

**FUNDAMENTO DE AGRAVACIÓN DE LA PENA EN RAZÓN DE COMETERSE
EL DELITO EN EL INTERIOR O EN LAS INMEDIACIONES DE UN CENTRO
PENITENCIARIO**

Andrés Salazar Cádiz
Abogado Asesor

El presente artículo tiene por finalidad comentar una Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel que rechazó un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, que pretendió enmendar la resolución del Sexto Tribunal Oral de Santiago que impuso la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, a una persona interna en un recinto penitenciario, por haber cometido el delito de microtráfico de drogas, sin que dicho tribunal haya hecho aplicación de la agravante del artículo 19 letra h) de la ley N° 20.000.

La Corte de Apelaciones de San Miguel, haciendo suyos los argumentos del Tribunal Oral, resolvió que no corresponde aplicar al sentenciado la agravante señalada, *“ya que... esa circunstancia de agravación sólo procede imponerla en los casos en que los sujetos del ilícito son personas ajenas al establecimiento penal... recurriendo para ello al artículo 51 del mismo cuerpo legal, que en el caso de las faltas contempladas en la Ley N° 20.000, impone un severo aumento de las penas pecuniarias... sólo respecto de las personas ajenas a esos recintos. De esta manera, por aplicación del método de interpretación analógica “in bonam parte”¹”*.

Además, la Ilustrísima Corte agrega en su considerando décimo que *“teniendo presente lo dicho, no resulta lógico ni razonable pretender aplicar esta hipótesis de agravación de pena a quienes se encuentran reclusos en un recinto penitenciario, que por esa razón no están en condiciones de elegir el espacio físico en el cual pueden cometer el delito de tráfico. Más aún, quien se encuentra privado de libertad en una cárcel está obviamente imposibilitado de obtener o premunirse directamente de sustancias estupefacientes en el medio libre. La única manera de tener acceso a esas sustancias es que le sean proporcionadas por personas ajenas al recinto”*.

Esta posición, a pesar de las argumentaciones desplegadas, a nuestro juicio, desconoce la verdadera finalidad de la agravación de la conducta, y busca aplicar una solución que difiere con la naturaleza misma de la agravante incluida en el artículo 19 de nuestra ley de drogas.

En las siguientes líneas, expondremos nuestros puntos de vista acerca del que consideramos es el real alcance de la agravante en análisis, revisando para ello, previamente, algunas ideas básicas en torno a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, su

¹ Considerando Cuarto, sentencia RUC 0600316424-k

justificación político criminal, la doctrina nacional y el Derecho comparado, haciendo alusión a algunas inconsecuencias que, desde el punto de vista hermenéutico, parece afectar a la solución planteada por la ilustrísima Corte.

1.- Las circunstancias modificatorias en general:

Santiago Mir Puig define las circunstancias modificativas como “aquellos elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el *ser* del delito, sino sólo su gravedad”². Por su parte, don Enrique Cury conceptualiza a éstas como “*un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena en el caso concreto, ya sea, atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo*”³.

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en general, tienen por finalidad adecuar la pena (abstractamente contemplada en el tipo) a la conducta concretamente desplegada por el agente en relación a la efectiva entidad del injusto cometido; es decir, a través de estas reglas de ponderación, el juez en el caso concreto, puede evaluar y ajustar la medida de la pena a la peligrosidad o daño real generado por la acción u omisión imputable al sujeto activo. Sin embargo, para realizar el juicio de valoración, el intérprete de la regla de modificación, siempre debe tener presente el bien jurídico protegido, y cómo la especial circunstancia de comisión aumenta la afección o riesgo para aquel.

Sin embargo, debe considerarse que en este ámbito el juez no es completamente libre y posee ciertas pautas o directrices instauradas por el legislador, a través de las cuales, éste selecciona hechos o circunstancias que pondera como significativas de una mayor o menor capacidad de afección o riesgo para el bien jurídico protegido.

2.- Agravante del artículo 19 letra h); razones de la agravación de la pena del tráfico de drogas por haberse cometido al interior de un recinto penitenciario,

Tal y como planteamos anteriormente, para una correcta interpretación de la procedencia de la agravante debemos atender a su finalidad, o a la valoración del mayor daño al bien jurídico protegido realizada por el legislador. A continuación realizaremos un pequeño repaso de las distintas posturas respecto de la justificación de la agravante en análisis.

