drogas son de peligro pues, para que se entiendan consumados y sea aplicable la respectiva sanción penal, basta con la existencia de un riesgo o posibilidad de daño para el bien jurídico de que se trata y no se requiere, como en las figuras de lesión o daño, de la

---

misma conclusión, pues señalan que “este inciso castiga (...) el imprudente cuidado de los cierros y restos de las mismas [especies vegetales], aunque en su segunda parte no hable expresamente de imprudencia, la omisión propia que se describe (no cumplir con las obligaciones reglamentarias), es sin duda una especificación de este actuar imprudente”. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 594.

74 CURY, Enrique, *Derecho*, cit. (n. 60), p. 342.

75 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 293.

76 Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 señala en su preámbulo que los delitos de estupefacientes como una “actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad”. Disponible en [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf). En la doctrina, por todos POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte especial*, cit. (n. 23), pp. 575-576.

77 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte especial*, cit. (n. 23), pp. 575-576.

78 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 56), pp. 19-20.

efectiva producción de un resultado material o externo”<sup>79</sup>. Esta opinión también es compartida por la doctrina<sup>80</sup>.

Así, en la construcción de los delitos de peligro lo que se ha hecho es adelantar las barreras de protección penal<sup>81</sup>, toda vez que no se espera la efectiva producción de una lesión para punir una conducta sino que, en base a la experiencia o al conocimiento, se sancionan conductas que se entiende son adecuadas para provocar un resultado dañoso para el bien jurídico<sup>82</sup>.

Ahora, para caracterizar a una situación como peligrosa para el interés penalmente protegido, Gómez Pavón señala que deben concurrir dos requisitos, a saber, una probabilidad de producción del resultado temido, y el carácter dañoso del resultado para el bien jurídico.

Para la autora, existen problemas “con respecto al primer requisito, esto básicamente por tres razones: la primera, parecieran no ser totalmente adecuados los cálculos matemáticos en el derecho penal; la segunda, cuánta probabilidad exigiremos para entender cumplida la hipótesis delictiva y; por último, la diferencia que existe entre posibilidad y probabilidad”<sup>83</sup>.

Entendiendo cumplidos estos requisitos es menester aludir a ciertas clasificaciones. Así, un primer distinguo es entre el peligro relevante y el irrelevante para el Derecho penal. Ello por cuanto sólo cuando una conducta inadecuada sobrepase ciertos límites tolerados, se reaccionará penalmente. En atención a los límites materiales de esta rama del Derecho, es del todo razonable sostener que sólo un peligro relevante debiese haber sido considerado por el legislador (esto es un claro ejemplo de algo que desearíamos que fuere rarísimo, mas es –bastante– probable).

Por otro lado, otra clasificación que resulta del todo relevante aludir es el binomio de delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto o delitos de peligro presunto y de peligro concreto<sup>84</sup>.

---

79 PASTÉN RAMOS, Francisco, cit. (n. 33), p. 92.

80 GONZÁLEZ WITTING, Marcos, *El delito de microtráfico de drogas* (Santiago, Editorial El Jurista, 2010), p. 63; MUÑOZ R., Eduardo, *Problemas de interpretación del artículo 1 de la actual ley de drogas y estupefacientes*, en *Revista chilena de Ciencia penitenciaria y de Derecho penal* 17 (1992) 1, p. 32; NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, *El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4 de la Ley N° 20.000*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, 2005) I, p. 266; CORNEJO, Abel, *Los delitos del tráfico de estupefacientes* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994), pp. 45-48.

81 A esto, con ocasión del análisis de otro delito de la Ley N° 20.000, hacen alusión CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000*. Disponible en [www.politicacriminal.cl/\\_n\\_06/d\\_1\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/_n_06/d_1_6.pdf)

82 GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes* (3ª edición, Barcelona, Bosch, 1998), pp. 112-113.

83 La autora, con respecto a esta última disyuntiva, señala que el término posibilidad abarca también lo improbable, por cuanto un fenómeno sólo puede descartarse cuando existe una ley o regla de la experiencia que lo torna inconcebible. Así, si es que tal no existe, y aun cuando el fenómeno sea raro o rarísimo (improbable), será posible. Por el contrario, la probabilidad sólo se predica de aquello que suele acontecer y que, en la mayoría de los casos, acaece. *Ibidem*, pp. 113-114; 116-117.

84 *Ibidem*, pp. 122-123.

Esta distinción se puede extraer de los requisitos a los que aludía Gómez Pavón, en particular, con respecto a la primera exigencia. Así, la probabilidad de producción de un resultado dañoso (y, por tanto, la existencia de riesgo) en los delitos de peligro abstracto se presume. El legislador, partiendo de datos estadísticos y empíricos, considera peligrosa la situación “e incrimina la conducta, que se ha demostrado experimentalmente en la mayoría de los casos resulta peligrosa, con independencia de que haya sido en el caso concreto. El peligro es la ratio essendi del precepto, no se halla incorporado al tipo legal; es la razón que ha movido al legislador para declarar punible la conducta. Lo que se hace es que la producción de un peligro para personas o cosas se liga “a priori” con determinadas acciones que, por experiencia, se presumen por el legislador como desencadenante de tales peligros. Es decir, el delito de peligro abstracto es realmente una presunción de peligro”<sup>85</sup>.

Ahora, la doctrina ha planteado que, tratándose de los delitos de estupefacientes, nos encontraríamos frente a verdaderos delitos de peligro abstracto, esto por la existencia de una mera probabilidad que el bien jurídico sea afectado (veremos que, en el pseudo tráfico culposo, es así cuando hay peligro de difusión incontrolada de las especies vegetales).

Dicho esto, hay disparidad de criterios en torno a las implicancias de esta probabilidad de afectación. Por un lado, Beristain indica que “en los delitos de peligro abstracto los indicios de la peligrosidad se hallan fijados de forma vinculante en la propia ley, mientras que en los de peligro concreto la causación del resultado ha de constatarse por el juez como elemento del tipo”<sup>86</sup>, cuestión que se aleja de los que nos indica Joshi Jubert, quien sostiene que “si en el caso concreto puede excluirse que no haya peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de antijuridicidad del acto, por la que no se da en él la adecuación al tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia, y, por ende, sin contenido material de antijuridicidad o, si se quiere, con sólo un contenido de antijuridicidad subjetiva incompatible con el derecho penal post-constitucional”<sup>87</sup>. Por otro lado, Bacigalupo indica que hay doctrina (sin especificarla) que excluye la tipicidad de la conducta cuando hay imposibilidad absoluta de peligro en la situación concreta<sup>88</sup>.

En nuestro país se ha dado una discusión similar, en cuanto hay quienes señalan que, en los delitos de peligro abstracto, hay una presunción de derecho de la responsabilidad penal, “pues una vez acreditada la realización del tipo no se puede en el caso concreto probar la

---

85 *Ibidem*, pp. 124-127.

86 Tratándose de los delitos de peligro abstracto en materia de estupefacientes, señala que puede sostenerse la probabilidad de peligro “para la salud de los ciudadanos en cuanto posibles víctimas de futura drogodependencia (...), y en cuanto la posible subsecuente pérdida de dirección personal o del poder de inhibición en los actualmente drogodependientes (...), y también –aunque secundariamente– por la probabilidad de una puesta en peligro de la seguridad de los ciudadanos en cuanto posibles sujetos pasivos de posibles delitos futuros cometidos por los drogadictos (víctimas estos, a su vez, de la drogodependencia)”. BERISTAIN, Antonio, *La droga. Aspectos penales y criminológicos* (Bogotá, Editorial Temis, 1986), pp. 45; 47.

87 JOSHI JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP* (Barcelona, José María Bosch editor, 1999), pp. 42 y 43.

88 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999), p. 227.

inocencia del inculpado”, lo que atentaría contra la presunción de inocencia (art. 19 N° 3, inc. 6 de la Constitución)<sup>89</sup>, además del principio de lesividad<sup>90</sup>.

Esta posición es defendida en Argentina por Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes señalan que “en el Derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al *peligro de peligro*, basta pensar en el caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea, de clara tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que *sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real*”<sup>91</sup>.

Dejando de lado la posible inconstitucionalidad del delito, debemos agregar que Joshi Jubert plantea, como una de las consecuencias prácticas de que el delito sea de peligro abstracto, su calidad de delito de mera actividad, “por cuanto el tipo queda realizado con la mera realización de la conducta descrita en el tipo sin que precise de ningún ulterior resultado para su consumación”. Ahora bien, debido a esta calidad se puede calificar al delito de pseudo tráfico culposo como de consumación anticipada, toda vez que su consumación no requiere una lesión al bien jurídico protegido, sino que sólo se exige la producción del peligro<sup>92</sup>.

Por último debemos indicar que, según las palabras de Gómez Pavón, los delitos de peligro abstracto han encontrado cabida en los delitos culposos, “particularmente en el grupo de los delitos llamados de tráfico, pues, al encontrarse ante acciones con un riesgo socialmente tolerado, su defectuosa ejecución hace que el peligro de un resultado lesivo sea más cercano, más probable, por lo que el legislador adelanta las barreras de protección penal, no esperando que el daño o lesión se haga efectivo, castigando la simple puesta en peligro, que en principio puede revestir tanto una forma dolosa como culposa. Quintano se opone a esta última posibilidad, manteniendo que para poder castigar un delito bajo la forma de imprudencia es precisa la constatación de un resultado lesivo, ya que “en la culpa el objeto material es absolutamente inexcusable”. Sin embargo, la punición de los delitos culposos de peligro ha sido defendida aduciendo que de esta forma se limita el papel del azar en el castigo de estas figuras, factor del que depende que acaezca o no la lesión”<sup>93</sup>.

## 2. Bien jurídico protegido

---

89 GONZÁLEZ WITTING, Marcos, cit. (n. 80), p. 63.

90 Ello, debido a que el Derecho penal tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos ante posibles ataques que podrían lesionarlos o ponerlos en peligro por lo que, si no existe afectación, “dicha conducta no es relevante para el orden penal”. NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho penal. Teoría del delito I* (Santiago, Editorial McGraw-Hill Interamericana de Chile, 1997), p. 87.

91 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Ediar, 2005), p. 371. En España Gómez Pavón sostiene la misma postura, ya que considera que esta clase de delitos es incompatible con los postulados imperantes en el campo del derecho penal, además de acarrear graves problemas dogmáticos en orden a las formas imperfectas de ejecución. A pesar de estas críticas, indica que su empleo es cada vez más frecuente “y dentro de los delitos de tráfico han encontrado decididos partidarios, considerándose por éstos como la forma más eficaz y lógica para combatir el creciente fenómeno de la delincuencia de tráfico”. GÓMEZ PAVÓN, Pilar, cit. (n. 82), pp. 112-113.

92 JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), pp. 44-45; 47.

93 GÓMEZ PAVÓN, Pilar, cit. (n. 82), pp. 148 y 149.



El tema del bien jurídico penal protegido por las normas penales o, si se quiere, del interés tutelado por el Derecho punitivo ha tenido colosal importancia para el Derecho penal<sup>94</sup>, por cuanto los autores, a lo largo de la historia<sup>95</sup>, le han reconocido diversas funciones<sup>96</sup>. Con todo, debemos recordar el motivo del surgimiento de esta parcela del conocimiento jurídico, inclinándonos<sup>97</sup> por la tutela de intereses jurídicos que se han considerado como indispensables para la convivencia social<sup>98</sup>. Empero, no se trata de una protección acérrima sin limitaciones, toda vez que las normas penales, aun cuando ofrecen toda la protección que sea necesaria, también ofrecen la mayor libertad individual posible<sup>99</sup>, lo que significa, entre otras cosas, punir sólo las conductas que más gravosamente afecten a los bienes jurídicos<sup>100</sup>.

Por todo esto es fácil señalar que, en un ámbito tan importante para el legislador como son los delitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, es del todo necesario determinar cuál es el bien jurídico que hay detrás de su punibilidad, por cuanto será un importante elemento a tener en consideración a la hora de determinar qué conductas deben ser efectivamente punidas y de qué forma.

---

94 Al respecto, consultar MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, en EL MISMO, *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 11.

95 Para un estudio sobre la evolución histórica de este concepto, ver HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992), pp. 13-138.

96 Un repaso general de ellas, con ocasión de la interpretación de la ley penal, hace PALACIOS MORENO, Fernando, *Estructura de la interpretación de la ley penal chilena* (Santiago, Librotecnia, 2010), pp. 25-26.

97 Como sabemos, esto no es un asunto pacífico. Un esbozo de esta discusión la podemos ver en ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2008), pp. 115-140; EL MISMO, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen* (traducción de Manuel Cancio Meliá), en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>; y en JAKOBS, Günther, *¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal*, en *Cuadernos de política criminal* 100 (2010) 2, pp. 29-45.

98 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 67.

99 ROXIN, Claus, *Fundamentos*, cit. (n. 97), p. 122.

100 Recordando así, entre otras cosas, que el Derecho penal debe ser la *ultima ratio*, debiendo escogerse siempre otras soluciones no punitivas que logren una similar finalidad. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 67.

Al respecto, la doctrina mayoritaria ha sostenido que el principal interés jurídicamente protegido es la salud pública<sup>101-102</sup>.

Aquí, el término principal es necesario recalcarlo, puesto que no son pocos los que señalan que no es el único bien jurídico protegido por esta clase de delitos (por ejemplo, Politoff, Matus y Ramírez<sup>103</sup> en Chile y Joshi Jubert<sup>104</sup> en España), existiendo quienes derechamente optan por otros intereses considerados por el legislador.

Así, se mencionan la salud individual<sup>105</sup>, la libertad individual, la seguridad nacional, el orden público económico, la estabilidad económica y social, el monopolio del control del

---

101 Al respecto, ver MATUS, Jean Pierre, *Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes*, en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999), p. 89; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte Especial*, cit. (n. 23), pp. 573-575, quienes plantean que también tutelarían la libertad personal; ZAVIDICH DIOMEDI, Carolina, *El concurso de delitos: cultivo en relación con tráfico y microtráfico*, en *Revista jurídica del Ministerio público* 42 (2010), p. 152; CORREA BULO, Luis, *Clase magistral sobre proyecto de ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción* 11 (1993) 1, p. 21; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, cit. (n. 11), p. 352; BRITO CASTRO, Paula, *Los delitos de robo, hurto y tráfico ilícito de estupefacientes a la luz de los principios actuales de política criminal* (Santiago, Universidad de Chile, 1997), p. 97; BARRÍA LARRAÍN, Javiera, cit. (n. 3), p. 86; CISTERNAS VELIS, Luciano, *El microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Librotecnia, 2009), pp. 53-54; GONZÁLEZ WITTING, Marcos, cit. (n. 80), pp. 35-39. En España, por todos JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), pp. 27-42; y CALDERÓN SUSÍN, Eduardo, *La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido*, en SORIANO SORIANO, José Ramón (director), *Delitos contra la salud pública y contrabando* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000), p. 14. En México, por todos OSORIO Y NIETO, César Augusto, *Delitos contra la salud* (2ª edición, México D.F., Editorial Porrúa, 2002), p. 24. En Argentina, por todos CORNEJO, Abel, *Los delitos*, cit. (n. 80), pp. 29-34.

102 Con respecto a los bienes jurídicos supra-individuales o colectivos, Gómez Pavón nos dice que, aun cuando tradicionalmente se ha considerado al bien jurídico desde una perspectiva individualista, hace ya algunos años atrás han adquirido gran importancia este tipo de bienes jurídicos, por cuanto son del todo necesarios para que la sociedad como tal pueda desenvolverse de forma normal. Así, “representan un valor comunitario digno de protección”. GÓMEZ PAVÓN, Pilar, cit. (n. 82), p. 96.

103 Estos autores señalan que los delitos de drogas son, en su mayoría, delitos pluriofensivos, por cuanto lesionan tanto la salud pública como la libertad individual. No haciéndonos cargo todavía de si efectivamente la salud pública es el bien jurídico protegido, sí debemos señalar que no compartimos el parecer de estos autores con respecto a la libertad individual (en el sentido que va disminuyendo la voluntad). Esto por diversas razones: (i) La decisión de consumir drogas acostumbra a ser, en la mayoría de los casos, libre y espontánea; (ii) en los casos en que no lo fuera, estaríamos hablando de un toxicómano (que, producto de su adicción, no tiene una voluntad libre, aun cuando sí la tuvo al momento de optar por consumir las primeras veces) o de un individuo que ha sido víctima de un delito de coacción o de lesiones; (iii) por otro lado, esto podría ser predicable sólo de las drogas denominadas por el legislador como “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productores de dependencia física o psíquica” y no de todas las drogas prohibidas; (iv) este bien jurídico no explica que existan otras sustancias (denominadas como drogas lícitas, por ejemplo, el tabaco o el alcohol) que son toleradas por el legislador, aun cuando logran igual o mayor disminución de voluntad. En un sentido similar JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), p. 38; y GONZÁLEZ WITTING, Marcos, cit. (n. 80), pp. 40-41.

104 La autora señala que “se protegen dos bienes jurídicos que mantienen, sólo en cierto modo, una relación de progresividad: inmediatamente la salud pública, mediatamente, la salud individual. Respecto del primero, algunas de las conductas previstas dan lugar a un delito de lesión por cuanto exigirán la efectiva destrucción de las bases para el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y para el cumplimiento de las obligaciones individuales derivadas de la convivencia en una determinada sociedad (obligaciones derivadas del principio de solidaridad)”. JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), p. 41.

Estado sobre ciertos productos o sustancias<sup>106</sup>, la integridad familiar, e incluso la convivencia internacional<sup>107</sup>. Además, hay quienes sostienen que estos delitos son de mera desobediencia estricta y formal y que carecen de bien jurídico<sup>108</sup>.

Con respecto a nuestra Ley N° 20.000, la doctrina mayoritaria ha entendido que el bien jurídico tutelado es también la salud pública, lo cual es concordante con la regulación de estos ilícitos, toda vez que el mismo legislador, en el art. 43, inc.1, ha hecho mención a este bien jurídico<sup>109</sup>, encontrándose además, una referencia a la salud en los art. 1, inc. 1 y 54, inc. 3<sup>110</sup>.

A mayor abundamiento, como señalábamos *supra*, debemos recordar que esta clase de delitos, desde su aparición en el Código Penal, el legislador penal los ha ligado con este bien jurídico<sup>111</sup>.

---

105 Se plantea por algunos autores que el bien jurídico inmediatamente protegido por los delitos de drogas es la salud pública, siendo la salud individual un bien jurídico protegido mediato. JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), pp. 41-42. No obstante esto, como observación a la consideración de que la salud individual es un (o el) bien jurídico protegido en materia de estupefacientes, debemos acudir a las certeras palabras de Ramírez Larrain, para quien “[hay ciertos elementos que no pueden ser considerados como bienes jurídicos penalmente protegidos. Así] Ni la autolesión consciente ni su facilitación o favorecimiento pueden legitimar la amenaza de pena. El Derecho penal tiene como finalidad proteger bienes jurídicos, pero de otros que podrían afectarlos, no frente a uno mismo”. RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto, *Análisis del artículo 367 ter del Código Penal: Visión crítica* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012), p. 19.

