

Autoría y Participación en la Ley 19.366 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

Con ocasión de algunas consultas formuladas por fiscales especializados de tráfico ilícito de estupefacientes en materia de participación criminal en los delitos sancionados en la ley 19.366, en el presente trabajo se procurará profundizar algunos aspectos relativos a este tema, en especial cual ha sido el criterio y tratamiento que le ha dado la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera.

Para tal efecto, se han consultado fallos pronunciados por el Tribunal Supremo español y por nuestra Excma. Corte Suprema, sentencias de Cortes de Apelaciones y Juzgados del Crimen del país, como asimismo, algunas sentencias del nuevo sistema procesal pronunciadas por Tribunales de Juicio Oral en lo penal y de Garantía, como asimismo, doctrina tanto nacional como extranjera.

Planteamiento del problema.

El delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas es una figura delictiva que puede ser cometida por una o varias personas, constituyendo la participación plurisubjetiva la más habitual, debido a las distintas fases que atraviesa la droga.

A su turno, cada uno de los que intervienen en este proceso pueden hacerlo de diferentes maneras.

La distinción entre formas de autoría y de participación plantea en este delito problemas específicos derivados de la propia redacción del tipo de tráfico, ello por la amplitud en la redacción de las distintas conductas típicas. Precisamente porque el delito de tráfico de drogas es una operación compleja en la que intervienen un sinnúmero de acciones, que van desde la producción hasta que se llega al consumidor, último eslabón de la cadena, la mayoría de estas conductas quedan cubiertas directamente por el tipo de tráfico del artículo 5º y conforme al artículo 15 N° 1 y 3, importan todas ellas formas de coautoría en los delitos con pluralidad de agentes.

En efecto, si tomamos el artículo 15 de nuestro Código Penal, habrá que concluir que cualquier persona que ejecute dolosamente un acto de favorecimiento, inducción o promoción de tráfico de drogas podrá ser considerado autor, puesto que ejecuta un acto expresamente previsto en el artículo 5°. De ser así, resulta difícil concebir la intervención en un delito de tráfico que pueda ser calificado de inducción, o simplemente como complicidad, sin que a la vez constituya favorecimiento, inducción o promoción del artículo 5° inc. primero de la ley 19.366 y por lo tanto, de autoría.

No obstante lo anterior, según tendremos ocasión de analizar, existen también numerosos fallos, tanto extranjeros como nacionales, que reconocen en este delito formas de complicidad y de encubrimiento.

En virtud de lo anterior y frente a la diversidad de criterios jurisprudenciales existentes en la materia, resulta conveniente que los fiscales puedan conocer y delimitar claramente la figura jurídica que puede surgir con cada tipo de participación personal en los delitos contemplados en la ley 19.366.

Examen de las principales figuras.

Autoría directa. Artículo 15 N° 1.

El N° 1 del artículo 15 señala que se reputan autores a los que *”toman parte en la ejecución del hecho, sea de manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite”*.

Esta noción de autor es neutra, en el sentido que se refiere tanto al autor singular como a los coautores¹.

En nuestro caso, supone la realización personal y plenamente responsable de todos los elementos contenidos en el delito de tráfico de drogas.

¹ Sobre el alcance de estas expresiones puede consultarse la obra de Mario Garrido Montt, Derecho Penal; Parte General Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 303 y siguientes.

Ahora bien, tratándose de coautoría, la misma se dará no sólo cuando los sujetos practiquen por completo la conducta típica, sino también cuando éstos, con su actitud colaboradora reproduzcan cada uno parcialmente las conductas ejecutivas.

Autoría mediata.

Es autor mediato quien realiza el tipo penal sirviéndose para ello de otra persona como instrumento².

En el artículo 15 N° 1 queda comprendido el autor mediato, porque toma parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa, empleando a otro como instrumento.

El autor mediato emplea a otro sujeto como “medio” de ejecución, de modo que este sujeto ignore lo que realmente está realizando o va a realizar. Actúa engañado en cuanto a la naturaleza de su quehacer, o carece de la capacidad para comprenderlo, por sus condiciones personales o circunstanciales³

En estos casos, no existe un concurso de personas, sino un delito unisubjetivo, en cuanto que la persona que ejecuta materialmente la acción delictiva no puede ser penada al servir de instrumento para la comisión del delito de un modo inconsciente. En el sujeto que sirve de medio, falta siempre el elemento psicológico del delito y dado que la comisión de un delito es condición indispensable para la configuración de la participación criminal, no se puede hablar de concurso de personas en relación con un hecho material que al no ser doloso ni culposo, no reviste las condiciones imprescindibles para ofrecer la categoría de delito. Todos los supuestos de punibilidad deben concurrir en el autor mediato.

El autor mediato en el delito de tráfico de drogas.

Es perfectamente posible concebir la figura del autor mediato en este delito. Un caso frecuente citado en doctrina, es el de la utilización para la venta de drogas a personas que son inimputables,

² Luis Fernando Rey Huidobro, El delito de tráfico de estupefacientes, su inserción en el ordenamiento penal español, Editorial Bosch, 1987, página 218.