A) Doctrina y jurisprudencia nacional.

El profesor Jean Pierre Matus, señala que la razón de la agravación por esta circunstancia es la aglomeración de personas que se da al interior de los centros penitenciarios. En el mismo sentido, Aravena sostiene que lo que especialmente sanciona el legislador es “*valerse de la multitud de personas que dichos lugares suponen, para distribuir más fácilmente la droga,*

² Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”, página 602. Editorial B de F. Séptima edición, 2005.

³ Cury Urzua, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”, página 471. Ediciones Universidad Católica de Chile. Octava edición, 2005.

lo que implica por una parte, pasar inadvertido en el tumulto y por otra “poner en riesgo” la salud de un mayor número de personas”⁴.

Esta postura ha sido recogida por la jurisprudencia de nuestro país. El mismo profesor Matus cita una sentencia de Corte Suprema de fecha 01 de octubre de 1996 que señala que lo importante en esta agravante es *“que en el momento de cometerse el delito haya personas en su interior o en sus inmediaciones, ya que es precisamente la aglomeración de los individuos la que facilita la distribución y el consumo de drogas”⁵.*

Esta posición parece indicarnos que lo que justifica un aumento de la sanción penal tan grave como aquel que establece el artículo 19 de la Ley 20.000 es el hecho que el imputado busque la impunidad de su conducta, pasando desapercibido entre un gentío. De ser este el caso, extraña enormemente que el legislador no haya incluido dentro del precepto otras circunstancias que comparten la misma *ratio legis*, como por ejemplo cometer el delito de noche o en des poblado.

Si bien es cierto, esta tesis recoge circunstancias que efectivamente aumentan el reproche, de acuerdo a la legislación penal de la parte general, en razón de la búsqueda del agente de condiciones más seguras o favorables para ejecutar el ilícito, creemos que en el caso de la ley de drogas, esta posición no explica como se configura la mayor capacidad agresiva de la acción realizada en contra del bien jurídico protegido “salud pública”.

B) Doctrina y jurisprudencia comparada.

El artículo 369 del Código Penal español que contiene los subtipos agravados del delito de tráfico de drogas.

Al respecto, el profesor español Ganzenmüller, señala que la razón del incremento de la sanción dice relación con *“las conductas, sujetos afectados y lugares o condiciones del sujeto activo que producen o amenazan producir un mayor daño al bien jurídico protegido”⁶.*

Respecto a la agravante del artículo 369 N° 1 que aumenta la pena del tipo base en un grado cuando la conducta se realice mediante la introducción o difusión de drogas en establecimientos penitenciarios, el mismo autor señala que *“en cuanto a la justificación de esta mayor penalidad, la experiencia práctica ha demostrado que la difusión y consiguiente consumo de drogas en la cárcel, perturba el proceso rehabilitador del reclusión provocando luchas internas entre los clanes constituidos para ostentar el control sobre el resto de la población reclusa, lo que se traduce en agresiones, violaciones, de unos contra otros, alterando de esta forma la organización administrativa y régimen de*

⁴ Ambas opiniones en Politoff/Matus/Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Páginas 618 y 619.

⁵ Ídem.

⁶ Ganzenmüller/Frigola/Escudero. “Delitos contra la Salud Pública (II), Drogas, Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes”.Página 317. Editorial Bosch. 1997.

convivencia del centro penitenciario exacerbando la ya de por sí precaria situación de los mismos, dada su masificación y falta de medios personales y materiales”.

Por su parte, el Tribunal Supremo Español ha señalado que ella se basa “*en las indudables consecuencias que la irrupción de la droga podía suscitar en los centros penitenciarios, exacerbando su problemática y suscitando en su seno, brotes de criminalidad interna, con resultancias frecuentemente trágicas*”⁷

Cómo podemos apreciar, la corriente española posee otra visión de la agravante; según ésta, la norma tiene por finalidad proteger el orden y organización del establecimiento penitenciario. Si bien es cierto que esta posición tiene el mérito de encontrar un plus de injusto vinculado al tipo base y al bien jurídico protegido, estimamos que aún pueden encontrarse, en la misma línea otros fundamentos más relacionados con el bien jurídico salud pública.