106 Beristain nos señala que hay penalistas (sin especificar) para los cuales los bienes jurídicos que se esgrime que serían protegidos por los delitos de drogas carecen de certeza, utilidad y concreción, por lo que consideran que es “el control estatal sobre el “ciclo de la droga”, porque el Estado tiene un control directo y específico en torno al problema del comercio ilegal de las drogas (...)”. BERISTAIN, Antonio, cit. (n. 86), p. 21. Mas, se ve que esta explicación es circular, toda vez que es precisamente porque tales conductas tienen consecuencias jurídico-penales establecidas por el Estado que éste detenta el control de dichas sustancias. Así, la norma creó al bien jurídico y no al revés. Por otro lado, cabe señalar que si fuera éste el interés que se desea tutelar, bien podría haberse optado por la vía administrativa en donde, debido a sus características, principios y mecanismos, habría resultado más óptimo dicho control.

107 Sobre estos bienes jurídicos, ver OSORIO Y NIETO, César Augusto, cit. (n. 101), pp. 161-172 y GONZÁLEZ WITTING, Marcos, cit. (n. 80), pp.36, 39-43.

108 BARRÍA LARRAÍN, Javiera cit. (n. 3), pp. 87-88, y RETTIG, Mauricio, SÁEZ, Ruby; SANTANDER, Cristián, *El tipo penal de microtráfico* (s.l., Universidad de Valparaíso, s.d.).

109 Art. 43. “*El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública*”.

110 Art. 1. “*Los que 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, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales*”.

Art. 54, inc. 3. “*Si las personas señaladas en el inciso anterior no tuvieren, manifiestamente, control sobre sus actos y hubiere riesgo de que pueda afectarse su integridad física o de terceros, los agentes de la policía podrán conducirlos al recinto hospitalario más cercano, para que reciban la atención de salud que según el caso se necesite*”.

111 En este sentido es útil recordar las palabras de Hormazábal, para quien “la determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado. Esta decisión está condicionada por la naturaleza de su propia estructura, su presentación ideológica y su naturaleza democrática. Ello quiere decir que el Estado en la selección de objetos que a su juicio son merecedores de protección no es neutral”. HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, cit. (n. 95), pp. 153-154.

En lo tocante al delito analizado en este trabajo, Politoff, Matus y Ramírez consideran que el bien jurídico protegido también es la salud pública<sup>112</sup>, por lo que resulta necesario definir qué es lo que entendemos por tal interés penal. Uno de los conceptos más empleados o aludidos por la doctrina nacional<sup>113</sup> es el desarrollado por Joshi Jubert, para quien es “la presencia de un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta que sólo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática. Se trata de un concepto abstracto claramente vinculado a uno individual. Atentar a la salud pública significa, desde esta perspectiva, *destruir los presupuestos para que cada uno de los ciudadanos puedan disfrutar del nivel óptimo de salud, así como también destruir los fundamentos de las relaciones interindividuales*”<sup>114</sup>. Somos del parecer que este concepto puede ser sostenido en el país de origen de la autora, empero, no resulta ser exitosamente extrapolable a la realidad chilena, por cuanto no podemos decir que uno y otro sistema constitucional (y, por tanto, de protección de este bien jurídico) sean iguales<sup>115</sup>. Por esto, aludiremos aquí al concepto planteado por Politoff, Matus y Ramírez, según el cual la salud pública es “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas”<sup>116</sup>. Señalan además que el peligro que existe para este bien jurídico en los delitos de drogas se haya en la posibilidad de que exista una difusión incontrolable de los estupefacientes o sustancias sicotrópicas ilícitas, toda vez que, a través de los delitos punidos en la Ley N° 20.000, estos objetos materiales se ponen ilegalmente a disposición de los consumidores finales<sup>117</sup>.

Ahora bien, estos autores señalan que, en la disposición en comento, el riesgo para el bien jurídico es mínimo, por cuanto no se ve con claridad de qué forma, *ex ante*, podría

---

112 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte Especial*, cit. (n. 23), p. 575.

113 Por ejemplo, ver GONZÁLEZ WITTING, Marcos, cit. (n. 80), pp. 42-43.

114 En cursivas en el original, JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), p. 41. Con todo, podemos deslizar una crítica a tal concepto en una línea similar a la planteada a la concepción de delito pluriofensivo señalada por Politoff, Matus y Ramírez. Esto, debido a que pareciera ser contradictorio que se punan conductas con el objeto de que “la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido” cuando, precisamente, las conductas tipificadas en las leyes de drogas son realizadas por personas con una voluntad libre y gozando de salud, quienes de forma autónoma han consumido estupefacientes (ya vimos qué sucedía si la conducta no era libre). De guisa, debemos señalar que en un primer momento, cuando el individuo opta por el consumo de estas sustancias está precisamente haciendo uso de su libertad (que entiende la autora se desprende de la salud individual) para llevar a cabo el plan de vida que ha elegido, así como libremente hay quienes pueden elegir (aludiendo a los ejemplos mencionados *supra*) el consumo de tabaco, de alcohol, etc. Incluso esta crítica puede encontrar cierto asidero en la normativa actual, toda vez que el legislador no ha sancionado de la misma forma las conductas destinadas a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, señaladas en los art. 4 y 8 de la ley, las cuales serán sancionadas como faltas, según el art. 50; pero además, resulta asistemático teniendo en consideración los delitos contra la salud, en los cuales la regla es la atipicidad de las autolesiones. Con respecto a esto último, ver POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte Especial*, cit. (n. 23), pp. 114-115.

115 Se puede arribar a esta conclusión teniendo en cuenta los trabajos de ATRIA, Fernando, *¿Existen los derechos sociales?*, disponible en [www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf](http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf) en contraposición con ciertas afirmaciones de VIVANCO CONTRERAS, Ángela, *Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, disponible en [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100007&script=sci\\_arttext#4](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100007&script=sci_arttext#4)

116 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte Especial*, cit. (n. 23), p. 574.

117 *Ibidem*.

haber difusión incontrolable de “plantas, sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas”. “De allí que no estemos propiamente ante un *favorecimiento culposo del consumo masivo de estupefacientes*, ya que no se alcanza a apreciar cómo su comisión podría de alguna forma poner en riesgo de manera más o menos significativa el bien jurídico protegido<sup>118</sup>, pues falta en ella la destinación a los consumidores finales (o la red de distribución dirigida a los mismos) propia de esta clase de delitos”<sup>119</sup>, a pesar de lo cual el legislador ha agravado estas conductas, toda vez que ahora contempla, además de la multa, una pena privativa de libertad.

Según lo dicho anteriormente, y poniendo de relieve la función teleológica del bien jurídico, podemos ya dilucidar que la efectiva penalización de estas conductas resulta ser discutible, por lo menos desde el punto de vista del principio de lesividad pues, si entendemos que a través de la tipificación y conminación penal se limitarán derechos de los individuos (en este caso, libertad y propiedad), no podemos tolerar que se sancione cualquier acto, sino aquellos que tienden a la protección de los supuestos necesarios para los individuos y la sociedad toda<sup>120-121</sup>. Empero, sobre todo considerando la parcela de delitos que estamos analizando, debemos recordar las palabras de Rivacoba, debido a que las normas de estupefacientes han estado motivadas por el autoritarismo: “Por tanto, es, y resulta en sus realizaciones, refractario a todo espíritu o sentido garantista, o sea, a toda traba o limitación legalista. En lo penal, puede respetar a lo sumo la legalidad formal, pero no le importan el concepto ni las funciones de bien jurídico”<sup>122</sup>.

### 3. Sujeto activo

---

118 Volveremos sobre este tema en el capítulo III debido a que, aun cuando pudiésemos pensar que el delito cumple con el principio de lesividad y de *ultima ratio*, creemos que en el caso concreto puede existir un problema de tipicidad (para algunos) o de antijuridicidad (para otros), toda vez que entendemos que los hechos constitutivos de las conductas tipificadas son insignificantes, por lo cual debemos tener en consideración el principio de insignificancia.

119 En cursivas en el original. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte Especial*, cit. (n. 23), pp. 594-595.

120 RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto, cit. (n. 105), pp. 56-57.

121 En este sentido, parte de la doctrina considera al bien jurídico como un elemento establecido en la Constitución. Al respecto, Matus nos señala que “existen dos variantes básicas: la estricta y la amplia. La primera afirma que la Constitución consagra en sí misma el modelo de criminalización y descriminalización de una determinada sociedad. La segunda, en cambio, considera la Constitución como un modelo de referencia para precisar las funciones protectoras y garantizadoras de los bienes jurídicos, pero que no los agotan en su formulación”. Luego agrega que la Constitución, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos condicionan la limitación de un derecho a través de la configuración de un tipo penal a la efectiva necesidad en pos del “mantenimiento de una sociedad democrática”. MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad*, cit. (n. 94), pp. 12, 21. Por otro lado, Roxin nos indica que el legislador se ha visto restringido de forma previa por los principios contenidos en la Constitución. “Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente (sic) sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia, se puede decir: **los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema**”. Destacado en el original, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general* (traducción -de la 2ª edición- de Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*) (Madrid, Editorial Civitas, 1997), I, pp. 55-56.

122 RIVACOBA, Manuel de, *Las sucesivas*, cit. (n. 5), p. 70.

Desde el punto de vista del sujeto activo, necesitamos determinar si el delito es de sujeto indiferente o de sujeto especial, pudiendo ser propio o impropio. Como se verá, inclinarse por una u otra postura tiene importantes consecuencias no tan sólo en lo relativo a la responsabilidad penal, sino también para determinar la efectiva aplicabilidad del delito.

Analizando de forma aislada la disposición, podríamos arribar a la conclusión de que es de sujeto indiferente, por cuanto “el legislador no ha efectuado exigencias de ninguna índole al respecto”<sup>123</sup>. Empero, ésta no parece ser la calificación correcta. Así, Politoff, Matus y Ramírez han señalado que sólo puede incurrir en este ilícito quien esté autorizado “para efectuar siembras y cosechas de especies vegetales del género *cannabis* u otras productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas”, aun cuando no fundamentan el motivo de este requisito<sup>124</sup>.

Compartimos la exigencia de estos profesores por diversas razones. Para comenzar, se debe tener en cuenta la ubicación del tipo penal, el cual se encuentra en el inc. 2 del art. 10. Así, su lectura está supeditada a la disposición contemplada en el inc. 1, debido a que si el legislador hubiese querido excluir este requisito de la disposición, bien pudo regularla en un artículo independiente, tal como lo hizo en la Ley N° 18.403 (que, como vimos en el capítulo I, no exigía autorización). Por otro lado, debemos interpretar la disposición de forma sistemática, no sólo teniendo en cuenta la Ley N° 20.000 sino, además, el reglamento que la complementa.

Con respecto a la Ley N° 20.000, debemos señalar que los dos artículos precedentes a la disposición en comento dan cuenta de la autorización del SAG con la que debe contar quien siembre, plante, cultive o coseche. Esto se vuelve a señalar en el inc. 1 del art. 10. Además, en el reglamento de la Ley N° 20.000, en su art. 10, inc. 2 se hace mención expresa a la segunda parte de la norma que estamos analizando, por cuanto la abstención de cumplimiento de las obligaciones de cierre y destrucción se refiere a las medidas indicadas por quien solicita una autorización al SAG para la realización de las actividades del art. 8 de la Ley N° 20.000. De este modo, como en la disposición no se hace un distingo entre las hipótesis típicas, debemos entender que la autorización es un requisito para ambos tipos.

Por estas razones, es ineludible señalar que el delito sólo puede ser cometido por quien esté autorizado por el SAG para sembrar, plantar, cultivar o cosechar “especies vegetales del género *cannabis* u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, puesto que la remisión del art. 10, inc. 2 del reglamento de la Ley N° 20.000 es al art. 8 de la Ley N° 20.000, norma que señala sólo estas especies<sup>125</sup>. Por tanto, debemos concluir que este delito es de sujeto especial, pero ahora cabe determinar si esta calificación es sólo para agravar la punibilidad (y, por tanto, existe un tipo paralelo para quien no cuente con esta característica) o, por el contrario, no existe otra hipótesis similar.

Analizando la ley, podemos señalar que no existe otro delito culposo que logre captar el injusto de esta disposición, por tanto, nuestro delito es de sujeto especial propio, no pudiendo ser ejecutado por quien no cuenta con la autorización del SAG.

---

123 TORRES FUENZALIDA, Anthony, *Estupefacientes, drogadicción y delitos contemplados en la Ley N° 18.403* (Concepción, Universidad de Concepción, 1991), p. 67.

124 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte Especial*, cit. (n. 23), p. 594.

125 Sobre esto se volverá en el capítulo II, 6, c)

Dicho esto, cabe decir algunas palabras sobre el número de autorizaciones que el SAG ha entregado, lo cual es del todo relevante para ver cuán posible es, en la práctica, la comisión del pseudo tráfico culposo. Así, debemos analizar las resoluciones que el servicio ha dictado en torno a la solicitud de siembra de cannabis u otras especies que cumplan con las características enunciadas en el tipo penal, pudiendo encontrar diversos actos administrativos que dan cuenta del rechazo de la petición, fundados todos ellos en que “no corresponde otorgar las autorizaciones señaladas (...), entre otras, a las personas naturales que hayan sido condenadas por sentencia ejecutoriada, por alguna de las conductas punibles contempladas en la citada ley N° 20.000”<sup>126</sup>. Así, a 305 personas se les denegó esta autorización sólo el año 2012<sup>127</sup>.

No obstante lo dicho anteriormente, es necesario señalar que hay un caso en que sí se otorgó autorización en conformidad a la Ley N° 20.000, el cual data del año 2011. Nos referimos a la Sociedad de Inversiones Agrícola y Forestal Agrofuturo Limitada, entidad a la que se le habría autorizado sembrar, plantar, cultivar y cosechar especies vegetales del género cannabis<sup>128</sup>. El SAG, con todo, al preguntarle sobre este caso, ha señalado que “A la fecha existe una autorización de fecha 31 de enero de 2011, otorgada por la Dirección Regional SAG Bío-Bío, la que se encuentra en proceso de invalidación y sometida a un proceso judicial, por cuanto dicha autorización se había (sic) concedido para fabricar un fitofármaco, no obstante, consultado el Instituto de Salud Pública, manifestó que no autoriza la fabricación de algún producto que contenga Cannabis o Dronabinol, en consecuencia no se podría fabricar ni comercializa (sic); por consiguiente, la autorización originalmente otorgada por este Servicio carece de fundamento”<sup>129-130</sup>. De guisa, se tiene que la autorización habría sido revocada, debido a que el Instituto de Salud Pública “no

---

126 Idéntico fundamento se esgrime en las resoluciones exentas N° 1272 de 8 de marzo de 2012 (se denegó autorización a una persona); 1537 de 22 de marzo de 2012 (dos personas); 1660 de 28 de marzo de 2012 (una persona); 1720 de 29 de marzo de 2012 (una persona); 1778 y 1779, ambas de fecha 30 de marzo de 2012 (tres y cinco personas respectivamente); 2446 de 30 de abril de 2012 (catorce personas); 2972 de 25 de mayo de 2012 (sesenta y dos personas); 3046 de 28 de mayo de 2012 (una persona); 3068 de 29 de mayo de 2012 (cuarenta personas); 3116 de 30 de mayo de 2012 (cuatro personas); 4081 de 12 de julio de 2012 (una persona); 4181 de 17 de julio de 2012 (cinco personas); 4348 de 26 de julio de 2012 (una persona); 4678 de 9 de agosto de 2012 (cinco personas); 4690 de 10 de agosto de 2012 (setenta y tres personas); 5000 de 27 de agosto de 2012 (una persona); 5413 de 12 de septiembre de 2012 (una persona); 5659 de 27 de septiembre de 2012 (una persona); 5831 y 5832, ambas de fecha 2 de octubre de 2012 (treinta personas en cada resolución); 6129 de 17 de octubre de 2012 (cuatro personas); 7382 y 7391, ambas de fecha 14 de diciembre de 2012 (dos y doce personas respectivamente); y 7436 de 19 de diciembre de 2012 (cinco personas).

127 No hemos podido acceder a otras resoluciones, puesto que el SAG las ha eliminado de la página [http://www2.sag.gob.cl/transparencia/2012/terceros\\_index.html](http://www2.sag.gob.cl/transparencia/2012/terceros_index.html)

128 Noticia disponible en <http://www.lahora.cl/2011/03/31/01/noticias/pais/9-7817-9-sag-autoriza-la-primera-plantacion-de-marihuana.shtml>

129 Esto según lo señalado por el SAG en carta N° 1547/2013, Santiago, 19 de mayo de 2013. Disponible en <http://custodiafirma1305.acepta.com/v01/43148c981f12ee09a4f00ca1820884121a1bf934>. La resolución exenta N° 147 de 31 de enero de 2011 da cuenta de la autorización. Además, el Servicio ha señalado que, durante la vigencia de la Ley N° 19.366, sólo se otorgó una autorización para el cultivo de cannabis (de la cual no tenemos más datos). Todo esto disponible en <http://static.lahora.cl/20110401/1222207.pdf>

130 Debemos señalar que en nuestro país la importación, producción, extracción, fraccionamiento, preparación u otras actividades relativas a la manipulación de estupefacientes deben estar autorizadas además por el Instituto de Salud Pública, según señalan el reglamento de estupefacientes N° 404 y el reglamento de sicotrópicos N° 405. A esto hace alusión REBOLLEDO LATORRE, Lorena, *Delito de elaboración ilegal de drogas*, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 45 (2010), pp. 185-186.

daría registro sanitario a cualquier medicamento en base a dicha planta [cannabis]”<sup>131</sup>. En la actualidad, sin embargo, esta revocación fue dejada sin efecto por sentencia de la Corte Suprema de 6 de octubre de 2011<sup>132</sup>, por lo que la autorización concedida a Agrofuturo sería válida, aun cuando el SAG está en proceso de invalidarla.

Dicho todo esto, se tiene que la única persona que cuenta con autorización para sembrar, plantar, cultivar o cosechar especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas es Agrofuturo, persona jurídica que, por no encontrarse en los supuestos señalados por la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, no puede ser sujeto activo del hecho punible. De este modo, tenemos que el tipo penal analizado, según las diversas normas de nuestro Ordenamiento jurídico, no podría ser aplicado en la actualidad<sup>133</sup>.

Por lo demás, debemos traer a colación las palabras de Brito Castro, para quien la “especial calidad del sujeto activo demuestra el completo absurdo que significa castigar un comportamiento que en su fuente y origen está autorizado. Claramente su punición representa una invasión del derecho penal en el derecho administrativo, desnaturalizándose el primero al perder su característica de *extrema ratio*”<sup>134</sup>.

Una materia puede ser regulada tanto por la legislación penal como por la administrativa, empero, es necesario dilucidar si éstas apuntan a objetivos diversos o, por el contrario, buscan una misma finalidad, pudiendo distinguirse una u otra regulación debido a la modalidad del ataque a un cierto interés<sup>135</sup>. En el delito en comento, con todo, pareciera no ser posible esta escisión, toda vez que la norma penal necesita de la regulación administrativa a tal punto que se torna ilegible e inoperante sin ella.

Así, cabe preguntarse si la vía penal ha sido el camino idóneo para el tratamiento del ilícito estudiado, para lo cual resultan ilustrativas las palabras de Maurach, quien nos señalaba que el “Cometido del ordenamiento jurídico es adoptar las medidas necesarias para una convivencia ordenada en la sociedad sometida al Estado. El derecho penal sirve también a este objetivo; se lo propone por aplicación de los recursos coactivos a él confiados – y, en verdad, exclusivamente a él. Pero el derecho penal no representa la única

---

131 Noticia dada a conocer por el diario La Hora en los días 31 de marzo de 2011 y 1 de abril del mismo año. Disponible en <http://www.lahora.cl/2011/03/31/01/noticias/pais/9-7842-9-sag-revoca-autorizacion-de-plantacion-de-marihuana.shtml> y <http://www.lahora.cl/2011/03/31/01/noticias/pais/9-7864-9-vuelco-ahora-niegan-permiso-a-productor-de-cannabis-medicinal.shtml>, respectivamente.