³ Mario Garrido Montt, ob. cit. pág. 308.

como menores edad. En otros supuestos, puede ocurrir que quien actúa materialmente lo haga determinado por un engaño o error, ignorando que está cometiendo un delito v. gr. sujetos que son utilizados para el transporte o retiro de la droga.

Así, en procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado de Garantía de Antofagasta en causa RUC 0100062113-3 (fiscal Rafael Hauva Olgúin), se condenó por el delito de tráfico de 1.008 grms. de marihuana al imputado Oliver Rubén Díaz Navarrete, quien para retirar la droga desde una empresa de buses, utilizó como instrumento a una tercera persona.

Por último, es necesario tener presente que la autoría mediata desaparece en aquellos casos en que el instrumento del delito esté consciente y plenamente responsable de los actos que realiza, toda vez que en este caso nos encontraremos ante la figura de autor.

Fuerza o inducción. Artículo 15 N° 2.

El artículo 15 N° 2 señala que se consideran autores:

“Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”

El término inducción alude a la influencia ejercida por un sujeto sobre la voluntad de otro, sin que se requiera por parte del sujeto activo una especial actividad más o menos duradera o persistente, ni tampoco el uso de artificios, bastando con que el culpable haya hecho surgir o consolidar en otros la determinación de cometer el delito, en nuestro caso, tráfico de drogas y que el mismo se lleve a cabo.

La inducción suele realizarse sobre sujetos que por sus especiales características o condiciones personales (edad, dependencia o adicción) son particularmente influenciables.

La coautoría y sus elementos. Artículo 15 N° 3.

El citado artículo expresa que se consideran autores a “ *los que concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él*”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español para poder calificar una conducta como de coautoría, exige una serie de requisitos⁴:

a) existencia de un acuerdo de voluntades o *pactum scaeleris*, que establece entre las personas que lo conciertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes a todos ellos con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se les asigne, siempre que el convenio se desarrolle dentro de los presupuestos y fines concertados.

Este acuerdo de voluntades podrá ser expreso o tácito, previo, simultáneo o sobrevenido.

b) además de este acuerdo, se exige la realización de alguna actividad de tráfico, cualquiera que sea la parte que lleven a cabo. Estas conductas podrán consistir en la realización de verdaderos actos de tráfico, en tomar parte en las conductas descritas en el tipo, o bien en asumir funciones de control y dirección.

c) La jurisprudencia más reciente del T. S. exige también una división de funciones y el dominio funcional de todo el hecho.

⁴ Sobre el particular, puede consultarse con mayor amplitud, Ujala Joshi Jubert, Los delitos de tráfico de drogas tomo I. Un estudio analítico del artículo 368 Código Penal, Editorial Bosch 1999.

Dentro de la teoría del dominio del hecho, distingue la jurisprudencia española entre el dominio de la acción – consistente en la realización por sí de la acción típica- , y el dominio funcional del hecho – basado en la división del trabajo- y que constituye el fundamento de la coautoría.

d) Resulta indiferente que el sujeto actúe por interés propio o de otro. Luego, realiza el delito de tráfico de drogas, tanto el propietario de la droga que debe transmitirse, como el intermediario que actúa por cuenta de otro.

La distinción entre las distintas intervenciones debe hacerse con criterios objetivos y no subjetivos.

En este sentido, entiende el Tribunal Supremo que no es obstáculo para la existencia de este delito la mencionada subordinación a otra persona, pudiendo cometerse esta infracción penal cualquiera que sea el título por el que la droga sea poseída, tanto si lo es para beneficiarse él mismo del negocio de la venta, como si el beneficio es para otro a cuyo servicio se actúa, incluso aunque no exista la intención de beneficio económico para nadie, siempre que exista un ánimo de transmisión a tercero
(sentencia de fecha 21 de marzo de 1995).

e) Tampoco es requisito de la autoría la posesión material de la droga, bastando una posesión mediata.

- A todos los coautores del delito le son comunicables las circunstancias objetivas que concurran en el hecho siempre que tengan conocimiento de ellas.
- En el caso de que una determinada conducta pueda ser calificada tanto de autoría como de participación debe prevalecer la primera por ser preferente (concurso aparente de normas).

Así por ejemplo, el hecho de ocultar o contribuir a ocultar la droga en un lugar determinado, si bien en principio esta figura puede ser subsumida en la de encubrimiento del artículo 17 N° 2 del Código Penal, no es menos cierto que la tenencia de la droga para el tráfico, constituye en

sí misma una acción que implica autoría del delito previsto en el artículo 5° inciso primero, en su modalidad de favorecimiento de la conducta de tráfico.

Esta doble subsunción no puede ser entendida como fundamento de atenuación de la pena. Luego, por el principio de absorción, en este caso lo que procede es que las formas de participación menos graves (encubrimiento) queden absorbidas por las formas principales (autoría), como consecuencia del principio de consunción.

Criterios jurisprudenciales.