3.- Ratio legis y toma de posición

Para la adecuada ponderación de la aplicación de la agravante debemos en primer lugar identificar el juicio de reproche básico, incluido en el tipo penal de tráfico de drogas, y luego reconocer el plus de injusto que implica la agravación en comento. Esto dice relación con el hecho que toda interpretación de un tipo penal, pasa por la indagación y establecimiento del respectivo bien jurídico cuya protección ha buscado el legislador. Ello resulta insoslayable, toda vez que el delito es, ante todo una lesión relevante de bienes jurídicos, intereses vitales del individuo o de la comunidad, que por su alta significación social son protegidos jurídicamente⁸.

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo Español, debemos concordar que en el delito de tráfico de drogas el núcleo de desvalor de la acción reside en la difusión de drogas, y no en otras variables. La droga es en sí misma un objeto esencialmente peligroso para la salud humana; Su distribución en la sociedad o su puesta en circulación en la población, sin duda, aumenta los riesgos para la salud de las personas a través de su difusión o la propagación de su uso o consumo.

Creemos que la conducta que despliega el agente que comente el delito en un centro de reclusión, aumenta el riesgo generado por la actividad de tráfico de drogas, por razones distintas a las que señala el profesor Matus:

En primer lugar, **interrumpe o pone riesgo los fines de la pena y la rehabilitación de los sujetos internos en un centro de reclusión.** En este sentido, compartimos la opinión ya expuesta por Ganzenmüller y del Tribunal Supremo español acerca de los riesgos que genera la introducción de droga en el sistema carcelario.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 25 de enero de 1996.

⁸ Hans Welzel, en Derecho Penal Alemán, página 15.

De acuerdo al artículo 65 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, el tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto *“inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad”*. Obviamente, la introducción de drogas en los recintos penitenciarios quebranta y pone en riesgo estos fines.

A pesar de las dificultades prácticas evidenciadas en las cárceles del mundo para plasmar estos objetivos, en Chile, existen programas de reinserción social que se ejecutan dentro de las cárceles, para intentar la resocialización de las personas sometidas al cumplimiento de penas restrictivas de libertad, tratando de mejorar las condiciones de vida de éstas, que al mismo tiempo de estar reclusas padecen los efectos de la drogadicción.

Estos esfuerzos tienen su base en una realidad indesmentible: la influencia de la drogodependencia en los índices de criminalidad, que obliga a las personas afectadas por la drogadicción a realizar acciones ilícitas para obtener recursos que permitan financiar los costos generados por su enfermedad⁹. Dentro de estos programas, el Gobierno de Chile, a través de CONACE, ha implementado el llamado “Plan de Intervención en Personas con Consumo Problemático de Sustancias Psicoactivas, Reclusas en los Establecimientos Penitenciarios Chilenos”¹⁰.

⁹ *“Respecto a los estudios existentes que interconectan el consumo de drogas y la comisión de actos delictivos en Chile, se debe mencionar la investigación realizada por CONACE (001) y la realizada por la Unidad Nacional de Investigación Criminológica de Gendarmería de Chile (UNICRIM- 00). El primero consiste en una investigación centrada principalmente en el consumo de drogas ilícitas, (prevalencia de vida) antes de su reclusión en condenados/as, entre 18- 5 años de edad, por robo con intimidación y violencia. La población estudiada correspondió a establecimientos penales de todo el país (1. 17 internos), y sus principales hallazgos son:*

- 89 % de los entrevistados declara haber consumido marihuana, el 59 % pasta base, 43% cocaína, el 33% anfetaminas y 27% chicota.
- 39.5% declara haber consumido drogas ilícitas por más de 5 años y el 45,2 % declara haber consumido diariamente.
- 74 % de las mujeres declara haber consumido pasta base de cocaína y el 50% de haberlo realizado diariamente.
- El 44% declara consumir drogas habitualmente antes de los 1 años.
- 80% declara haber usado más de una droga en su vida y el % declara haber usado 5 o más drogas.
- 26% declara haber cometido el primer delito bajo la influencia de alguna droga, mientras que el 41% declara lo mismo respecto del delito por el cual están actualmente condenados.
- 0% declara haber delinquido única y exclusivamente para comprar droga.
- El 60% de los que han abusado de la droga reconoce haber cometido delitos bajo la influencia de las drogas y el 68% haber delinquido alguna vez sólo con el propósito de conseguir drogas...”