132 Ante la revocación realizada por el SAG, la sociedad recurrió de protección, por cuanto, según la Ley N° 19.880 de bases generales del procedimiento administrativo, en el caso sub lite habría sido más adecuada la invalidación de la autorización que la revocación, conllevando la primera la citación a una audiencia previa. De este modo, Agrofuturo alegó que se conculcó la igualdad ante la ley, argumento que fue recogido por la Corte. El texto íntegro de la sentencia está disponible en [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MohkObylgIJJ:oahumada.ublog.cl/archivos/10023/cs\\_proteccion\\_cultivo\\_cannabis.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=cl](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MohkObylgIJJ:oahumada.ublog.cl/archivos/10023/cs_proteccion_cultivo_cannabis.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=cl)

133 En otros países el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha tenido mayor desarrollo legislativo y doctrinal. En España, cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los art. 31.1 y 65.3, CP*, en MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directores), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995* (Buenos Aires, Euros Editores, 2006), pp. 49-113.

134 BRITO CASTRO, Paula, cit. (n. 101), p. 98.

135 GÓMEZ PAVÓN, Pilar, cit. (n. 82), p. 88.



rama del derecho dotada de recursos coactivos; carácter coactivo y medios de coacción figuran en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico (...)

El ordenamiento jurídico dispone de los más diversos recursos para procurarse autoridad y garantizar su prevalencia. Pero *desde el punto de vista de política jurídica*, la selección y acumulación de estas medidas se encuentran sometidas al postulado de que no está justificado aplicar un recurso más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más suave: tan reprochable y absurdo es aplicar penas criminales a la infracción de obligaciones privadas contractuales, como querer impedir un asesinato amenazando al autor con la simple imposición de las costas del entierro o con la privación de la legítima que le correspondería sobre la víctima. *Jusre est civiliter utendum*: en la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la *ultima ratio legis*, encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público. La naturaleza secundaria del derecho penal no es más que una *exigencia ética dirigida al legislador*<sup>136</sup>.

#### 4. *Sujeto pasivo*

Decíamos que Torres Fuenzalida señala que “El legislador no ha efectuado exigencias de ninguna índole al respecto”<sup>137</sup>. Empero, debido a que el bien jurídico es la salud pública, entendido en el sentido de Politoff, Matus y Ramírez, tenemos que señalar que el sujeto pasivo será aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas<sup>138</sup>. En este sentido, el sujeto pasivo no está del todo delimitado<sup>139</sup>.

#### 5. *Conductas*

Como señalábamos al inicio de este capítulo, nuestro tipo penal es un tipo mixto o con pluralidad de hipótesis, “en que mediante la consignación de una misma pena se da una unidad externa a varios supuestos cuya conexión se expresa gramaticalmente por la conjunción *o*”<sup>140</sup>. De este modo, debemos analizar cada uno de los verbos rectores, a fin de determinar los núcleos de los tipos penales. En seguida, se pasará revista a cada uno de los requisitos que permiten configurar los ilícitos.

##### a) *Abandonar*

Señalan Politoff, Matus y Ramírez que “la ley, en cierto casos, no prohíbe sino *exige un hacer*, imponiendo una pena para el caso de desobediencia. En tal caso, nos hallamos frente a un *delito de omisión*. El delito consiste en no obedecer a una norma *imperativa*, en abstenerse de realizar la acción *esperada*”<sup>141</sup>. De guisa, en la primera hipótesis de la disposición nos encontraríamos frente a un delito de omisión, debiendo especificar además

136 En cursivas en el original, MAURACH, Reinhart, cit. (n. 27), pp. 30-31.

137 TORRES FUENZALIDA, Anthony, cit. (n. 123), p. 67.

138 Al respecto, Cornejo nos señala que la droga es un problema horizontal que no sólo afecta a la salud pública, toda vez que ataca las bases mismas de la sociedad, pues trae aparejada diversas consecuencias negativas, a saber, aumento de la violencia y la perversidad en ciertos delitos. CORNEJO, Abel, *Los delitos*, cit. (n. 80), p. 38.

139 BARRÍA LARRAÍN, Javiera, cit. (n. 3), p. 92.

140 En cursivas en el original, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 189.

141 En cursivas en el original, *ibidem*, p. 173.

que se trata de un delito de omisión propia, un verdadero delito de omisión o un delito de omisión en sentido propio<sup>142</sup>. A esta conclusión arribamos, por cuanto el tipo penal prevé expresamente una conducta omisiva, no exigiendo un resultado específico. “[S]e trata, pues, de una infracción formal, de mera desobediencia, sin repercusión alguna en cursos causales empíricos”<sup>143</sup>.

En este caso, la ley exige que el sujeto activo haya tenido la capacidad de actuar, el cual es un requisito implícito del tipo penal<sup>144</sup>, esto debido a que no existe omisión en sí, sino que siempre está relacionada con una acción determinada<sup>145</sup>. En este caso, la acción que se exigiría, *a contrario sensu*, sería la correcta manipulación de las especies vegetales señaladas en el tipo, con el objeto de evitar su difusión incontrolada.

Dicho esto, resulta determinante definir el término abandonar, para lo cual debemos centrar nuestra mirada en el lenguaje común, es decir, “el conjunto de símbolos lingüísticos utilizados para transmitir informaciones e influir en los comportamientos humanos de la vida diaria en el ámbito de una sociedad dada”<sup>146</sup>, por cuanto es el fundamento del lenguaje legal<sup>147</sup>. Para nosotros, abandonar significa apartarse de algo o alguien con el objeto de dejarlo desamparado. Este sería el sentido natural y obvio en nuestra opinión, siguiendo las normas de interpretación del Código Civil.

Con todo, la mayoría de la jurisprudencia se inclina por pensar que la forma de dilucidar el sentido natural y obvio es acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española<sup>148</sup>, el cual nos indica que abandonar significa “dejar, desamparar a alguien o algo” (primera acepción); “dejar un lugar, apartarse de él” (tercera acepción); y “descuidar los intereses o las obligaciones” (octava acepción)<sup>149</sup>.

Ahora, para corroborar que ésta es la definición correcta, es menester mirar a la legislación penal en su conjunto, pues existen otros delitos que tienen como verbo rector el término abandonar. Así, para lograr una interpretación sistemática adecuada, resulta necesario analizar lo que la doctrina ha señalado al respecto.

---

142 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema* (2ª edición, Buenos Aires, B de F, 2003), p. 393.

143 *Ibidem*, p. 395.

144 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 197.

145 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal* (Madrid, Editorial Trotta, 1999), II, p. 200.

146 OSSANDÓN, María Magdalena, cit. (n. 49), pp. 53-54.

147 Ossandón señala esto por diversas razones: (i) porque debe existir entre ambas clases de lenguaje una armonía conceptual, debiendo ser concordantes los significados que ambos lenguajes le otorgan a un término; (ii) porque si entendemos que las normas tienen por objeto guiar las conductas de los individuos, deberá emplearse un lenguaje que se accesible e inteligible; (iii) por último, la utilización de esta clase de lenguaje coadyuva al logro de certeza y seguridad jurídica, por cuanto les será más fácilmente comprensible a los individuos el empleo de términos que ellos mismos emplean. *Ibidem*, pp. 56-59.

148 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 111. Nosotros no compartimos esta práctica jurisprudencial, por cuanto el uso corriente de un término es el significado que la gente popularmente le otorga a una expresión, como nos señala Garrido Montt. Este autor, además, nos advierte que “la experiencia señala que buena parte de los vocablos que se emplean en el idioma diario en nuestro país no tienen el alcance que les confiere la referida Academia”. GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), I, p. 98.

149 Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=abandonar>.

Con ocasión del estudio del delito de abandono de niños y personas desvalidas, Labatut y Zenteno hacen una clasificación del abandono, aun cuando lo limitan al abandono de personas<sup>150</sup>. De este tratamiento se pueden sacar diversas conclusiones de importancia para nuestro delito. En primer lugar, los autores definen el abandono de niños como “la interrupción o cesación de los cuidados y vigilancia que éstos requieren; o a su entrega a personas irresponsables o ajenas a control”. Así, “el abandono responde al propósito del hechor de sustraerse a la atención y cuidado de las personas que, a cualquier título, se encuentran bajo su vigilancia o dependencia. Constituye, por lo mismo, un delito de peligro, en el cual las circunstancias dañosas que a veces resultan para el abandono constituyen eventos preterintencionales”<sup>151</sup>.

De guisa, abandonar conlleva una sustracción (o, más bien, cesación) de la atención y del cuidado de un objeto, en nuestro caso, de las plantas, sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas que el autorizado tenga en su poder.

Además, señalan los autores que el abandono puede ser llevado a cabo a través de dos modalidades. Por un lado, se puede mover el objeto a un lugar distinto del ambiente de protección en que se encontraba, por lo cual se traslada la cosa y luego se abandona. Por otro lado, el sujeto activo puede alejarse del ambiente de protección, dejando la cosa abandonada en el mismo lugar. En todo caso, indican, es necesario que exista un peligro en el abandono, puesto que, tratándose del delito de abandono de niños y personas desvalidas, “es preciso advertir que ‘el riesgo ha de medirse con el criterio de lo que puede normalmente ocurrir. Para excluir el delito, es preciso que el sujeto que realiza el abandono pueda tener una esperanza justificada de que el auxilio ocurrirá, pero no basta la simple posibilidad de que ocurra’”<sup>152</sup>.

Lo mismo debiese exigirse al tipo penal en comento. Así, quien realiza el abandono de las plantas y otros elementos mencionados por el legislador debiese producir, con su actuar, un riesgo (en nuestro caso, para la salud pública). Este, a su vez, debe poder concretarse en la generalidad de los casos<sup>153</sup>.

Así, resulta interesante relacionar lo ya dicho con el reglamento de la Ley N° 20.000, toda vez que se puede concluir que difícilmente podrá existir un peligro en una situación concreta. Esto, pues, cualquiera que esté autorizado para cultivar y cosechar debe tener debidamente delimitado el terreno a emplear para tales fines. Además, como ya señalábamos *supra*, en todo momento el cultivo debe estar cerrado según las indicaciones que señaló el autorizado en su solicitud y que fueron aprobadas por el SAG<sup>154</sup>.

---

150 Estos autores señalan que el abandono de personas puede ser físico o material, económico o moral. LABATUT GLENA, Gustavo; ZENTENO VARGAS, Julio, *Derecho penal*, (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005) II, pp. 131-133. En lo que respecta a nuestro delito, vinculando el concepto empleado con los objetos que son abandonados, debemos decir que sólo es posible un abandono físico,

151 *Ibidem*, p. 131.

152 *Ibidem*, p. 132.

153 Empero, hay que recordar que nuestro delito es de peligro abstracto por lo que el legislador, atendiendo a que en la generalidad de los casos se produce un peligro para el interés jurídicamente protegido, ha señalado que existe un peligro *ex ante e ipso iure*.

154 En el caso de Agrofuturo, por ejemplo, fueron de tanto detalle las indicaciones del Servicio, que en la resolución se exige: “(i) El predio donde se realizarán las actividades autorizadas deberá estar íntegramente cerrado, con un cerco de 1,8 metros de altura y 7 hebras de alambre de púas, cubriendo una superficie de 3.990 metros cuadrados; (ii) Al interior del recinto antes indicado y distanciado por 5 metros desde su borde,

Así, tratándose del abandono realizado en el mismo lugar donde se encuentran los cultivos vemos que, en realidad, no existe un peligro para el bien jurídico, por cuanto las exigencias del SAG para otorgar la autorización (con respecto a los mecanismos de cierre y delimitación del terreno, además del rastreo de las semillas) son incompatibles con el riesgo de propagación incontrolada. Pero, además, es necesario recordar que este tipo penal exige que el abandono se lleve a cabo en lugares de fácil acceso al público, lo cual no se condice con las exigencias de la autorización.

De guisa, sólo podría caber la modalidad relativa al traslado y posterior abandono de las plantas y sus similares, por cuanto sería la única que permitiría su propagación incontrolada. Con todo, hay que recordar que, con respecto a nuestra única posibilidad de sujeto activo, el SAG ha exigido “registros actualizados de internación, ingreso a bodega y salidas a predio, que permitan una permanente y completa rastreabilidad física y documental del material. El traslado de la semilla, desde bodega al lugar de siembra autorizado, deberá ser previamente comunicado, por escrito (...)” a este Servicio. Así, sólo si se infringen estas medidas podríamos hablar de abandono punido por el tipo penal.

b) No cumplir con las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción

Al igual que en la situación anterior, nos encontramos frente a un delito de omisión propia puesto que, en este caso, la infracción del deber de actuar descrito en la ley es el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias<sup>155</sup>. Así, nos remitimos a lo ya dicho sobre esta clase de delitos.

Por lo demás, cabe indicar que “es interesante anotar que sólo por excepción están previstos delitos *culposos* de *omisión propia* (...). Para tal hipótesis vale lo que escribía BINDING, con elegancia y ligera ironía a propósito de los delitos de omisión culposos: ‘aunque en el mundo de los delitos es el más pequeño de los pequeños, merece aquí el mayor honor’”<sup>156</sup>. De este modo, en el inc. 2 del art. 10 podemos encontrar dos “pequeños delitos” de los aludidos por Politoff, Matus y Ramírez.

---

deberá instalarse un segundo cerco, de 2 metros de altura, de malla acma, cubriendo una superficie de 2.660 metros cuadrados; (iii) Dentro de este último recinto, se dejará una banda de seguridad de 4 metros, desde la cual se construirán las instalaciones; (iv) No obstante lo anterior, y en todo caso, el interesado deberá velar por la existencia, en todo tiempo, de algún sistema que impida el acceso al lugar de cualquier persona que no esté directamente encargada del cultivo; (v) La semilla destinada al cultivo solicitado deberá conservarse en depósito o bodega de bioseguridad, y el interesado deberá mantener registros actualizados de internación, ingreso a bodega y salidas a predio, que permitan una permanente y completa rastreabilidad física y documental del material. El traslado de la semilla, desde bodega al lugar de siembra autorizado, deberá ser previamente comunicado, por escrito, a la Oficina SAG Los Ángeles”. Resolución exenta N° 147, de 31 de enero de 2011, del SAG. Disponible en <http://static.lahora.cl/20110401/1222207.pdf>

<sup>155</sup> Señalan Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée que “luego, en los delitos omisivos, el desvalor situacional típico tiene su fundamento no en la creación del riesgo para el bien jurídico, sino en la infracción del mandato de actuar con el objeto de neutralizar o disminuir un riesgo que sobreviene o ya existía. (...) En todo caso, el problema de la identificación del comportamiento como activo u omisivo presenta mayores complejidades en los delitos imprudentes, pues constituye un elemento esencial de la imprudencia la omisión del cuidado debido exigido que puede confluir con la omisión de la acción mandada”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, cit. (n. 145), p. 202.

<sup>156</sup> En cursivas en el original, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 197.

Como señalábamos *supra*, en el reglamento de la Ley N° 20.000 existen ciertas disposiciones que hacen alusión a la forma de proceder al cierre y destrucción de las especies vegetales.

Es el propio autorizado quien determina el cierre a utilizar, así como la forma de destrucción de los rastrojos, una vez concluida la cosecha. No obstante esto, el reglamento señala que, para proceder a la destrucción de las plantas, rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, deberá estar presente un funcionario del SAG y un funcionario de la Policía de Investigaciones o de Carabineros de la unidad más cercana al predio en que se haya llevado a cabo el cultivo. Además, debe levantarse un acta de la destrucción, la cual debe ser suscrita tanto por el autorizado, como por los funcionarios presentes, debiendo remitirse copia al SAG.

Así planteado, se tiene que el tipo penal se refiere a un incumplimiento reglamentario, “sancionando como delitos conductas que, por sí mismas, sólo tendrían el carácter de infracciones administrativas”<sup>157</sup>. De guisa se hace palmaria, una vez más, la confusión entre Derecho penal y Derecho administrativo.

Por otro lado, Brito Castro nos señala que “la segunda hipótesis [del art. 10, inc. 2] es una forma de ley penal en blanco abiertamente inconstitucional, por cuanto la materia prohibida consiste simplemente en no cumplir con las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción de las especies. En todo caso, debe entenderse que las obligaciones a no cumplir deben ser copulativamente las relativas al cierre y destrucción (ambas contempladas, respectivamente, en los artículos 13 y 14 del reglamento). Debido a que la ley no podría referirse de manera general a las obligaciones contenidas en el reglamento sobre cierre y destrucción, entendiéndolo como un acto administrativo específico. Lo que aparece confirmado en la práctica al no existir un reglamento único relativo a esas materias (...)”<sup>158</sup>.

Debemos hacernos cargo de estas afirmaciones, puesto que son del todo relevantes para el tipo penal. Así, para comenzar, es necesario determinar las clases de obligaciones que el sujeto activo debe incumplir. Aquí debemos estar de acuerdo con Brito Castro, en el sentido que el tipo exige un incumplimiento copulativo de las obligaciones de cierre y, además, de las de destrucción de las especies vegetales. Esto, siguiendo una interpretación literal de la norma, por cuanto la utilización de la conjunción copulativa “y” entre esas dos clases de obligaciones hace inexorable esta exigencia<sup>159</sup>.

Sin embargo, resulta más interesante la primera observación que hace la autora, en orden a que esta hipótesis correspondería a una ley penal en blanco propiamente tal, según la tradicional clasificación de la que nos da cuenta Cury<sup>160</sup>. Ello puesto que la norma penal,

---

157 PASTÉN RAMOS, Francisco, cit. (n. 33), p. 43.

158 BRITO CASTRO, Paula, cit. (n. 101), p. 98.

159 Con todo, nos parece inadecuada esta exigencia del legislador, no tan sólo porque viene a mermar aún más el ámbito de aplicación del tipo (recordemos que sólo pueden cometer el delito quienes estén autorizados por el SAG existiendo, en la práctica, sólo un caso -actualmente en revisión-), sino porque no se condice con los esfuerzos normativos del legislador en orden a proteger la salud pública. Así, esta exigencia viene a mostrar, una vez más, la poca prolijidad de la ley en comento.

160 Utilizando como base las palabras del autor, podemos definir a la ley penal en blanco propia como toda aquella ley penal que remite el complemento de su precepto a una instancia legislativa de menor jerarquía, en este caso, a una disposición reglamentaria. CURY, Enrique, *La ley penal en blanco* (Bogotá, Editorial Temis,

para determinar las obligaciones a las cuales el sujeto activo no ha dado cumplimiento, acude al reglamento de la Ley N° 20.000.

Ahora, con respecto a las leyes penales en blanco propiamente tal la doctrina ha señalado ciertos aspectos positivos, entre los cuales se encuentra la facilidad de adaptar la norma a la variabilidad de afectaciones al bien jurídico<sup>161</sup>. Empero, ello no quita que pueda existir un problema de fondo por cuanto, como se acude a normativa administrativa (y, por tanto, de menor jerarquía que la ley) para colmar el tipo penal, es necesario analizar su compatibilidad con el principio de legalidad, en particular, con el principio de reserva de ley<sup>162</sup>.

Al respecto, Politoff, Matus y Ramírez señalan que el Tribunal Constitucional ha indicado ciertos requisitos para entender que una norma se ajusta a la Carta Política. En este sentido, en sentencia de 14 de junio de 2012, en la que se conoció un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 492, inc. 1 CP, se afirmó que “para que este tipo de normas [leyes penales en blanco propiamente tales] se puedan entender ajustadas a la Carta Fundamental deben concurrir los siguientes presupuestos:

- (i) La ley debe describir el núcleo esencial de la conducta, análisis que se realiza caso a caso al examinar la constitucionalidad de normas;
- (ii) La norma reglamentaria debe referirse sólo a aspectos accidentales del tipo, de forma tal que la ley describa los de su esencia;
- (iii) La remisión de la ley en blanco a la norma de complemento debe ser expresada e individualizada, y
- (iv) El reglamento de complemento debe emanar del Presidente de la República y tener similar publicidad que la ley”<sup>163</sup>.

Como se puede dilucidar, el problema ahora pasa por determinar si el tipo penal cumple con los cuatro requisitos exigidos por el Tribunal puesto que, en el caso contrario, debiésemos considerarlo inconstitucional por infringir el art. 19 N° 3, inc. 9 de la Constitución.

Para el análisis de este tema, creemos que es necesario leer las primeras dos exigencias planteadas por el Tribunal como un todo, ya que representan dos perspectivas de un mismo fenómeno. Así, si estamos hablando de una ley penal<sup>164</sup> que debe cumplir con exigencias constitucionales (en orden a que la conducta sancionada esté expresamente descrita en la ley), resulta forzoso concluir que la remisión que se hace a una norma infra legal será sólo

---

1988), pp. 26-29, 39-42.

161 Por todos, CURY, Enrique, *La ley*, cit. (n. 160), p. 51; y POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 97.

162 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 97.

163 Este Tribunal ha indicado que son constitucionalmente admisibles las leyes penales en blanco impropias, así como las leyes penales en blanco propias y las abiertas, siempre que cumplan con el primer requisito (“descripción del núcleo esencial de la conducta que se sanciona”). A esta conclusión arriba a la luz del art. 19 N° 3, inc. 9 de la Constitución, por cuanto este texto señala que “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. Cfr. Sentencia de la segunda sala del Tribunal Constitucional, rol 2154-11, de fecha de ingreso 27 de diciembre de 2011, que conoce de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de José Luis Paredes Villa respecto del art. 492, inc. 1 CP, pp. 3-4, 21-24. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2154-11>.

164 Que, por tanto, inexorablemente debiese contener una conducta y una conminación.

para realizar una labor de complementación (lo cual no debiese afectar más que a los aspectos circunstanciales)<sup>165</sup>.

De este modo, es necesario determinar si el tipo penal, en su forma actual, cumple con describir el núcleo esencial de la conducta. Al respecto, resulta difícil señalar que la frase “no cumplir con las obligaciones” pueda ser totalmente clara, en el sentido que se baste a sí misma (por lo menos en lo principal). Así, debiésemos entender que aquí estamos, en realidad, frente a una remisión total, por cuanto “el legislador no concreta en absoluto el tipo, sino que remite para la concreción de todos y cada uno de sus extremos a otra instancia”<sup>166</sup>.

En este sentido, la remisión que se hace es explícita<sup>167</sup> y en bloque, entendiendo por tal “aquella en que la *infracción* de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico, la contravención de dichas normas es el hecho sobre el que recae el desvalor penal y sin ella no existe delito. En otras palabras, se sanciona la desobediencia administrativa”<sup>168</sup>.

Por lo anterior, resulta forzoso arribar a la conclusión que la hipótesis penal no cumple con las exigencias del Tribunal<sup>169</sup> para calificarla como una ley penal en blanco

---

165 A mayor abundamiento, Ossandón nos señala que la necesidad de complementar la norma penal es predicable a la totalidad de artículos contenidos en una ley, en el sentido que siempre deben ser integrados por normas que contengan definiciones, interpretaciones, disposiciones de carácter general, etc. Con todo, es clara en indicar que, en la mayoría de los casos, la remisión es para completar el supuesto de hecho. OSSANDÓN, María Magdalena, cit. (n. 49), pp. 169, 173.

166 *Ibidem*, p. 176.

167 Puesto que indica de forma clara y manifiesta que la conducta típica se concretará en otra norma jurídica, en este caso en el reglamento de la Ley N° 20.000. Además, como la ley señala la norma administrativa a la cual acudir, la remisión expresa es nominada. *Ibidem*, p. 178.

168 Es importante señalar que la doctrina discute, no en pocos casos, si una norma penal es efectivamente una ley penal en blanco o se encuentra frente a un elemento normativo del tipo. Para dilucidar esto, utiliza diversos criterios, dentro de los cuales está el carácter explícito de la remisión (si es explícito, sería ley penal en blanco); el rango de la norma a la cual se hace la remisión (si es de rango inferior a la ley penal, estaríamos frente a una ley penal en blanco); la naturaleza de la norma remitida (sería ley penal en blanco si es prescriptiva); la extensión de la remisión (si es una remisión total es una ley penal en blanco); el grado de determinación de la norma de remisión (si hay gran indeterminación estaríamos frente a una ley penal en blanco); la autoridad que debe integrar la norma penal (es ley penal en blanco cuando la remisión la hace el Poder Ejecutivo); la función de la norma remitida (si la norma no tiene formulada una descripción completa del injusto típico sería ley penal en blanco); y, por último, el criterio material. Según este último criterio, hay que analizar las características materiales de la ley, por lo que hay que determinar, como primera cosa, si la ley penal en blanco es necesaria para la regulación de algunas materias, como son los bienes jurídicos supraindividuales (en nuestro delito, la salud pública) o los casos en los que el bien jurídico puede resultar afectado desde distintas direcciones, las cuales son imposibles de prever al tiempo de la tipificación (donde también encontramos a la salud pública). De este modo, según cada uno de estos criterios, nos encontraríamos frente a una ley penal en blanco en esta segunda parte del art. 10, inc. 2. *Ibidem*, pp. 179, 190-199.

169 Esto con respecto a los primeros dos requisitos, toda vez que, si analizamos los restantes requisitos la conclusión a la que podemos arribar es otra. Cabe señalar, en primer lugar, que el tipo señala de forma expresa la remisión al “reglamento sobre cierro y destrucción” de plantas, sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas. Hemos dicho antes que no existe un reglamento abocado específicamente a estas obligaciones, con todo, el reglamento de la Ley N° 20.000, en su art. 63, señala expresamente que “*Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales (...); los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 9º, y las normas relativas al control y fiscalizaciones de dichas plantaciones*”. Así, si bien podría existir problemas con la individualización del reglamento (por cuanto la Ley N° 20.000 alude a varios), creemos que el artículo transcrito es capaz de señalar los elementos suficientes para su acertada remisión por lo que, en nuestra

propriadamente tal<sup>170</sup> ajustada a nuestra Constitución<sup>171</sup>. Así, su aplicación en el caso concreto podría resultar ilusoria si se tiene en cuenta la fuerza normativa de la Constitución y el control difuso de constitucionalidad del cual nuestro tipo penal puede ser objeto<sup>172</sup>.

Con todo, ante este panorama de incerteza para el particular toman fuerza las palabras de Cury, quien se preguntaba “¿Qué saca el ciudadano con saber que una ley preexistente le prohíbe hacer ciertas cosas, si no le dice con claridad y precisión cuáles son ellas? Y en tales circunstancias, ¿qué gana con que también hayan concurrido a crear esa norma aquellos que representan su opinión en el Parlamento? La respuesta a estas preguntas es obvia”<sup>173</sup>.

## 6. Elementos del tipo

### a) Imprudencia o negligencia culpable

En lo relativo a este elemento, nos remitimos a lo dicho en el capítulo II, 1. a)

opinión, sí se cumpliría esta exigencia. Para finalizar, con respecto al cuarto presupuesto planteado por el Tribunal Constitucional, relativo a que el reglamento emane del Presidente de la República y que tenga similar publicidad a la ley, debemos decir que la norma reglamentaria fue dictada por el Presidente de la República y los ministros respectivos y fue promulgada y publicada siguiendo los mismos procedimientos que los de la Ley N° 20.000.

170 Incluso se puede afirmar que no existe, en realidad, una norma, aun cuando esta ausencia de contenido está revestida de apariencia jurídica.

171 Por otro lado, debemos decir que el Tribunal Constitucional no comparte este criterio, toda vez que ha indicado que “la descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida –como lo ha declarado esta Magistratura (sentencia Rol n° 24, de 4 de diciembre de 1984)- cuando ‘la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales’. El carácter expreso –claro, patente, especificado- que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales (STC 549/2007)”. Esto en la sentencia de la segunda sala del Tribunal Constitucional, rol 2154-11, de fecha de ingreso 27 de diciembre de 2011, que conoce de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de José Luis Paredes Villa respecto del art. 492, inc. 1 CP, pp. 3-4, 21-24. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2154-11>.

172 Entendiendo por tal, a grandes rasgos, “la idea de la Constitución como fuente de derecho directamente aplicable” para todos los órganos del Estado, por cuanto el art. 6 inc. 2 del Código Político prescribe que “*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [es decir, los órganos del Estado] como a toda persona, institución o grupo*”. Ahora, si bien la afirmación del control difuso de constitucionalidad (entendido como el contraste de la norma legal con el texto constitucional hecho por diversos órganos) no resulta del todo pacífica (por cuanto, por la presunción de constitucionalidad de las leyes, no es posible excluir *a priori* a una norma jurídica del sistema normativo) si es que el intérprete (en este caso, el juez) aun intentando una lectura conciliable con el Código Político no logra un resultado positivo, se podrá declarar la norma como inconstitucional. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del Derecho*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 32 (Valparaíso, 2009) 1, pp. 444-447. Por otro lado, la postura contraria sería sostener un control concentrado de constitucional, en el cual el Tribunal Constitucional es el único órgano que debe abocarse a tal labor. Aquí, para hacer presente la inconstitucionalidad de la norma, por lo menos para el caso concreto, debiese interponerse un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal, según señalan los art. 93 y ss. de la Constitución. Esto, como sabemos, no expulsa la norma del sistema jurídico, pero el juez deberá dejar de aplicarla al caso concreto, habida consideración de los supuestos de hecho y de Derecho de la situación.

173 CURY, Enrique, *La ley*, cit. (n. 160), p. 39.



## b) Lugares de fácil acceso al público

Para comenzar, debemos señalar que este elemento descriptivo del tipo es sólo exigido por el legislador para la primera hipótesis penal, relativa al abandono de ciertas sustancias vegetales. De este modo, es necesario analizar el escenario o, más bien, la realidad de la experiencia sensible que rodeará a este abandono.

De más está decir que el legislador no lo ha definido, empero, nos ha entregado un elemento interpretativo importante en el art. 50 de la ley, por cuanto alude a “*lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música (...)*”, distinguiendo a éstos de los “*establecimientos educacionales o de capacitación*”<sup>174</sup>.

Dejando de lado las críticas que puedan realizárseles a este elemento<sup>175</sup>, hay que determinar el alcance de esta expresión. Para Pastén Ramos este elemento “será una cuestión de hecho que habrá que acreditar en cada caso”<sup>176</sup>. Si bien esto es correcto, no resulta satisfactorio para quien se ve compelido penalmente.

A nuestro entender, lugares de fácil acceso al público alude a un espacio físico al cual la gente puede ingresar y salir sin mayores obstáculos, es decir, donde no existe mayor resistencia para el tránsito, sea esta resistencia humana o natural (puesto que el tipo no distingue de qué forma se considera que el acceso es fácil para el público). Así, creemos que lugares de fácil acceso al público y lugares públicos apuntan a realidades diversas<sup>177</sup>, siendo un término más amplio el primero y existiendo una relación género-especie<sup>178</sup>.

Arribamos a esta conclusión toda vez que, para calificar a un recinto como público, lo que interesa es que el dominio sea compartido por todos, que el lugar sea de un grupo indeterminado y no de alguien en particular. En cambio, cuando utilizamos la voz de fácil

---

174 Cabe señalar que el distingo que hace el legislador entre lugares abiertos al público y establecimientos educacionales o de capacitación no es del todo feliz. Así, en el art. 12 de la ley se alude a “*establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile o música, recinto deportivo, establecimiento educacional de cualquier nivel, u otros abiertos al público*”, calificando a los establecimiento educacionales como lugares abiertos al público para posteriormente, en el art. 50, distinguirlos de forma expresa sin ninguna consecuencia práctica.

175 Al respecto, Brito Castro nos dice que esta hipótesis “contiene una cláusula abierta (...) que contraviene el principio de ley estricta consagrado en el último (sic) inciso del artículo 19 N° 3 de la Constitución”. BRITO CASTRO, Paula, cit. (n. 101), p. 97.

176 PASTÉN RAMOS, Francisco, cit. (n. 33), p. 43.

177 A esta conclusión podemos arribar interpretando sistemáticamente la ley, por cuanto en esta normativa no se ha vuelta a emplear la expresión lugares de fácil acceso al público en otro artículo. Difícil resulta sostener, como se ha hecho en otros delitos, que el legislador ha empleado frases diversas para evitar repetir los términos, puesto que los artículos donde están contenidas tales expresiones no son correlativos y siquiera cercanos. Así, *a contrario sensu*, no queda más que señalar que el legislador ha querido aludir a cosas diversas.

178 Un argumento para sostener esta postura se puede extraer de la evolución legislativa, contraponiendo la regulación que hacía la Ley N° 18.403 del delito en análisis, con las Leyes N° 19.366 y 20.000. Esto, por cuanto la primera norma distinguía expresamente entre “*lugares al público o de fácil acceso*”, por lo que era manifiesto que se aludía a realidades diversas. Empero, en las posteriores leyes relativas a estupefacientes no se hacía tal distingo, optando el legislador por aludir simplemente a “*lugares de fácil acceso al público*”. A nuestro parecer, tal opción legislativa se habría fundamentado no en la evitación de redundancias, sino que en la política criminal que inspira tales normativas. De este modo, se habría optado por el concepto que pudiese abarcar de mejor manera la pluralidad de escenarios en que el bien jurídico se ve afectado.

acceso, podemos incorporar espacios particulares o privados que, aun cuando el dominio sea de uno o unos pocos, el ingreso o salida por parte de terceros no ofrece mayores inconvenientes, permitiendo que un gran número de personas (público) puedan ingresar (fácil acceso).

c) Plantas, rastros, florescencias, semillas u otras partes activas

Con respecto a este objeto material debemos señalar que, a primera vista, pareciera ser sólo exigible para el primer tipo penal regulado en el art. 10, inc. 2. A nuestro parecer esto no es del todo correcto pues, respecto al segundo tipo penal (es decir, la infracción de las obligaciones reglamentarias) la disposición infra legal también alude a estos objetos en su regulación<sup>179</sup>. De este modo, este requisito es común para ambas figuras penales.

Ahora, para el correcto análisis de este elemento resulta necesario determinar el objeto material que, en general, está presente en la Ley N° 20.000. Así, no son pocos los tipos penales que hacen alusión a estupefacientes, sustancias sicotrópicas o drogas, distinguiendo el legislador entre aquellas productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud y aquellas que no produzcan estos efectos.

Que el tipo penal incluya la frase otras partes activas no es sino una insinuación de esto, por cuanto es un elemento “que deben contener las sustancias enumeradas en los Convenios Internacionales y en otras disposiciones legales para poder ser objeto del delito de tráfico de drogas [y, en este sentido,] debería ser por lo menos el indispensable para poder constituir droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica, en sentido médico”<sup>180</sup>.

En este sentido, ni la Ley N° 20.000 ni su reglamento contienen una definición de qué debemos entender por estupefaciente<sup>181</sup>. Con todo, en la norma administrativa se señala un

---

179 El art. 6 del reglamento de la Ley N° 20.000 es la primera disposición que versa sobre la autorización con que debe contar el sujeto activo, remitiéndose al art. 8 de la Ley N° 20.000, en cuanto viene a regular “*la autorización a que se refiere el artículo 8 de la ley N° 20.000*”. Así, es esta norma la que determina realmente el objeto material, puesto que regula a “*El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (...)*”. De este modo, aun cuando se haga alusión expresa al género cannabis, no sólo restringe la autorización a esta especie, debido a que se emplea la conjunción disyuntiva “u”.

180 Señala además la autora que la “consecuencia práctica que debería derivarse de ello es la necesidad de practicar en cada caso concreto el correspondiente análisis de laboratorio informando sobre el tanto por ciento de principio activo presente en la sustancia incautada”. JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), p. 66.

181 A pesar de esto, no podemos decir que en nuestro Derecho no exista una definición. Así, en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, incorporada en el Ordenamiento jurídico chileno en consideración al art. 54 N° 1 de la Constitución, se señala en el art. 1, letra n) que, “*Por “estupefaciente” se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*”. En este mismo sentido se encuentra, por ejemplo, el Acuerdo entre los gobiernos de Chile y Venezuela sobre prevención, control, fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrito en 1993 el cual, en su art. 1, letra a), señala que se entiende “*Por “Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”: Las enumeradas en la Convención Única de 1981 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972; las del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971; las indicadas en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; así como también, otras sustancias consideradas como tales en la legislación*

listado taxativo de las sustancias que el legislador califica como “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”<sup>182</sup> (art. 1 del reglamento), además de una enumeración de las “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, a que se refiere el inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 20.000, que no producen los efectos indicados en su inciso primero” (art. 2 del reglamento).

De este modo, debemos señalar que las plantas, rastrojos, fluorescencias, semillas u otras partes activas necesariamente deben estar contenidas en el reglamento de la Ley N° 20.000<sup>183 184</sup>.

Con todo, decíamos con anterioridad que el art. 10 de la Ley N° 20.000 debe ser interpretado armónicamente con el art. 8 de la misma disposición el cual, con respecto al objeto material, tiene una redacción diferente. Por tanto, la disposición analizada tiene un sentido distinto al que, a primera vista, uno le atribuye. Así, el art. 8 alude a “especies vegetales del género *cannabis* u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, indicándose así que estas especies vegetales son elementos necesarios para la producción de estupefacientes. Por tanto, en el reglamento de la Ley N° 20.000 no debemos remitirnos a los art. 1 y 2, sino al art. 5, el cual califica “como especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, a que se refiere el artículo 8º de la ley N° 20.000, las siguientes: *Cannabis Sativa L Cacto Peyote Catha Edulis (Khat) Datura Estramonium L Hongo Psilocide Eritroxylon Coca Papaver Somniferum L Salvia divinorum (salvinorina A)*”<sup>185</sup>.

Así, dentro de las especies que pueden ser consideradas como el objeto material de los tipos penales no estarán, por ejemplo, las sumidades floridas de *cannabis*, las flores de

---

*interna de cada Parte Contratante*”. De guisa, no debemos centrar la mirada solamente en la Ley N° 20.000 y su reglamento, sino realizar un análisis omnicompreensivo del término.

182 Tema aparte es si los daños considerables se refieren a la salud individual o pública. Sobre este tema en España ver JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), pp. 69-98.