En “Plan de Intervención en Personas con Consumo Problemático de Sustancias Psicoactivas, Reclusas en los Establecimientos Penitenciarios chilenos”, páginas 19 y 20, obtenible en <http://www.conacedrogas.cl>.

¹⁰ Tal y como señala el citado estudio de CONACE existen otros programas de reinserción social que se abocan a una similar finalidad en su página 17: *“Es necesario destacar el programa de Asistencia Sistemática de Tratamiento y Rehabilitación (ASISTYR) que ha brindado tratamiento*

Obviamente, la internación de drogas a nuestros recintos penitenciarios, aumenta la posibilidad que los reclusos adscritos o no a programas de deshabitación de consumo de drogas puedan generar o recaer en la adicción a las mismas, haciendo ilusorios los esfuerzos de rehabilitación y resocialización realizados durante su permanencia en la cárcel.

En segundo lugar, el traficante de drogas encuentra en la población reclusa un mercado propicio (y en estricto rigor cautivo), del cual puede sacar indudables réditos. **La feble situación psicológica y material de las personas sujetas al cumplimiento de penas** al interior de estos recintos los hacen ser un grupo especialmente vulnerable a la adicción a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, situación que ha ameritado una especial protección por parte del legislador.

Creemos que este es el real sentido de las palabras del profesor Héctor Hernández (y no aquel alcance que pretende darle la sentencia que motiva este artículo, en su considerando séptimo) cuando lejos de criticar la introducción de esta agravante, la justifica sosteniendo al respecto que una *“consideración especial merece en todo caso la agravación por cometerse el delito en un centro penitenciario prisión o cárcel... nos parece que... la agravación... se justifica por razones especiales, no sólo por la mera idoneidad del lugar para la difusión del consumo, sino por las particulares condiciones físicas y químicas que presenta la persona reclusa y sometida a un régimen disciplinario represivo y violento por definición...”*.

Es este el verdadero plus de injusto valorado por el legislador a través de la circunstancia modificatoria en comento. Es por ello que, en uso de sus potestades constitucionales, ha establecido una mayor penalidad para quien a través del desarrollo de una objetiva conducta ponga en mayor riesgo la salud de los internos en un recinto penitenciario y a su vez, ponga en juego los fines contemplados para la ejecución de las condenas, la rehabilitación y resocialización de la persona sujeta a ella.

4.- Caso en que es el recluso quien trafica drogas al interior del recinto penitenciario.

En este caso, estimamos que la agravante es también aplicable. La ejecución de un delito de tráfico de drogas por un interno denota una mayor resolución delictiva de aquel.

No es lo mismo traficar droga tras las rejas que en libertad. El pequeño traficante de drogas al interior de un recinto penitenciario, ha debido superar grandes barreras o escollos para hacerse del objeto ilícito, su actitud entonces, **demuestra objetivamente una mayor voluntad criminal**. Además, a nuestro juicio, demuestra una falta de los deberes de

biopsicosocial a reclusos dependientes de las drogas y alcohol a través de un modelo de intervención, de tipo personalizado y multidisciplinario, estructurado en etapas y fases, con intervención de la familia y la red de apoyo externo. El tratamiento se ha desarrollado a través de un modelo de comunidad terapéutica, en el cual los internos viven durante, más o menos, un año calendario en un sistema residencial o ambulatorio”.

Fuente: http://www.conacedrogas.cl/inicio/pdf/tomo_1.pdf.

solidaridad que debieran asistirle para con el resto de las personas que sufren, al igual que él, la privación de libertad, y por el contrario, reflejan un abuso o un provecho de sus condiciones de vida para lucrar con su desesperación y angustia, aumentando el mal del encierro con el suministro de sustancias nocivas para la salud.