183 En este sentido, la lista de las especies vegetales que pueden ser consideradas como estupefacientes según el criterio del legislador es más acotada, por cuanto existen largos listados de plantas con efectos estimulantes, eufóricos o alucinógenos. Algunos de estos nombres pueden encontrarse en <http://www.castellarte.es/plapsimas.html> (donde se enumeran 69 plantas con estas características), y en <http://www.mind-surf.net/drogas/psicoactivos.htm> (se desarrollan cinco grupos de especies psicoactivas que son vegetales).

184 Por otro lado, cabe mencionar que las especies vegetales se consideran, en general, como “(...) *drogas blandas* o leves, como la *griffa* o marihuana, la *cannabis* y sus derivados que, generalmente, producen menos daño a la salud”. Destacado en el original. BERISTAIN, Antonio, cit. (n. 86), p. 34. En este mismo sentido opina Joshi Jubert quien, con respecto a la *cannabis* y sus derivados dice que han sido “considerados unánimemente como sustancias que **no causan graves daños a la salud** (...)”. JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), p. 91. En nuestra legislación este no es el criterio que sigue, por cuanto el reglamento de la Ley N° 20.000 califica a la *cannabis* y sus extractos y aceites como sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

185 Sobre las características de estas especies, cfr. OSORIO Y NIETO, César Augusto, cit. (n. 101), pp. 32-41 y ARROYO ZAPATERO, Luis, *El objeto material en el art. 368 del CP: Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en SORIANO SORIANO, José Ramón (director), *Delitos contra la salud pública y contrabando* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000), pp. 321-381.

cannabis de las que no se ha extraído la resina y los extractos de cannabis (siempre que sea cannabis sativa), por cuanto se encuentran señaladas en los art. 1 y 2 del reglamento y, por tanto, son consideradas en sí mismas como estupefacientes. Si podremos considerar como objeto material del pseudo tráfico culposo a la salvia divinorum (también llamada ska pastora, ska María, hierba María o hierba de los dioses), el eritroxylon coca (conocido como trujillo o huanaco) y la adormidera o Papaver Somniferum L.

Ahora, se puede criticar la taxatividad del art. 5 del reglamento de la Ley N° 20.000, puesto que no capta todas las especies vegetales que pueden emplearse para la producción de estupefacientes. En este sentido, otros ejemplos de vegetales no considerados por el legislador son el floripondio, el toloache, la nuez moscada y la ayahuasca, lo cual nos parece bastante criticable<sup>186</sup>.

Por otro lado, también se puede criticar que el legislador no haga mención a la cantidad de estas especies que han de ser abandonadas negligentemente para su punición, por cuanto es necesario analizar el objeto material en relación con el bien jurídico, como señala Gómez Pavón. En este sentido, con respecto a la conducción bajo los efectos de estupefacientes, señala que “a los efectos del artículo 379 droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica es cualquier sustancia capaz de influir de tal manera sobre las condiciones del conductor que pueda poner en peligro la seguridad del tráfico. Es decir, que tenga la potencialidad de poner en peligro el bien jurídico protegido. No es que sea un precepto en blanco, sino que, a la vista de sus efectos, se considerará incluido o no un determinado fármaco”<sup>187</sup> Así, el objeto material debiese ser capaz, en el caso concreto, de poder en peligro el bien jurídico protegido, cual es la salud pública.

En este sentido, debemos volver a hacer mención a la frase otras partes activas, las cuales aludirían a los metabolitos o componentes productores del efecto alucinógeno por cada 100 partes de la sustancia. Siguiendo este concepto, Ruiz Delgado pone de relieve que la jurisprudencia ha tenido un criterio heterogéneo a la hora de analizar el mentado requisito en otros tipos penales, por cuanto hay tribunales que han indicado que “(...) la pureza de la droga, informa, o bien la posibilidad de acrecentarla mediante la utilización de diversos aditivos y con ello aumentar la cantidad a transferir, o en caso de que ello no

---

186 Esto, debido a los letales efectos que puede producir el consumo de grandes cantidades de estas especies. En este sentido, sobre el floripondio se ha dicho que esta flor tiene un alto poder estimulante, por cuanto sus efectos se prolongan hasta 72 horas después del consumo. Esta planta es un alucinógeno que provoca daños a la salud puesto que, además de provocar alucinaciones tan reales que usualmente se pierde el contacto con la realidad, provoca diversos efectos a nivel físico, por ejemplo, dificultad para deglutir y hablar, visión borrosa e incluso ceguera transitoria, taquicardia e hipertermia. Por lo demás, su consumo puede resultar letal. Sobre esto se ha indicado que “La dosis letal de la escopolamina (otro nombre de esta flor) se halla alrededor de los 100 mg. No se conoce la dosificación exacta que pueda contener una infusión de floripondio. Normalmente se prepara una dosis moderada con una flor; dos a tres flores serían una dosis alta, y cantidades mayores pueden resultar peligrosas ya que la dosis activa de la escopolamina es muy cercana a su dosis letal”. A pesar de ello, “esta planta no esta (sic) prohibida como otras más conocidas”. Así, resulta criticable que una especie que puede provocar una lesión más grave al bien jurídico que otras no esté penada y sí lo esté, por ejemplo, la hoja de coca, la cual “es una fuente alimenticia bastante nutritiva. Cien gramos de hojas contienen en promedio 305 calorías, 18.5 gramos de proteínas, 42.6 de carbohidratos y cantidades menores de vitamina C; así como los requerimientos diarios de vitamina E, calcio, hierro, fósforo, riboflavina y vitamina A recomendados por la Organización Mundial de la Salud para el consumo de un adulto”. Información extraída de <http://www.mind-surf.net/drogas/coca.htm> y de <http://www.mind-surf.net/drogas/floripondio.htm>.

187 GÓMEZ PAVÓN, Pilar, cit. (n. 82), p. 43.

ocurra, un mayor grado de toxicidad de la misma”<sup>188</sup>. En este sentido, la cantidad de parte activa de la planta no es inocua para el bien jurídico.

Por tanto, esta frase se podría entender como elemento regulativo, es decir, “aquellos elementos que, contemplados en la descripción típica de la conducta por el legislador, implican un mandato para el juez de decidir el caso a partir de sus particularidades concretas, renunciando entonces el legislador a regular la conducta”<sup>189</sup>.

### 7. Penalidad

El legislador ha asignado a nuestro delito la pena de reclusión o relegación menores en su grado mínimo y multa de veinte a doscientas unidades tributarias mensuales.

En primer lugar, cabe señalar que, con respecto a la reclusión, estamos frente a una pena privativa de libertad de simple delito, cuya duración va de sesenta y un días a quinientos cuarenta días, según indica el art. 56 CP. Además, por aplicación de las normas del título III del libro I CP, debemos señalar que esta pena trae aparejada, también, la suspensión de cargo u oficio público que el sujeto activo ostentaba por el tiempo que dure la condena (art. 30 CP) y la pérdida de los efectos que provengan del ilícito, así como los instrumentos con que se ejecutó, a menos que sean de pertenencia de un tercero no responsable del delito (art. 31 CP).

El legislador también señala, en el art. 32 CP, que esta pena no impone al condenado la realización de trabajos prescritos en el reglamento del establecimiento penal respectivo.

Por otro lado, con respecto a la relegación, el art. 35 CP nos señala que “*es la traslación del reo a un punto habilitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad*”. Politoff, Matus y Ramírez nos indican que, en realidad, esta sanción ha tenido “escasa aplicación práctica”<sup>190</sup>, empero, esta afirmación no puede sostenerse en los tipos penales del art. 10, inc. 2 de la Ley N° 20.000, toda vez que nunca ha existido una condena al respecto.

Con todo, cabe señalar que la pena de relegación es alternativa respecto de la pena de reclusión por lo que, si llegara a condenarse a alguien por la realización de nuestros tipos, difícilmente la pena elegida por el juez sería ésta.

Esto, sin embargo, no es lo único a considerar, toda vez que el legislador ha establecido penas copulativas, no bastando la reclusión o relegación<sup>191</sup>, sino que además el condenado deberá cumplir con una multa, la cual puede estar fijada entre veinte a doscientas unidades tributarias mensuales. Esto es, de \$806.520 a \$8.065.200<sup>192</sup>.-

---

188 RUIZ DELGADO, Fernando, *El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000*, en *Política criminal* 8 (2009) A, p. 4-8, disponible en [www.politicacriminal.cl/n\\_08\\_4\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08_4_8.pdf)  
189 *Ibidem*.

190 Los autores afirman, además, que la aplicación de esta pena conlleva una serie de problemas prácticos. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte general*, cit. (n. 66), p. 482.

191 Recordemos que la Ley N° 19.366 no contemplaba una pena corporal, sino que sólo la pena de multa de veinte a doscientas unidades tributarias mensuales.

192 Estas sumas son considerando la unidad tributaria mensual de agosto de 2013, la cual asciende a \$40.326.-

Nos parece criticable esta penalidad, por cuanto no es proporcional en consideración a la afectación del bien jurídico (que, como hemos dicho, se trata de una puesta en peligro de modalidad abstracta) y a las exigencias subjetivas, así como no es concordante con las penas contempladas en otros delitos<sup>193</sup>.

En este sentido Bustos Ramírez señala que, tratándose de delitos culposos, “no hay fundamento plausible para establecer penas privativas de libertad, y ya en este ámbito, debería orientarse la determinación de la pena a otras alternativas, ya sea de penas o de medidas”, agregando que, en lo tocante a la pena, “habría que recurrir a la multa”. Continúa diciendo que, “parece claro que precisamente éste -delitos culposos- es un ámbito donde con mayor facilidad se podría ir a la supresión de la pena privativa de libertad, que ofrece sólo efectos nocivos tanto de carácter social como personal”<sup>194</sup>.

Esta crítica resulta certera, sobre todo considerando que, en primer lugar, la comisión dolosa del pseudo tráfico es atípica y, en segundo lugar, que estamos ante un delito de peligro abstracto, lo que conculca el principio de proporcionalidad por cuanto la amenaza penal debiese corresponderse con la dañosidad social del hecho y la culpabilidad del sujeto activo<sup>195</sup>.

---

193 En este sentido se puede citar como ejemplo, dentro de la misma Ley N° 20.000, el art. 2, inc. 2 que tipifica el tráfico de precursores con una rebaja de las exigencias cognoscitivas. Así, se sanciona solamente con pena privativa (un tanto mayor, por cuanto es presidio menor en su grado mínimo a medio) a quien produzca, fabrique, elabore, distribuya, transporte, comercialice, importe, exporte, posea o tenga precursores o sustancias químicas esenciales, desconociendo por negligencia inexcusable su destino. De este modo, un delito que puede ser considerado bastante similar al nuestro (en el sentido que tanto las especies vegetales como los precursores son sustancias o elementos que se utilizan para la elaboración de la droga, además de ser ambos delitos culposos) no tiene igual penalidad. Sobre el tráfico de precursores y las críticas al precepto, cfr. HIDALGO, Catalina, cit. (n. 58).

194 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 56), pp. 13-14.

195 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Parte Especial*, cit. (n. 23), p. 71.

### CAPÍTULO III

#### CONSIDERACIONES CRÍTICAS DEL DELITO: MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En el capítulo anterior hemos analizado el tipo penal de pseudo tráfico culposo, formulando de manera sucinta ciertas observaciones por su inadecuada tipificación. Esto es, en parte, concordante con algunas críticas que se hacen, en general, a los delitos relativos a estupefacientes<sup>196</sup>, puesto que detrás de su tipificación hay una particular política criminal compartida tanto por la comunidad internacional como por los políticos de nuestro país. Cosa distinta es si, a nivel social, estos planteamientos se han asentado<sup>197</sup>.

Dicho esto, en este capítulo analizaremos de forma breve algunas consideraciones relativas a la política criminal, tanto a nivel internacional como nacional, para comprender la motivación que existe en el tratamiento de los estupefacientes, para luego detenernos en algunas críticas que pueden formularse a este delito, ahora desde la perspectiva de los principios del Derecho penal. En este sentido, aludiremos a algunas conculcaciones a los principios de legalidad, lesividad, intervención mínima, proporcionalidad y culpabilidad, infracciones a las que en alguna u otra medida ya se han hecho mención a lo largo del trabajo.

Para finalizar, tomando en consideración sobre todo aspectos de política criminal, aludiremos a un especial “Derecho” que estaría consagrado en la Ley N° 20.000, a saber, el Derecho penal del enemigo.

---

196 Al respecto se ha dicho que “En el imaginario uno cree que las drogas prohibidas hacen más mal que las permitidas. Los psicotrópicos tienen efectos diferentes en cada persona y es así con todas las personas y las sustancias. No digo que no conlleven daños, para algunos sí para otros no. Al igual que la forma de comer, ser demasiado pesado o liviano y entonces yo propongo que cada uno/a vea que es peligroso para cada uno y como (sic) hacer para vivir saludablemente con lo que hay a nuestro alrededor (hay que aprender). A partir del nacimiento hay que ir aprendiendo qué es peligroso para cada uno. En lugar de tener un vínculo con esta sustancia tenemos una prohibición, donde los efectos positivos no se analizan, cuando se prohibía el consumo de marihuana aumentó el consumo y creó un mercado ilegal y por ello aumentaron los conflictos y la justicia puede llegar a resolver conflictos pero no en lo ilegal por eso al interior hay mucha violencia y a eso le reforzamos con la violencia de las cárceles. Así tratamos de combatir el mercado ilegal de las drogas y en su lugar se crea un mercado ilegal de dinero, se crea un mercado negro del dinero, de las armas y de etc. (...) Y queda claro que no se puede controlar”. Cfr. CEDRÓN, Claudia, *Conversaciones con Louk Hulsman en El Agora*. 21 de noviembre de 2006 (s.l., s.d.), disponible en <http://www.elagora.org.ar/site/documentos/Conversaciones-con-Louk-Hulsman.pdf>

197 Sólo por mencionar un ejemplo, dentro de los economistas el tema de la represión penal de los estupefacientes ha sido abordado, planteándose interesantes opiniones y medidas. Así, encontramos a Milton Friedman y Gary Becker quienes, aun cuando desaprobaron su consumo, pregonaban por su despenalización, por cuanto entendían que es la criminalización lo que ha traído más muertes y peligros a la población. Para ellos, sería la imposición de un cuantioso gravamen a su venta una medida preventiva altamente eficaz. Al respecto, ver BECKER, Gary S. *et alii*, *El mercado de bienes ilegales: el caso de la droga* (s.l., s.d.), disponible en <http://microeconomia.org/guillermopereyra/wp-content/uploads/v8n15a2.pdf> y RANDY, Paige, *Entrevista con Milton Friedman acerca de la guerra contra las drogas* (s.l., s.d.), disponible en <http://www.liberalismo.org/articulo/350/53/entrevista/milton/friedman/acerca/guerra/>. Por otro lado, no es infrecuente que entre los penalistas se sostenga que “En la actualidad está plenamente demostrada la ineficacia de la estrategia represiva como forma de enfrentar el problema de los narcóticos”. Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, Germán, *Discusión político-criminal en torno al tráfico de drogas*, disponible en [http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54\\_2939\\_edyg-v2-n19262009-guillen.pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_2939_edyg-v2-n19262009-guillen.pdf)

## 1. *Observaciones relativas a la política criminal del tratamiento de estupefacientes*

Señala Matus que los delitos de estupefacientes se consideran crímenes de trascendencia internacional, “respecto de los cuales el Derecho internacional impondría únicamente obligaciones de implementación de la penalización de determinadas conductas conforme al derecho interno de cada Estado, como sucede típicamente con las Convenciones de Viena de 1998 (sic) y de Palermo de 2000, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y contra la Delincuencia Organizada Transnacional, respectivamente”<sup>198</sup>.

Agrega el autor que estos tratados imponen a los Estados Partes obligaciones internacionales de diferente intensidad y que, al momento de describir los tipos propuestos, “basadas en el interés de no dejar “lagunas de punibilidad”, son extremadamente detallistas y fatigosas, por lo que a su respecto no parece del todo aplicable el temor de que en su implementación se lesione el principio de determinación o tipicidad, sino al contrario: lo más probable es que al implementarse en sistemas legalistas, el excesivo detalle lleve a dejar lagunas de punibilidad. El riesgo señalado anteriormente es bien claro, tratándose de “omisiones”. No existen por regla general figuras de “omisión propia” (...)”<sup>199</sup>.

Con todo, respecto a la problemática de las drogas, el tratamiento que hace el Derecho es de reciente data, propio del siglo XX. En este sentido, desde 1960 a 1980 los Estados han tipificado el consumo abusivo de estupefacientes, “calificando como delito todas o la mayor parte de las conductas de tráfico y, los países más decididos, también el consumo”. A raíz de esta penalización, “el control jurídico-administrativo va quedando progresivamente en un segundo plano, mientras que el control social no jurídico (políticas y planes sociales de prevención...) aún no ha despegado”<sup>200</sup>.

Fue en este marco internacional represivo que han surgido algunas de las convenciones internacionales relativas al tema, las cuales han estado guiadas por dos ideas centrales: por un lado, el fracaso de las políticas de control penal (sin reflexionar si estas medidas aplicadas, en realidad, habían empeorado la situación); por otro, detener a “poderosas organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas, con capacidad para desestabilizar la estructura política y económica de cualquier país”. Así, un ejemplo de esto fue la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, la cual tenía como objetivo preservar “las ‘bases económicas, culturales y políticas de la sociedad’ frente al tradicional de proteger la salud y bienestar de los ciudadanos”<sup>201</sup>.

En nuestro país, la política criminal seguida por el legislador ha sido concordante con este contexto, no sólo por la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones de implementar de la penalización de determinadas conductas a las que alude Matus, sino

---

198 MATUS, Jean Pierre, *La política*, cit. (n. 29).

199 *Ibidem*.

200 Díez RIPOLLÉS, José Luis, *El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal*, en *Revista de Derecho* 18 (2005) 1, pp. 199-212, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100008&script=sci_arttext)

201 *Ibidem*.



porque los mismos políticos han considerado el tema de la droga como una guerra con la cual hay que “barrer”<sup>202</sup>.

La idea recurrentemente planteada durante la discusión de la Ley N° 20.000 es resumida en las palabras de Bustos Ramírez, quien explicó que “(...) se habla de batalla, de lucha contra la droga, etcétera. Son los términos que a menudo se utilizan al respecto, porque se trata, justamente, de una guerra y, en tal caso, la sociedad está en peligro. Por lo tanto, se trata de llevar a cabo una guerra interna. Desde esa perspectiva hay que analizar el proyecto en discusión, es decir, el punto es el siguiente: hay que combatir al enemigo, y todos los que están vinculados a la droga son enemigos. Por eso, no se distingue entre los diferentes tipos de droga, aunque algunas tengan un menor efecto sobre la salud de las personas, como la marihuana, y se igualan todas en la represión, con lo cual se induce a consumirlas todas por igual y, lo que es más grave, el traficante también tiende a igualarlas y a que se consuman las que tienen efectos más graves y las más caras. Tampoco hay una distinción entre traficante y consumidor. Ambos son delincuentes (...) Porque se trata del combate, de la guerra, de la batalla, se señala que todo esto debe ser excepcional y no se establece ninguna de las garantías penales ni procesales. Como es el enemigo interno, hay que eliminarlo, sea narcotraficante o consumidor, y por eso se suprimen todas las garantías; pero, lamentablemente, son nuestro hijos, nuestras mujeres, los que son tratados así”<sup>203</sup>.

Esta idea era concordante con el mensaje presidencial de esta ley, por cuanto “constituye asimismo [esta ley], un medio apropiado para lograr los propósitos de política criminal, que desalienten a los que pretenden incurrir en estas actividades, atraídos por las ganancias, con desprecio de los daños individuales, familiares y sociales que provocan”<sup>204</sup>.

Así, se planteaba que “es obvio que no podemos quedarnos sin hacer nada” pero, por otro lado, se sostenía que “no podemos caer en la tentación autoritaria y totalitaria, inspirados en una noble lucha –contra la drogadependencia (sic) y las mafias del crimen organizado-, y hacer de esta nación un país policíaco, donde los enfermos se transformen en delincuentes”<sup>205</sup>.

Finalmente, como se ha podido desprender por de pronto del análisis de nuestro delito, primó la idea de estar “frente a un problema casi imparable”, en donde “los métodos, la plata, la inteligencia que hay detrás de estas mafias, representan un enemigo contra el cual nuestras pobres policías prácticamente no tienen chance de ganar la guerra”<sup>206</sup>.

---

202 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.000*, cit. (n. 22), p. 500.

203 En respuesta a este razonamiento, el diputado Orpis precisó que “Lo que sostengo es que en el ámbito represivo debemos tener una legislación excepcional. Por ejemplo, cuando hablo de que el bien jurídico es la integridad del territorio, hay que ver lo que pasa en Colombia, donde la mitad de su territorio está tomado por el narcoterrorismo. ¿Rigen ahí las normas garantistas? No; ahí se destruyó íntegramente una sociedad (...)”. *Ibidem*, pp. 301-303.

204 Esta directriz estuvo presente también en el Congreso, planteándose incluso que había que “entender que éste no es cualquier delito y que la extorsión, la violación, el asesinato, la matanza y el desprecio a la vida, desde el menor hasta la mujer que se usa como burrera, es total. Aquí hay desprecio por la vida y la persona humana en su totalidad”, aun cuando no se haya planteado concretamente de qué manera se manifestaba este “desprecio”. Empero, hubo quienes abogaron por hacer distinciones, por cuanto “ponemos en la misma situación a personas que causan daño a la sociedad y a las que se dañan a sí mismas”. *Ibidem*, pp. 19; 305; 283.

205 *Ibidem*, pp. 497; 481.

206 *Ibidem*, p. 718.

## 2. Vulneración de los principios del Derecho penal

Teniendo en cuenta estos aspectos político-criminales, es acertado pensar que las problemáticas relativas a la tipificación de los estupefacientes se presentan también en otros países. Así, Boix Reig ha señalado en España que “el planteamiento defensista que informa la regulación de los delitos relativos al tráfico de drogas, reflejo de una política-criminal represiva a ultranza que se viene dando en esta materia (...), da lugar a una articulación técnico-jurídica de los tipos legales en la materia, que difícilmente resisten un control de constitucionalidad. (...) Por mi parte, quiero destacar, con carácter general, que la quiebra de los principios penales constitucionales deriva del denunciado incremento de la represión penal y de la consecuente problemática en orden a la configuración misma del bien jurídico protegido en estos delitos, a la consideración de su naturaleza como de peligro abstracto y a las técnicas de tipificación que se emplean”<sup>207</sup>.

Estamos de acuerdo con estas apreciaciones pudiendo mencionar, a propósito del análisis del art. 10, inc. 2, diversas críticas sobre las cuales volveremos a continuación, por cuanto son necesarias para entender de qué forma la política criminal a la que aludíamos *supra* ha consagrado un nuevo Derecho punitivo (si es que puede ser denominado Derecho)<sup>208</sup>.

### a) Principio de legalidad

En el capítulo I ya hemos aludido a la importancia de una buena legislación, sobre todo en el ámbito penal. En este sentido, Hassemmer incluso señala que el empleo por parte del legislador de un lenguaje incorrecto puede llevar a la exclusión de un derecho correcto<sup>209</sup> lo cual, como veremos, resulta atingente en nuestro caso.

Con respecto a este límite formal del Derecho penal, hemos planteado diversas conculcaciones. En lo tocante al sujeto activo, debemos decir que el pseudo tráfico culposo es un delito que no puede configurarse actualmente, toda vez que no existe sujeto que cumpla con las características del tipo (esto es, estar autorizado por el SAG y ser una persona natural). Así, este delito deviene en un Derecho penal simbólico<sup>210</sup> utilizado por el

207 BOIX REIG, Javier, *Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas*, en SORIANO SORIANO, José Ramón (director), *Delitos contra la salud pública y contrabando* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000), pp. 389-390.

208 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión*, cit. (n. 21), p. 187.

209 HASSEMER, Winfried, cit. (n. 25), p. 27. En este sentido, Lüderssen ha dicho que “Si se pretende que la “trampa normativa” debe ser efectiva, ella debería ser tan poco clara que la propia conducta se transformara en imprevisible (...)”. LÜDERSSEN, Klaus, *La función preventivo-general del sistema del delito*, en NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus, *Principales problemas de la prevención general* (traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw) (Buenos Aires, Euros Editores, 2006), pp. 85-86.

210 Señala Núñez Leiva que el Derecho penal simbólico es “aquella criminalización desproporcionada y oportunista, en muchos [casos] abiertamente pensada para no tener aplicación práctica, que se aparta de los fines tradicionales de la pena empleando a la sanción penal como un medio para transmitir a la población señales que den cuenta de la existencia de una autoridad estatal fuerte y decidida a reaccionar con firmeza en contra de aquellos actos reprobados por la mayoría”. Cfr. NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, *Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario*, en *Política criminal 4*

legislador para demostrar firmeza ante la guerra contra la droga a través de la criminalización<sup>211</sup>.

Por otro lado, aun cuando pudiera configurarse este delito cabe preguntarse si resulta necesaria su tipificación. En el Derecho es conocida la máxima *minimis non curat praeter*, esto es, el pretor no se preocupa de nimiedades. Así, Cornejo ha planteado que, tratándose de la tenencia de estupefacientes (ilícito que podríamos considerar más lesivo para el bien jurídico), “el ilícito incriminado se torna atípico por vía del principio de insignificancia, según el cual, resulta penalmente indiferente la conducta que no hace peligrar el bien jurídico protegido, salud pública”<sup>212</sup>. De esta forma, el principio de insignificancia permite excluir daños de poca importancia, por cuanto la conducta resulta atípica<sup>213</sup>.

Esta solución ha sido acogida por nuestra jurisprudencia<sup>214</sup> y, a nuestro entender, aun cuando está vinculado al principio de lesividad y al de intervención mínima, es una manifestación de este Derecho penal simbólico presente en la Ley N° 20.000.

Otra afectación al principio de legalidad es la tipificación de la segunda hipótesis penal del art. 10, inc. 2, toda vez que, como vimos *supra*, es una ley penal en blanco propiamente tal considerada por nosotros como inconstitucional. Esto, ya que remite totalmente a una norma administrativa a fin de indicar la conducta punible.

Para finalizar, Brito Castro ha señalado que la expresión “*lugares de fácil acceso al público*” es una cláusula abierta que contraviene el principio de ley estricta<sup>215</sup>. Aun cuando pueda ser criticable la técnica legislativa empleada, en el sentido que no existe una total determinación del contenido de esta frase, creemos que es concordante con una interpretación teleológica del bien jurídico protegido y, por tanto, es comprensible que la afectación a éste mediante una difusión incontrolable sea en este escenario. Por lo demás creemos que, dentro de los elementos de los tipos penales, éste es el que presenta menores inconvenientes interpretativos, como hemos tenido ocasión de analizar.

#### b) Principio de lesividad

Con respecto al pseudo tráfico culposo, parece certero señalar que todo lo que no es jurídicamente relevante es, *a contrario sensu*, insignificante. Así, “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente

---

(Santiago, 2008) 8, p. 386, disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_04/n\\_08/Vol4N8A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf)

211 Aquí se pueden tener presentes las palabras de Rivacoba, quien señalaba que el autoritarismo es refractario a todo garantismo y, por tanto, a toda limitación legalista. “En lo penal, puede respetar a lo sumo la legalidad formal, pero no le importan el concepto ni las funciones de bien jurídico”. RIVACOBA, Manuel de, *Las sucesivas*, cit. (n. 5), p. 70.

212 CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006), p. 44

213 NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, cit. (n. 80), pp. 282-284.

214 *Ibidem*.

215 BRITO CASTRO, Paula, cit. (n. 101), p. 97.

dañosos, debe quedar libre de amenaza penal<sup>216</sup>. En este sentido, debemos hacer referencia al peligro del bien jurídico, toda vez que nuestro delito es de peligro abstracto.

Al respecto, estamos de acuerdo con la opinión de Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes sostienen que “La creación de *peligros* y por ende, de ofensas artificiales, no sólo pretende presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y clona bienes jurídicos (...) En definitiva, en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva<sup>217</sup>. Así, la naturaleza jurídica del pseudo tráfico culposo como delito de peligro abstracto pugna con el elemento tipicidad a juicio de los autores.

Para nosotros, esta naturaleza jurídica del delito se contrapone al principio de lesividad, toda vez que significa una “elevadísima ‘sensibilidad al riesgo’<sup>218</sup> en donde, debido a un grave adelantamiento de la protección penal, el bien jurídico se desdibuja y se pune, en vez, la mera desobediencia, como plantea Joshi Jubert<sup>219</sup>.

Por otro lado, aun cuando aceptáramos como una solución pacífica la alternativa de tipificar delitos de peligro presunto<sup>220</sup>, en materia de estupefacientes se ha planteado que el bien jurídico se ve afectado cuando existe riesgo de difusión incontrolable. A propósito del pseudo tráfico culposo no existe tal peligro, toda vez que los objetos materiales no se “ponen ilegalmente a disposición de los consumidores finales<sup>221</sup>”, puesto que el legislador ha entendido que con estos objetos se producen estupefacientes y no son, por tanto,

---

216 Cornejo además indica que no cualquier intento de afectación de un bien jurídico protegido es suficiente para legitimar la injerencia del Estado en el ámbito penal. CORNEJO, Abel, *Teoría*, cit. (n. 212), pp. 32, 39. En el mismo sentido, ARZT, Gunther, *La parte especial del Derecho penal sustantivo*, en ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho y al Derecho penal procesal* (traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer) (Barcelona, Editorial Ariel, 1989), p. 84.

217 En cursivas en el original. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, cit. (n. 91), pp. 371-372.

218 Frecuentemente se señala que nuestra sociedad es una “sociedad de riesgos”, en donde la multiplicidad de peligros hacen necesario discernir cuáles son más graves, lo que ha conllevado adelantar la barreras de punición, utilizando con mayor frecuencia los tipos de peligro abstracto o presunto. Con todo, se ha afirmado –muy acertadamente– que “el hombre de hoy está poco preparado para ‘sufrir’; cualquier dolor es interpretado como un estímulo para poner los remedios adecuados con el fin de evitarlo o quitarlo. Cuando ese dolor es inevitable, el hombre se siente desconcertado. Por esto se puede decir que en este tiempo, e nuestro mundo superdesarrollado (sic), el hombre tiene muchos menos dolores que hace años, pero tiene mucho más sufrimiento”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión*, cit. (n. 21), pp. 13; 17; 27; y GRACIA MARTIN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003), pp. 61-65.

219 JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 87), pp. 42-43.

220 Al respecto Bustos Ramírez ha sostenido que se podría cuestionar, desde una perspectiva político criminal, si son admisibles los delitos culposos de puesta en peligro, debido a que en los cuasidelitos la culpa es un elemento esencial. Así, plantea que podría sostenerse que “en los delitos culposos de peligro se estaría sancionando el peligro de peligro, o bien, que simplemente se estaría sancionando precisamente la exigencia de representación de la probabilidad, lo cual atentaría contra el principio de lesividad y de la absoluta necesidad de la intervención punitiva del Estado”. Con todo, señala que ésta no es una crítica seria, pues se debe distinguir entre la exigencia de representación de probabilidad y la necesidad dogmática y de política criminal de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico. Empero, el autor no se hace cargo de la situación de los delitos de peligro abstracto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 56), p. 77.

221 MATUS, Jean Pierre, *Dogmática*, cit. (n. 101), p. 89.

estupefacientes en sí (por lo menos, no en los términos del reglamento de la ley N° 20.000)<sup>222</sup>.

Además, la cannabis para ser consumida debe someterse a un proceso de secado<sup>223</sup> y es necesario que se trate de una planta hembra o hermafrodita, puesto que ellas tienen tetrahidrocannabinol (THC), uno de los elementos activos más importantes<sup>224</sup>. Así, en los términos en que está tipificado el delito, el riesgo para la salud pública es mínimo, si no inexistente.

Para finalizar, el legislador no indica cuántas especies vegetales deben haberse difundido incontrolablemente, cuestión que no es inocua, por cuanto no resulta ser igualmente peligroso para el bien jurídico en todos los casos. Sin duda debemos tener presente, por tanto, el principio de insignificancia.

### c) Principio de intervención mínima

Debido a la técnica legislativa empleada, así como al insignificante peligro para el bien jurídico protegido, creemos que la mejor forma de regular este ilícito (así como varios otros de la Ley N° 20.000) es a través de la vía administrativa, en donde existen otros intereses y mecanismos de prevención y represión. En este sentido Silva Sánchez ha indicado que el Derecho administrativo sancionador “persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad –como podría ser el cultivo autorizado de cannabis y otras especies vegetales (...). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística –como sucede en los delitos de peligro, según los requisitos que indicaba Gómez Pavón-; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)”<sup>225</sup>. Por lo demás, en materia administrativa las infracciones suelen sancionarse con multa administrativa, estando excluidas las penas privativas de libertad<sup>226</sup>.

El Derecho penal debe “reprimir tan sólo aquellos comportamientos que realmente enturbien las condiciones de una pacífica coexistencia en libertad y que, de modo general, se adviertan como tales, es decir, como impregnados de una dañosidad social, que se expresa según una muy reciente y acreditada terminología, en el ataque a bienes jurídicos especialmente significativos”<sup>227</sup>.

---

222 Somos del parecer que la opción legislativa empleada es errada. Las especies vegetales del género cannabis, así como algunas de las especies señaladas en el art. 5 del reglamento de la Ley N° 20.000 pueden ser consideradas estupefacientes, entendiéndose por tal a las sustancias que pueden modificar funciones del organismo humano y su estructura, que pueden provocar acostumbamiento o dependencia, que alivian el dolor y provocan una temporaria sensación de bienestar, embotan los sentidos, intoxican y pueden causar un estado de coma o muerte. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, cit. (n. 11), p. 352.

223 GONZÁLEZ WITTING, Marcos, cit. (n. 80), p. 84.

224 OSORIO Y NIETO, César Augusto, cit. (n. 101), p. 33.

225 SILVA SÁNCHEZ, José María, *La expansión*, cit. (n. 21), p. 137.

226 En este sentido, se ve que una regulación que está en “un nivel por debajo del Derecho penal” resulta mucho más idónea para captar y sancionar el injusto del pseudo tráfico culposo, en tanto esta normativa protege (entre otros intereses) “bienes jurídicos importantes como la vida y la integridad corporal contra peligros más o menos débiles”. Cfr. ARZT, Gunther, cit. (n. 216), p. 97.

En este sentido Bustos Ramírez señala que, en materia de delitos culposos, su punición es subsidiaria, por cuanto en la generalidad de los casos los hechos son atípicos como consecuencia de la decisión legislativa de punir, mayoritariamente, conductas dolosas. Al ser subsidiaria, indica que los cuasidelitos no debiesen estar sancionados con penas privativas de libertad, teniendo que establecerse alternativas no penales y, si es que se opta por la vía punitiva, el legislador debiese considerar penas y medidas alternativas<sup>228</sup>.

En un sentido similar opinaba Donini con respecto a los delitos de peligro abstracto. Así, el autor sostenía que, respecto de estos, se debiesen contemplar “sanciones no privativas de libertad, siquiera pecuniarias”<sup>229</sup>. Por lo demás, respecto de esta clase de delitos la doctrina señala que “es posible asociarlos mayoritariamente a delitos en la frontera con las infracciones administrativas”<sup>230</sup>, lo cual viene a reafirmar la necesidad de que su regulación (si se opta finalmente por castigarlo) sea por esa vía.

#### d) Principio de proporcionalidad

Ahora, en los casos en que sea necesario castigar acciones culposas, Bustos Ramírez acertadamente ha indicado que “no se ha de imponer pena a ningún hecho culposo de igual gravedad que otro que no lo requiera, y, en segundo lugar, que ningún delito culposo de igual gravedad ha de recibir una pena mayor”<sup>231</sup>. Empero, en la Ley N° 20.000 este criterio no se ha seguido.

Hemos dicho que no se ha punido la comisión dolosa del pseudo tráfico, como sí lo hacía la Ley N° 18.403. Por otro lado, se ve que en la figura más dañosa para el bien jurídico protegido, cual es el tráfico de estupefacientes del art. 1 de la ley, no se ha castigado su modalidad culposa, lo cual nos parece del todo criticable, máxime considerando la política criminal que existe en esta ley.

Además se debe considerar que la regulación del pseudo tráfico culposo no es concordante con la realizada por el legislador respecto del tráfico de precursores en su modalidad culposa por cuanto, a pesar de compartir diversos elementos del tipo (y ser ambos actos preparatorios), tienen una penalidad disímil, aun cuando los dos ilícitos “afectan” de igual manera al interés jurídicamente protegido.

---

227 MOCCA, Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, (José María Bosch Editor, Barcelona, 1997), p. 113.

228 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 56), pp. 16-18.

229 DONINI, Massimo, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato ‘constituente’ per la riforma del Codice*, cit. por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª edición, Buenos Aires, Euros Editores, 2011), p. 168. Sobre algunos problemas relativos a los delitos de peligro concreto, ver DONINI, Massimo, *La relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico* (traducción de Cristina Méndez Rodríguez), disponible en [http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Metodo%20democratico-Donini%20\\_9\\_.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Metodo%20democratico-Donini%20_9_.pdf)

230 CABEZAS CABEZAS, Carlos, *Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 34, Valparaíso, 2010), p. 233, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n34/a07.pdf>

231 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, cit. (n. 56), pp. 16-17.

Por otro lado, como se ha señalado *supra*, debido a la técnica legislativa empleada se considera que sólo la cannabis de la variedad sativa sería objeto material, dejando impune el abandono o la abstención de las obligaciones reglamentarias relativas a otras especies de cannabis (por ejemplo, *índica* y *rudelaris*)<sup>232</sup>, aun cuando no se observa un criterio para hacer tal distinción<sup>233</sup>. Lo mismo puede decirse de otras especies vegetales que pueden provocar daños más graves a la salud pública y no se encuentran contempladas por el legislador, como el floripondio<sup>234</sup>.

En este sentido, desconocemos las razones concretas que han llevado al legislador a punir el pseudo tráfico culposo en los términos empleados y asignarle una penalidad que afecta gravemente tanto a la libertad como al patrimonio del sujeto activo.

Al respecto, así como del resto de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000, se puede decir que “Pareciera entonces que se incurre en un uso del castigo y la violencia penal sin proporcionalidad, diferenciación ni individualización”, como ha señalado Matus<sup>235</sup>.

#### e) Principio de culpabilidad

Este límite material del Derecho penal se ve conculcado, toda vez que la naturaleza jurídica de la disposición es la de delito de peligro abstracto, lo que ha sido entendido por gran parte de la doctrina como una presunción de peligro<sup>236</sup> puesto que no se podría acreditar por el sujeto activo que, en el caso concreto, no existió un riesgo para el bien jurídico.