En resumen, ni la comisión penal, ni las sanciones disciplinarias, ni la preocupación por el estado humano del resto de la población penal, ni la dificultad planteada por los medios necesarios para hacerse de la droga fueron suficientes para motivar al sujeto a no realizar el hecho ilícito. Todo ello demuestra que proporcionalmente su injusto es mayor que aquel que realiza un tráfico de pequeñas cantidades de drogas en el medio libre.

Si bien es cierto que, en este caso, el sujeto activo por su misma condición, no puede elegir el lugar donde cometerá el delito de tráfico de drogas, mantiene la opción de no cometerlo. En este caso, el mandato del legislador se traduciría en la advertencia siguiente: “*si usted comete el delito dentro de este recinto considerado especialmente por mí, la sanción será aumentada en un grado*”. La opción que tenemos ante esa amenaza es precisamente no cometerlo. Más aún, advertido por distintas formas de amenaza (administrativa y penal) y numerosas reglas de vigilancia.

Por otra parte, creemos que no es correcto el razonamiento de la Corte que señala que “*no resulta lógico ni razonable pretender aplicar esta hipótesis de agravación de pena a quienes se encuentran reclusos en un recinto penitenciario, que por esa razón no están en condiciones de elegir el espacio físico en el cual pueden cometer el delito de tráfico*”. Al parecer, a través de este silogismo la Corte nos lleva a la hipótesis del artículo 63 inciso 2° del Código Penal.

Sin embargo, el fundamento de tal norma es resguardar el principio de *non bis indem*, es decir, que las mismas circunstancias contempladas en el tipo penal básico, no vuelvan a ser el fundamento de la agravación la conducta. Sin embargo, el aumento de sanción no se realiza, en este caso, por un hecho ya contemplado en el tipo base, sino en razón de una especial circunstancia; cometer la conducta en un recinto penitenciario, lugar especialmente protegido por el legislador en razón que irroga un mayor riesgo de difusión de las sustancias prohibidas. Por lo tanto, la circunstancia agravante no es inherente al delito, esto es, al tipo penal del artículo 3° o 4° de la ley de drogas.

Tampoco lo agravado es una circunstancia o característica personal, en este caso, “el hecho de ser reo”, sino por el contrario una circunstancia objetiva; cometer el delito en un recinto penitenciario. En el mismo orden de ideas, no será motivo de agravación el hecho que un condenado que cumple su sanción mediando el beneficio reclusión nocturna durante el día venda drogas en su domicilio. Por otra parte, el delito de tráfico de drogas subsiste, sin que el sujeto activo posea esa característica personal, lo que demuestra que ella no es una circunstancia inherente al delito.

Por último, creemos que en este caso no resulta apropiado recurrir al artículo 51 de la Ley de drogas y utilizar una interpretación por analogía para fundamentar esta posición,

recurriendo al principio pro-reo. Dicha interpretación, a la luz de lo expuesto parece forzada y estirar demasiado las normas y la intención del legislador.

Esta crítica tiene su fundamento, por que esta forma de interpretación de acuerdo al artículo 19 del Código Civil es subsidiaria, ya que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal. De ser el caso, en segundo lugar, debe recurrirse al espíritu o intención del legislador, que según hemos visto, es sancionar con una mayor penalidad a quien difunda drogas en un sector de la sociedad especialmente vulnerable como aquellas personas privadas de libertad. Una interpretación contraria significa entonces desatender tanto el tenor literal, como la intención del legislador.

Por último, el artículo 51 regula las faltas de la ley drogas, cuya magnitud de injusto y fundamento de sanción, no tiene relación alguna con la agravación de los delitos de la Ley N° 20.000, por lo tanto nos puede aplicarse la analogía que conceptualmente entiende que ante una misma razón debe darse una similar regulación. Por último, parece contradictorio el hecho de que la norma citada extrema al máximo la sanción posible a aplicar para el consumo de drogas, cuestión que demuestra lo sensible que resulta el consumo de drogas frente a poblaciones penales;

De ser esta interpretación la que domine el escenario jurisprudencial se corre el riesgo de entender que no se apliquen otras agravantes incluidas en el artículo 19 de la Ley 20.000, por ejemplo en el caso del cuidador que vive al interior del establecimiento de educación y trafica droga en él, a pesar que su conducta pone en grave riesgo a los escolares que constituyen también una población vulnerable al efecto de las sustancias estupefacientes y psicótropas.