Al respecto, Cordero Cordero ha sostenido que “es indudable que la categoría de “peligro abstracto” embiste directamente con principios cardinales del Derecho penal, como los de *ultima ratio*, ofensividad, incluso de culpabilidad (...)

No nos parece posible soslayar estas críticas. En efecto, los delitos de peligro abstracto adelantan las barreras de punición a diferencia de lo que sucede con el llamado “núcleo

---

232 “No obstante, hoy en día se pueden adquirir semillas de *Cannabis* de más de un centenar de variedades diferentes en general desarrolladas genéticamente por estadounidenses y holandeses a partir de variaciones, hibridaciones y polihibridaciones”. Cfr. <http://www.mind-surf.net/drogas/marihuana.htm>

233 Al respecto se ha sostenido que “Precisamente por el hecho de la prohibición selectiva de drogas no es una política eficiente para la protección de la salud pública (...)”. Cfr. PAVEZ FARIAS, Juan; PRAT LOPICICH, Arturo, *Análisis crítico de la Ley N° 20.000* (Santiago, Universidad de Chile, 2006), disponible en [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/pavez\\_j/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/pavez_j/html/index-frames.html)

234 En este sentido se ha planteado que las prohibiciones en materia de estupefacientes implican una imposición estatal de una particular moral, lo que conculca la dignidad y libertad del individuo. Así, “se obliga a considerar el consumo de ciertas drogas, como reprochable y el de otras no. Como se señaló, la prohibición por esta misma distinción no tiene su fundamento en la protección del bien jurídico salud pública”, *ibidem*.

235 MATUS, Jean Pierre, *Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000*, en *Ius et Praxis* 11 (2005) 2, disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200011&script=sci_arttext)

236 Entre los autores que sostienen esto se encuentran Cury, Etcheberry, Politoff, Matus y Ramírez, Zaffaroni, Slokar y Aliaga, Hirsch, Mayer, Arroyo Zapatero y Rodríguez Mourullo. Además, Cabezas Cabezas señala que es la postura mayoritaria en España e Italia. Cfr. CABEZAS CABEZAS, Carlos, cit. (n. 230), p. 234.

clásico” del Derecho penal, lo que supone que esta rama del ordenamiento posee atributos suficientes como para “educar”, o “concienciar” a los sujetos acerca de los bienes jurídicos y, a la par, que la protección exclusiva de bienes jurídicos cede terreno ante esta función, no siendo necesario entonces la verificación, primero, de un verdadero bien jurídico y, segundo, una verdadera afectación de éstos, pues se caracterizan estos delitos como aquellos en que el peligro no es elemento del tipo, sino “motivo” del legislador. Si sólo constituye el motivo de la incriminación, éste puede versar tanto de la tutela de bienes jurídicos como también del castigo de las meras desobediencias, desconectadas de un interés concreto y real o sin la necesidad de hacer referencia a él”. Luego, concluye el autor indicando que, como ha existido un adelantamiento de las barreras de punición “a estos estados o momentos muy anteriores a la lesión de bienes jurídicos, el Derecho penal estaría utilizándose en forma más bien simbólica”<sup>237</sup>.

En este sentido, hay autores que han planteado la abierta inconstitucionalidad de esta clase de delitos, toda vez que atenta contra la presunción de inocencia, consagrada en nuestra Constitución en el art. 19 N°3, inc. 6<sup>238</sup>.

Esto es concordante con las palabras de Guzmán Dalbora, quien ha sostenido que “Aquello que sentenció un diputado en la tramitación de la reforma de los hurtos insignificantes, que “en esta materia, más allá de las penas o rigores, está el mensaje que se entrega a la ciudadanía, en términos de protección: éste es el mensaje de fondo”, o sea, actuar sobre el miedo con fantasías de derecho penal simbólico, puede predicarse del conjunto de modificaciones del último tiempo. Con la reserva de que este simbolismo se transforma en potente maza al llegar el instante de aplicar sus consecuencias a los infelices que tendrán que sufrirlas. O expresado de otra manera: el contenido manifiesto del mensaje reside en que se quiere prevenir el delito, pero el contenido latente apunta en muy otro rumbo: castigar sin miramientos a sus autores. No es, por tanto, un Derecho penal simbólico de pura cepa, aquel que produce preceptos penales a sabiendas de que no tendrán aplicación ni efecto real, aunque comparta con él la actitud del demagogo que prorrumpa en declamaciones sin conocer o captar bien lo que afirma”<sup>239</sup>.

### 3. *Ley N° 20.000 como manifestación del Derecho penal del enemigo*

Debido a los comentarios recién planteados, en cuanto a las características de este delito (y los demás de la Ley N° 20.000) resultan ilustrativas las palabras de Guzmán Dalbora en un estudio necrológico de Politoff: “Ante una materia [delitos de estupefacientes] tan maltratada por la legislación —supuesto que merezcan el nombre de leyes unas reglas espasmódicas, errátiles, ayunas de técnica, ciegas a la realidad doliente de los desamparados, irracionales en sus supuestos y desproporcionadas hasta la crueldad en sus consecuencias, sorprende que un penalista serio mida armas con el vástago perfecto del Derecho penal autoritario o, como se acostumbra a calificarle hoy, «del enemigo», máxime considerando la antipatía del autor por la doctrina política de que proviene el engendro. Sin embargo, él era de la opinión de que el riesgo de aparecer enfrascado en una ciencia

---

237 *Ibidem*, pp. 236-237.

238 GONZÁLEZ WITTING, Marcos, cit. (n. 80), p. 63.

239 GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Bosquejo*, cit. (n. 12), p. 195.



schifosa, con el consiguiente desmedro de su prestigio como estudioso, era menos grave que entregar este grupo de disposiciones a las contingencias intuitivas o los automatismos exegéticos de una praxis oscilante entre la severidad y la indulgencia. Y hay que decir en su favor que no se trazó el propósito de sistematizar la cuestión, porque todo sistema supone una organización racional del pensamiento, fundada, a su vez, en la racionalidad intrínseca del objeto de ese contenido intelectual. En cambio, los estudios, muy meritorios, que elaboró sobre puntos específicos, ponen en ellos orden y concierto, contribuyendo efectivamente a un manejo racional dentro la insensatez irremediable que aqueja al conjunto”<sup>240</sup>.

Se ha visto que la política criminal que inspira a los delitos de estupefacientes es una de índole represiva, “que no integra aspectos de prevención y de rehabilitación y, lo que es peor, que contradice los más elementales principios de un Estado de Derecho”<sup>241</sup>. Cabe señalar que durante la discusión de la Ley N° 20.000 incluso se planteó que “Hoy, sin duda, en los países desarrollados rige una legislación absolutamente garantista, en que se presume la buena fe y en que rigen todos los principios de derecho que han informado nuestra legislación penal, pero afortunadamente el mundo está cambiando en este tema (...), el enfoque legislativo en el tema de la droga está cambiando, y no sólo cambiando, sino que tiene una vertiente radicalmente distinta a lo que es la legislación común (...) tenemos que ir a una legislación de carácter excepcional”<sup>242</sup>.

Es así como se adoptó una regulación que pugna con las tradicionales garantías penales, en donde el poder punitivo ha discriminado a ciertos individuos, involucrados en la “guerra de la droga”, que pugnan con los intereses de la sociedad, tornándose enemigos de ésta<sup>243</sup>. En esta batalla, como se dijo, fue necesario consagrar un Derecho penal diferente, que pudiese proteger de forma óptima lo que la comunidad considera valioso<sup>244</sup>.

---

240 GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Estudio necrológico: Sergio Politoff Lifschitz o la perseverancia creadora de una vida emigrante*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 12 (2010), pp. 32-33, disponible en [http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/GUZMAN%20\\_1\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/GUZMAN%20_1_.pdf)

241 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.000*, cit. (n. 22), p. 484.

242 *Ibidem*, p. 297. Ante estas palabras resulta inevitable intentar mitigar esta situación crítica para el Estado de Derecho, al punto de resignarse y afirmar que “Las políticas criminales siempre han tenido su cuota de irracionalidad”. STEINERT, Heinz, *Más allá del delito y de la pena*, en HULSMAN, Louk H. C. *et alii*, *Abolicionismo penal* (traducción de Marriano Ciafardini y Mirta Bondanza) (Buenos Aires, Ediar, 1989), p. 35.

243 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal* (Buenos Aires, Ediar, 2006), p. 11.

244 Con todo, no es claro que la sociedad haya participado efectivamente en esta adopción. Binder ha indicado que el ciudadano ignora que él, a través de su acción u omisión, participa en la producción de una determinada política criminal que también le afectará. BINDER, Alberto M., *Política criminal: de la formulación a la praxis* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997), p. 41. A pesar de esto, hasta poco tiempo atrás eran totalmente asertivas las palabras de Rivacoba: “lo peor, lo más espantable, es que no se advierta en el país ningún movimiento de crítica y protesta en la materia, casi ni voces aisladas, y no ya de manera inconcreta en el ambiente social, entre la gente profana a estas cuestiones, sino tampoco entre los juristas, y más recortadamente los penalistas; todo lo contrario. Pues el *punctum pruriens* no radica en reconstruir con criterio más o menos restrictivo o criticar con más o menos vigor estas o aquellas instituciones, sino en algo a la vez más profundo, más amplio y más elevado. Y en el fondo, ¿no consistirá en discutir y dilucidar si lo que llamamos Derecho Penal es un Derecho antropológicamente fundado, de seres humanos para seres humanos, tratados como humanos, o, en otras palabras, verdadero Derecho y no un sistema y aparato de coerciones e imposiciones?”. Cfr. Rivacoba, Manuel de, *Las sucesivas*, cit. (n. 5), p. 76.

Hemos sostenido que la regulación penal de los estupefacientes en nuestro país se condice con el Derecho penal del enemigo. Al respecto, Cancio Meliá señala ciertas características para reconocer esta especial regulación:

- (i) Existe un amplio adelantamiento de la punibilidad, “es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual– retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido)”.
- (ii) Las penas que se contemplan son desproporcionadamente altas, “la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada”.
- (iii) Por último, ciertas garantías procesales se vuelven relativas o, incluso, se suprimen<sup>245</sup>.

Somos del parecer que, por las características del delito de pseudo tráfico culposo, así como por las diversas conculcaciones de éste a los principios del Derecho penal, el tipo penal objeto de este trabajo es un claro ejemplo de este especial Derecho, donde el legislador no dialoga, sino que amenaza<sup>246</sup>.

Por un lado, debemos recordar la naturaleza de delito de peligro abstracto, en donde el legislador ha estimado *ex ante* que cierta situación es peligrosa para el bien jurídico o, como también se ha planteado, el riesgo ha sido motivación para la tipificación de la conducta. Así, se castiga penalmente un estado previo a la efectiva lesión del interés jurídicamente protegido. Sobre este punto Jakobs es crítico, llegando a sostener que “El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico”<sup>247</sup>.

Así, vemos que en el peligro de una difusión incontrolable de ciertas especies vegetales hay un adelantamiento de la punibilidad, toda vez que por la mera realización por parte del sujeto de las conductas señaladas en el art. 10, inc. 2 se deberán imponer las sanciones señaladas en la disposición, no admitiéndose prueba en contrario.

Ahora, las penas que se contemplan en la norma creemos son desproporcionadas, ello en consideración a la afectación del bien jurídico, por cuanto el legislador no ha exigido un efectivo riesgo para el bien. Por lo demás, como ya se ha indicado *supra*, nos parece del todo criticable que no tenga la misma penalidad que el delito de tráfico de precursores, debido a que creemos que el injusto en estos dos ilícitos es similar.

Por último, con respecto al tercer requisito, compartimos lo dicho por Hidalgo quien, analizando el delito de tráfico de precursores, ha señalado que si bien, con respecto al ilícito

---

245 CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿“Derecho penal” del enemigo?, en JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005), pp. 90-91.

246 MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005), p. 25.

247 JAKOBS, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos) (Buenos Aires, Ad.-Hoc, 1996), pp. 184-185.

en particular, no puede sostenerse que las garantías procesales se vuelvan relativas, sí es dable afirmar esto respecto de la ley N° 20.000, toda vez que entrega diversos mecanismos investigativos de los delitos tipificados, pudiendo encontrar aquí al agente encubierto y las entregas vigiladas, entre otros ejemplos<sup>248</sup>. Con todo, creemos que la característica de ser este ilícito un delito de peligro abstracto que conculca, por tanto, la presunción de inocencia, es una muestra suficiente de esta flexibilización de las garantías procesales a las que alude Cancio Meliá.

El legislador, sin dudas, ha consagrado en la Ley N° 20.000 una clase especial de Derecho penal, alejado de las garantías constitucionales que tradicionalmente han sido respetadas por esta rama del Derecho. Al respecto, Pavez y Prat sostienen que “teniendo en cuenta los objetivos de la política de guerra contra las drogas, se puede señalar que lo que se está protegiendo es la estabilidad, la inmutabilidad de los valores de la sociedad cristiano occidental (...). Sería por tanto la protección de una supuesta forma de vida occidental, de un estándar de vida determinado lo que protegerían las leyes de prohibición, otorgándole a la ley penal una función de moralidad pública, que ésta no tiene (...) en definitiva, tal como aparece configurada la legislación actual sobre la droga, no hay un bien jurídico protegido y por tanto no hay legitimidad para la intervención punitiva. Los objetivos declarados no son tales y surgen otros no declarados: en primer lugar la función moralizadora, que a su vez esconde una multiplicidad de otras funciones no declaradas, entre las cuales evidentemente están las de carácter económico”<sup>249</sup>.

Creemos que es correcto afirmar que existe una función moralizadora de la ley, la cual se contempla, además, en cada uno de los convenios internacionales relativos a la materia. Con todo, estimamos que la salud pública sí es un bien jurídico merecedor de protección jurídica, aun cuando pensamos que la vía adecuada para ello es la normativa administrativa, por lo menos en lo que respecta a este delito.

Por último, sobre el Derecho penal del enemigo y su inclusión en nuestro Ordenamiento jurídico, no cabe más que abogar por su paulatino abandono, pues es “la hora de contener en lo posible el afán de abroquelar sin mesura el sistema punitivo, es decir, que se impone una labor de defensa. Habrá que atender circunstancias más serenas a cuyo abrigo la reflexión pueda acometer la noble y compleja empresa de reforma de la legislación penal. En el ínterin, ciencia y arte de la legislación deberían centrarse en la salvaguarda del Estado de Derecho, haciendo suya la sugerencia que Hans von Hentig formuló al criminalista, el deber de “mantenerse firme, paralizar las reformas propuestas y defender el *statu quo* hasta que la inundación haya cesado; porque “cuando el mundo haya recobrado sus sentidos, la ola del delito se calmará y la especulación progresiva reemplazará a la retardada regresión que pudo haber sido la única recompensa de nuestra audacia y de nuestra honestidad científicas”<sup>250</sup>.

---

248 HIDALGO, Catalina, cit. (n. 58).

249 PAVEZ FARIAS, Juan; PRAT LOPICICH, Arturo, cit. (n. 233).

250 GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Bosquejo*, cit. (n. 12), p. 197.

## CONCLUSIONES

Muñoz Conde, analizando la labor de los penalistas durante la segunda mitad del siglo XX, se ha preguntado: “¿Son la temporalidad y la historicidad del ser humano tan relativas que lo que hoy nos parece normal puede ser considerado mañana como una aberración jurídica e incluso humana?”<sup>251</sup>.

Si bien no podemos comparar el contexto político de aquella época con el actual, sí podemos reconocer la existencia de un especial Derecho penal dirigido a ciertos “extraños a la comunidad”. En este ámbito se circunscribe el pseudo tráfico culposo.

El ilícito penal, tipificado en la Ley N° 20.000, es manifestación de una política criminal clara, en la cual se debe combatir la guerra contra la droga a fin de proteger a la sociedad. Esta lucha, con todo, se realiza de forma mancomunada entre los diversos Estados a través de tratados internacionales que imponen a las partes obligaciones legislativas.

Nuestro país ha dado cumplimiento a estos instrumentos internacionales, modificando la legislación vigente con el objeto de afrontar la problemática relativa a estupefacientes. Así, se ha consagrado un Derecho punitivo que no guarda relación con el Derecho penal tradicional, en cuanto ha existido un adelantamiento de la punibilidad, penas desproporcionadas y garantías procesales relativizadas.

Una clara manifestación de este Derecho penal del enemigo es el pseudo tráfico culposo, toda vez que su tipificación conlleva la conculcación de diversos límites del Ordenamiento jurídico-penal.

Este delito fue contemplado en la Ley N°20.000 y sus antecesoras con el fin de dar protección al bien jurídico supraindividual salud pública ante eventuales peligros que pudieren afectarlo. Ahora, el legislador ha indicado los supuestos en que existe este riesgo para el bien jurídico (entendido como peligro de difusión incontrolada de ciertas especies vegetales), el cual no es necesario que se verifique en el caso concreto.

Por lo demás, esta puesta en peligro del interés jurídicamente tutelado no puede ser cometida por cualquiera, sino que se requiere de un sujeto especial propio, a saber, una persona natural autorizada por el SAG para cultivar las especies antes nombradas.

En este sentido, el sujeto activo podrá afectar a la sociedad (sujeto pasivo del ilícito) a través de un abandono de esas especies (en lugares de fácil acceso al público) o abstención de cumplimiento de las obligaciones que buscan protegerlas. Cabe señalar que dichas conductas exigen “imprudencia o negligencia culpable”, por lo que estamos frente a un delito culposo de omisión propia.

Ahora, con respecto al objeto material del delito, si bien el art. 10, inc. 2 alude a plantas, rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas, por una interpretación sistemática de

---

251 MUÑOZ CONDE, Francisco, *El penalismo olvidado*, en GUZMÁN DALBORA, José Luis (coord.), *Nos ad justitiam ese natos. Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011)* 1 (Valparaíso, Edeval, 2011), p. 670.

la Ley N° 20.000 y su reglamento se arriba a la conclusión que son objeto material las especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, señaladas en el art. 5 del reglamento de la Ley N° 20.000.

Se debe mencionar además que este ilícito trae aparejada la pena de reclusión o relegación menor en su grado mínimo y multa de veinte a doscientas unidades tributarias mensuales, no condiciéndose esta penalidad con la naturaleza jurídica de delito culposos.

Por otro lado, a través del análisis dogmático de la disposición se han dilucidado diversas vulneraciones a los principios de legalidad, lesividad, intervención mínima, proporcionalidad y culpabilidad, lo que no hace más que confirmar la política criminal que existió en la tipificación de esta figura.

Con todo, en el último tiempo han existido opiniones disidentes a la regulación jurídico-penal de estupefacientes que ha realizado no tan sólo nuestro legislador, sino el resto de los Estados Parte de los compromisos internacionales anteriormente aludidos<sup>252</sup>. Así, esperamos que un análisis crítico de esta materia, realizado por los diversos operadores jurídicos, pueda resultar en una modificación de las normas existentes, toda vez que parece incompatible que en un Estado de Derecho coexistan garantías constitucionales en el ámbito penal y, por otro lado, el Derecho penal del enemigo, refractario de todo garantismo.

En este sentido, recordando la pregunta de Muñoz Conde, esperamos que esta legislación pueda contemplar, a futuro, medidas preventivas más que represivas, insertas en un marco constitucional de verdadero respeto a las garantías penales y, por tanto, de las personas destinatarias de la norma penal, pasando a ser el Derecho penal del enemigo una aberración jurídica de la cual los penalistas, por meros incentivos académicos, tengan ocasión de analizar.

---

252 Por ejemplo, en España se ha sostenido que: “(i) El Estado de Derecho está siendo conmovido igualmente desde otros puntos de vista: Ante todo, la acentuación de la vía represiva ya ha mostrado que no se detiene ante los principios garantistas del Derecho Penal, habiéndose creado figuras delictivas que violan los principios de seguridad jurídica o de proporcionalidad de las penas (...) (ii) En otro sentido, la protección de la salud a la que aspira con semejantes preceptos resulta notablemente distorsionada. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que suele ser habitual en nuestra sociedad entre ciudadanos adultos, no se respeta el principio de que la salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada. En segundo lugar, porque es precisamente la prohibición la que, al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el consumidor en cada caso, lo que es origen de daños tan importantes a la salud como las muertes por sobredosis, SIDA, hepatitis B u otras complicaciones sanitarias. A su vez, la regulación represiva, al suponer una mayor marginación del consumidor, lejos de obtener la tutela de la libertad de autodeterminación del ciudadano, produce un efecto pernicioso para la misma. (iii) Los efectos de la prohibición a nivel internacional son igualmente negativos. La cuestionable distinción entre drogas legales o ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos”. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (ESPAÑA), *Manifiesto por una nueva política sobre la droga* (s.l., s.d.), disponible en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1989\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1989_07.pdf)

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. DOCTRINA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del Derecho*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 32 (Valparaíso, 2009) 1.

AMBOS, Kai, *Legislación penal de drogas en Países Bajos (NL), Alemania (D), España (E), Gran Bretaña (GB) y Dinamarca (DK) a la vista de la armonización legal* en, EL MISMO, Kai, *Estudios de Derecho penal y procesal penal. Aspectos del Derecho alemán y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

ARRIETA CONCHA, Nicolás, *Evolución normativa del derecho chileno en materia de tráfico ilícito de drogas*, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 45 (Santiago, 2010).

ARROYO ZAPATERO, Luis, *El objeto material en el art. 368 del CP: Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en SORIANO SORIANO, José Ramón (director), *Delitos contra la salud pública y contrabando* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000).

ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán, *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional* (Madrid, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, 2008).

ARZT, Gunther, *La parte especial del Derecho penal sustantivo*, en ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho y al Derecho penal procesal* (traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer) (Barcelona, Editorial Ariel, 1989)

ATRIA, Fernando, *¿Existen los derechos sociales?* (s.l., s. d.), disponible en [www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf](http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf)

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999).

BARRÍA LARRAÍN, Javiera, *El consumo de drogas en la ley N° 20000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* (Viña del Mar, Universidad Adolfo Ibáñez, 2006).

BECKER, Gary S. *et alii*, *El mercado de bienes ilegales: el caso de la droga* (s.l., s.d.), disponible en <http://microeconomia.org/guillermopereyra/wp-content/uploads/v8n15a2.pdf>

BERISTAIN, Antonio, *La droga. Aspectos penales y criminológicos* (Bogotá, Editorial Temis, 1986).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 18.403 sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y deroga la Ley N° 17.934* (Valparaíso, 1985), disponible en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?anio=1985](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=1985)

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 19.366 Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga la ley N° 18.403* (Valparaíso, 1995).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.000 Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* (Valparaíso, 2005), disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20000/HL20000.pdf>

BINDER, Alberto M., *Política criminal: de la formulación a la praxis* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997).

BOIX REIG, Javier, *Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas*, en SORIANO SORIANO, José Ramón (director), *Delitos contra la salud pública y contrabando* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000).

BRITO CASTRO, Paula, *Los delitos de robo, hurto y tráfico ilícito de estupefacientes a la luz de los principios actuales de política criminal* (Santiago, Universidad de Chile, 1997).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El delito culposo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; GONZÁLEZ, Carlos; RODRÍGUEZ, Josep, *Drogas y Política criminal en España*, en *Derecho penal y criminología* 12 (1990) 41-42.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal* (Madrid, Editorial Trotta, 1999), II.

CABEZAS CABEZAS, Carlos, *Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 34, Valparaíso, 2010), p. 233, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n34/a07.pdf>

CALDERÓN SUSÍN, Eduardo, *La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido*, en SORIANO SORIANO, José Ramón (director), *Delitos contra la salud pública y contrabando* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000).

CANCIO MELIÁ, Manuel, *¿“Derecho penal” del enemigo?*, en JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005).

CARNEVALI, Raúl, *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*, en *Ius et Praxis* 14 (Talca, 2008) 1, pp. 13-48, disponible en [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000100002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002)

CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000* (s.l., s.d.), disponible en [www.politicacriminal.cl/\\_n\\_06/d\\_1\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/_n_06/d_1_6.pdf)

CEDRÓN, Claudia, *Conversaciones con Louk Hulsman en El Agora. 21 de noviembre de 2006* (s.l., s.d.), disponible en <http://www.elagora.org.ar/site/documentos/Conversaciones-con-Louk-Hulsman.pdf>

CISTERNAS VELIS, Luciano, *El microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Librotecnia, 2009).

CONSEJO NACIONAL PARA EL CONTROL DE ESTUPEFACIENTES, *Manual de la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas Ley N° 19.366* (Santiago, Conace, 1996).

CORCOY, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1989).

CORNEJO, Abel, *Los delitos del tráfico de estupefacientes* (Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1994).

CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006).

CORREA BULO, Luis, *Clase magistral sobre proyecto de ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción* 11 (1993) 1.

CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011).

CURY, Enrique, *La ley penal en blanco* (Bogotá, Editorial Temis, 1988).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal*, en *Revista de Derecho* 18 (s.l., s.d., 2005) 1, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100008&script=sci_arttext)

DONINI, Massimo, *La relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico* (traducción de Cristina Méndez Rodríguez) (s.l., s.d.), disponible en [http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Metodo%20democratico-Donnini%20\\_9\\_.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Metodo%20democratico-Donnini%20_9_.pdf)

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), I.

GIACOMAN ARAMAYO, Diego, *Política de drogas y situación carcelaria en Bolivia* (s.l., s.d.), disponible en [www.druglawreform.info/images/stories/documents/Sistemas\\_sobrecargados/Resumenes/sistemas%20sobrecargados-bolivia-web2.pdf](http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/Sistemas_sobrecargados/Resumenes/sistemas%20sobrecargados-bolivia-web2.pdf)

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los art. 31.1 y 65.3, CP*, en MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directores), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995* (Buenos Aires, Euros Editores, 2006).

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes* (3ª edición, Barcelona, Bosch, 1998).

GONZÁLEZ WITTING, Marcos, *El delito de microtráfico de drogas* (Santiago, Editorial El Jurista, 2010).

GRACIA MARTIN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003).

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (ESPAÑA), *Manifiesto por una nueva política sobre la droga* (s.l., s.d.), disponible en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1989\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1989_07.pdf)



GUILLÉN LÓPEZ, Germán, *Discusión político-criminal en torno al tráfico de drogas* (s.l., s.d.), disponible en [http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54\\_2939\\_edyg-v2-n19262009-guillen.pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_2939_edyg-v2-n19262009-guillen.pdf)

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal en Chile*, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA Pérez, Octavio, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)* (Montevideo, B de F Ltda., 2008).

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Estudio necrológico: Sergio Politoff Lifschitz o la perseverancia creadora de una vida emigrante*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 12 (2010), disponible en [http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/GUZMAN%20\\_1\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/GUZMAN%20_1_.pdf)

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Reflexiones penales de verano para leer en el invierno*, en *La semana jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013).

HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva* (2ª edición, traducción de Patricia Ziffer) (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998).

HIDALGO, Catalina, *El delito de tráfico de precursores en la Ley N° 20.000: antecedentes, análisis dogmático y político-criminal*, en *Revista de Estudios Ius Novum* 6 (2013, en edición).

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992).

JAKOBS, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos) (Buenos Aires, Ad.-Hoc, 1996).

JAKOBS, Günther, *¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal*, en *Cuadernos de política criminal* 100 (s.l., s.d., 2010) 2.

JOSHI JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP* (Barcelona, José María Bosch editor, 1999).

LABATUT GLENA, Gustavo; ZENTENO VARGAS, Julio, *Derecho penal*, (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II.

MARTÍNEZ LAZCANO, Marco, *La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico*, en *Política criminal* 6 (2011) 12. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992011000200001&script=sci\\_arttext#12](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992011000200001&script=sci_arttext#12)

MATUS, Jean Pierre, *Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes*, en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999).

MATUS, Jean Pierre, *Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000*, en *Ius et Praxis* 11 (Talca,

2005) 2, disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200011&script=sci_arttext)

MATUS, Jean Pierre, *La Política Criminal de los Tratados Internacionales*, en *Ius et Praxis* 13 (Talca, 2007) 1, disponible en [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100010&script=sci\\_arttext#nota13](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100010&script=sci_arttext#nota13)

MATUS, Jean Pierre, *Sobre la necesidad de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, en EL MISMO, *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal* (Barcelona, Ediciones Ariel, 1962), I.

MOCCA, Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, (José María Bosch Editor, Barcelona, 1997).

MUÑOZ R., Eduardo, *Problemas de interpretación del artículo 1 de la actual ley de drogas y estupefacientes*, en *Revista chilena de Ciencia penitenciaria y de Derecho penal* 17 (1992) 1.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005).

MUÑOZ CONDE, Francisco, *El penalismo olvidado*, en GUZMÁN DALBORA, José Luis (coord.), *Nos ad justitiam ese natos. Libro de homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011)* 1 (Valparaíso, Edeval, 2011).

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho penal. Teoría del delito* (Santiago, Editorial McGraw-Hill Interamericana de Chile, 1997).

NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus, *Principales problemas de la prevención general* (traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw) (Buenos Aires, Euros Editores, 2006)

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

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre dos perspectivas constitucionales acerca del consumo de drogas*, en *Ius et Praxis* 3 (Talca, 1997) 2, p. 354.

NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, *Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario*, en *Política criminal* 4 (Santiago, 2008) 8, p. 386, disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_04/n\\_08/Vol4N8A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf)

OSORIO Y NIETO, César Augusto, *Delitos contra la salud* (2ª edición, México D.F., Editorial Porrúa, 2002).

OSSANDÓN, María Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).

PALACIOS MORENO, Fernando, *Estructura de la interpretación de la ley penal chilena* (Santiago, Librotecnia, 2010).

PASTÉN RAMOS, Francisco, *Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Comentario general* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1996).

PAVEZ FARIÁS, Juan; PRAT LOPICICH, Arturo, *Análisis crítico de la Ley N° 20.000* (Santiago, Universidad de Chile, 2006), disponible en [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/pavez\\_j/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/pavez_j/html/index-frames.html)

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2000).

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto, *Análisis del artículo 367 ter del Código Penal: Visión crítica* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012).

RANDY, Paige, *Entrevista con Milton Friedman acerca de la guerra contra las drogas* (s.l., s.d.), disponible en <http://www.liberalismo.org/articulo/350/53/entrevista/milton/friedman/acerca/guerra/>

REBOLLEDO LATORRE, Lorena, *Delito de elaboración ilegal de drogas*, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 45 (s.l., s.d., 2010).

RETTIG, Mauricio, SÁEZ, Ruby; SANTANDER, Cristián, *El tipo penal de microtráfico* (s.l., Universidad de Valparaíso, s.d.)

RIVACOBA, Manuel de, *Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo*, en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2000).

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general* (traducción -de la 2ª edición- de Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*) (Madrid, Editorial Civitas, 1997), I.

ROXIN, Claus, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen* (traducción de Manuel Cancio Meliá), en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología* (s.l., s.d.), disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.

ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2008).

RUIZ DELGADO, Fernando, *El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000*, en *Política criminal* 8 (s.l., s.d., 2009) A, disponible en [www.politicacriminal.cl/n\\_08\\_4\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08_4_8.pdf)

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema* (2ª edición, Buenos Aires, B de F, 2003).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª edición, Buenos Aires, Euros Editores, 2011).

SOLARI PERALTA, Tito, *Delitos sobre estupefacientes (Legislación comentada)*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 10 (Valparaíso, 1986).

STEINERT, Heinz, *Más allá del delito y de la pena*, en HULSMAN, Louk H. C. *et alii*, *Abolicionismo penal* (traducción de Marriano Ciafardini y Mirta Bondanza) (Buenos Aires, Ediar, 1989).

TORRES FUENZALIDA, Anthony, *Estupefacientes, drogadicción y delitos contemplados en la Ley N° 18.403* (Concepción, Universidad de Concepción, 1991).

VIVANCO CONTRERAS, Ángela, *Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (s.l., s.d.), disponible en [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100007&script=sci\\_arttext#4](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100007&script=sci_arttext#4)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal* (Buenos Aires, Ediar, 2006).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Ediar, 2005).

ZAVIDICH DIOMEDI, Carolina, *El concurso de delitos: cultivo en relación con tráfico y microtráfico*, en *Revista jurídica del Ministerio público* 42 (Santiago, 2010).

## 2. Fuentes normativas

### a) Nacionales

Constitución Política de la República.

Código Penal.

Ley N° 17.155 de 11 de junio de 1969 (derogada).

Ley N° 17.934 de 16 de mayo de 1973 (derogada).

Ley N° 18.403 de 4 de marzo de 1985 (derogada).

Ley N° 19.366 de 30 de enero de 1995 (derogada).

Ley N° 20.000 de 16 de febrero de 2005.

Decreto N° 67 del Ministerio de Salud que aprueba el reglamento de la Ley N° 20.000.

### b) Extranjeras

(i) Argentina

Ley N° 23.737 de tenencia y tráfico de estupefacientes que modifica y agrega artículos al código penal. Disponible en [www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.htm](http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.htm)

(ii) Bolivia

Ley N° 1.008 ley del régimen de la coca y sustancias controladas de 1988. Disponible en [www.aipe.org.bo/public/lst\\_politicas\\_publicas\\_nac/LST\\_POLITICAS\\_PUBLICAS\\_NAC\\_ley\\_1008\\_es.pdf](http://www.aipe.org.bo/public/lst_politicas_publicas_nac/LST_POLITICAS_PUBLICAS_NAC_ley_1008_es.pdf)

(iii) Colombia

Ley N° 30 de 1986 por la cual se adopta el estatuto nacional de estupefacientes y se dictan otras disposiciones. Disponible en [www.alcaldiabogota.govcol/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2774](http://www.alcaldiabogota.govcol/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2774)

Reglamento, disponible en [ministeriopublico.poderjudicial.go.cr/cooperintern/Normativa%20Nacional/02-Narcotrafico/02.pdf](http://ministeriopublico.poderjudicial.go.cr/cooperintern/Normativa%20Nacional/02-Narcotrafico/02.pdf).

Proyecto de ley de 2012 por medio del cual se expide el estatuto nacional de drogas. Disponible en [www.druglawreform.info/images/stories/Estatuto\\_Nacional\\_de\\_Drogas\\_sep\\_2012.pdf](http://www.druglawreform.info/images/stories/Estatuto_Nacional_de_Drogas_sep_2012.pdf)

(iv) Costa Rica.

Ley N° 8.204 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo.

(v) Cuba

Código penal, en particular, sección cuarta *–Producción, venta, demanda, tráfico, distribución y tenencia de ilícitos de drogas estupefacientes, sustancias sicotrópicas y de otros efectos similares–*, del capítulo V *–Delitos contra la salud pública–*, del libro II *–Parte especial. Delitos–*, art. 390 a 393. Disponible en [www.gacetaoficial.cu/html/codigo\\_penal.html#A13](http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html#A13)

(vi) Brasil

Ley N° 11.343 de tóxicos. Disponible en [www.jusbrasil.com.br/legislacao/95503/lei-de-toxicos-lei-11343-06](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/95503/lei-de-toxicos-lei-11343-06)

(vii) Ecuador

Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, codificación 25, año 2004. Disponible en [webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LgdJ3KJjOGUJ:www.oas.org/jurídico/mla/sp/ecu/sp:ecu-mla-law-substancia-2004.doc+ley+de+estupefacientes+ecuador&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=cl](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LgdJ3KJjOGUJ:www.oas.org/jurídico/mla/sp/ecu/sp:ecu-mla-law-substancia-2004.doc+ley+de+estupefacientes+ecuador&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=cl)

(viii) España

Código penal, en particular, capítulo III *–Delitos contra la salud pública–* del título XVII *–Delitos contra la seguridad colectiva–*, art. 359 a 378. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

(ix) México

Código penal, en específico, capítulo I *–De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos–* del título VII *–Delitos Contra la Salud–*, art. 193 a 199. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>.

Ley general de salud de 1984. En particular, consultar el capítulo IV *–Programa contra la farmacodependencia–* del título XI *–Contra las adicciones–*, art. 191 a 193 bis; título XII *–Control sanitario de productos y servicios de su importación y exportación–*, capítulo V *–Estupefacientes–*, art. 234 a 243; y capítulo VI *–Substancias psicotrópicas–*, art. 244 a 256. Disponible en [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf)

(x) Paraguay

Ley N° 1.340 de 1988 que modifica, adiciona y actualiza la Ley N° 357/72 que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes. Disponible en <http://www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=3666>.

Ley N° 1.881/2002. Disponible en [www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=6898](http://www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=6898)

(xi) Perú

Ley N° 1.881/2002. Disponible en [www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=6898](http://www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=6898)

(xii) Uruguay

Ley N° 17.016 de estupefacientes y sustancias que determinen dependencia física o psíquica. Disponible en [www.infodrogas.gub.uy/html/marco\\_legal/documentis/01-Ley17016.pdf](http://www.infodrogas.gub.uy/html/marco_legal/documentis/01-Ley17016.pdf)

c) Instrumentos internacionales

Acuerdo entre los gobiernos de Chile y Venezuela sobre prevención, control, fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrito en 1993.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.

3. *Jurisprudencia*

Sentencia de la segunda sala del Tribunal Constitucional, Rol n° 2154-11, de fecha de ingreso 27 de diciembre de 2011.

4. *Resoluciones*

SAG. Resolución exenta N° 147 de 31 de enero de 2011.

SAG. Resolución exenta N° 1272 de 8 de marzo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 1537 de 22 de marzo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 1660 de 28 de marzo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 1720 de 29 de marzo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 1778 de 30 de marzo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 1779, de 30 de marzo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 2446 de 30 de abril de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 2972 de 25 de mayo de 2012

SAG. Resolución exenta N° 3046 de 28 de mayo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 3068 de 29 de mayo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 3116 de 30 de mayo de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 4081 de 12 de julio de 2012.

SAG. Resolución exenta N° 4181 de 17 de julio de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 4348 de 26 de julio de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 4678 de 9 de agosto de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 4690 de 10 de agosto de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 5000 de 27 de agosto de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 5413 de 12 de septiembre de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 5659 de 27 de septiembre de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 5831 de 2 de octubre de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 5832 de 2 de octubre de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 6129 de 17 de octubre de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 7382 14 de diciembre de 2012  
SAG. Resolución exenta N° 7391, de 14 de diciembre de 2012.  
SAG. Resolución exenta N° 7436 de 19 de diciembre de 2012.  
SAG. Carta N° 1547/2013, Santiago, 19 de mayo de 2013.