Se han considerado conductas de autor, siempre que haya existido el acuerdo previo los siguientes:

- conducir, vigilar, ocupar los efectos, trasladarlos (STS de fechas 12 de marzo de 1990);
- negociar el precio de la droga y buscar al posible comprador de la misma (STS de fecha 30 de octubre de 1990);
- transportar las sustancias (STS de 26 de octubre de 1990 y 24 de abril de 1991; 28 de noviembre de 1991; 9 de septiembre de 1992; 14 de abril de 1992);
- poner en relación a dos personas para que entre ellas realicen actos de transferencia (STS de 2 de abril de 1991; 18 de mayo de 1991);
- acompañar al traficante (STS 28 de febrero de 1991);
- entregar droga a nombre de otro y recibir el precio (STS 19 de diciembre de 1991; Corte Suprema 16 de octubre de 2001);
- aportar medios económicos (STS de fecha 28 de noviembre de 1991);
- ocultar la droga (STS de 8 de octubre de 1991);
- facilitar vehículo (STS de 9 de diciembre de 1992);

- facilitar un departamento para que traficantes realicen actos de tráfico (STS de 22 de febrero de 1993).

Complicidad.

El cómplice está definido en el artículo 16 como *“los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”*.

Por su parte, una Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 20 de octubre de 1992 ha señalado que “ el cómplice tiene en el hecho delictivo una participación de segundo grado, sus actos de cooperación ni son decisivos ni son indispensables para que se produzca, pero contribuyen eficazmente a la realización del plan criminal mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la finalidad perseguida por el sujeto principal de la transgresión penal. Si la cooperación es tan eficiente y necesaria que sin ella el delito no se hubiera producido, se traspasa el área de la complicidad y se entra en el campo de la autoría”.

Doctrina jurisprudencial mayoritaria sobre la complicidad en España.

La jurisprudencia mayoritaria en España entiende que dada la amplitud con que está redactado el tipo de tráfico en aquel país, es muy difícil apreciar complicidad, pues en cuanto una conducta favorezca, facilite o promueva (en nuestro caso, que induzca promueva o facilite), ya no habrá lugar a participación, sino que estaremos en el plano de la autoría.

En este sentido, cabe citar los siguientes fallos:

“ Estos hechos, reveladores de una actuación directa de los recurrentes en la introducción y comercialización de la droga, alejan y descartan la hipótesis de complicidad, a la que pretende acogerse el segundo motivo del recurso, hipótesis muy difícil de apreciar en un delito, como el tráfico de drogas, en que la simple facilitación o favorecimiento constituye una forma típica de autoría. (STS de 14 de noviembre de 1991).

“ Respecto de la delimitación entre autoría y participación hay gran dificultad de separar ambas conductas típicas ya que la facilitación de medios propios de la complicidad está comprendida en el tipo, al englobar entre los sujetos activos del artículo 344 a los que de otro (cualquier) modo promueva, favorezca o facilite el consumo de drogas”. (STS 9 de diciembre de 1993).

“ Una doctrina reiterada de esta sala viene declarando que la figura de complicidad en delitos como el de la salud pública, es difícil, dada la amplitud de los términos en que aparece redactada en el artículo 344, siendo sólo posible su aplicación en los supuestos de mínima colaboración, en cuanto que caben conductas auxiliares en beneficio del que sea verdadero traficante (así se estimó en un caso de mero acompañamiento a los compradores e indicación del domicilio de los vendedores en STS de 15 de enero de 1991).

En el mismo sentido: “sólo puede apreciarse complicidad en los casos de mínima colaboración, como actuaciones meramente auxiliares, o favorecedoras del verdadero traficante: mero acompañamiento e indicación del domicilio de vendedores, o la ocultación ocasional y por muy breve tiempo de una pequeña parte de la droga poseída (STS de 24 de junio de 1995).

El acusado actuó como intermediario en una operación de tráfico de drogas dirigida por otras personas, limitándose a ser transmisor de la droga entre los verdaderos traficantes. Dada la amplitud del artículo 344 la conducta del acusado es de autoría directa al facilitar el tráfico, siendo difícil en este tipo encontrar conductas auxiliares que no incurran en el tipo de autoría, aunque no es imposible en supuestos de colaboración mínima”.

Excepciones.

Pero como ya se adelantara, hay casos en que excepcionalmente se ha admitido en la jurisprudencia la figura de complicidad, exigiéndose como requisitos, los siguientes:

- Concierto previo, o por adhesión, denominado *pactum scaeleris* entre todos los intervinientes.
- Conciencia de la ilicitud del acto pactado o “animus adjuvandi”
- La aportación de esfuerzo propio para la consecución de un empeño o empresa común y
- Que dicha aportación consista en una colaboración mínima, en un *facilitar el facilitamiento*.

Distinción entre complicidad y autoría.

De lo dicho, puede sostenerse que los elementos que distinguen ambas figuras, son los siguientes:

- el cómplice no toma parte directa en la perpetración del hecho punible.
- no efectúa actos principales, primordiales o nucleares, sino meramente secundarios o periféricos.
- En algunas ocasiones, el cómplice actúa sin acuerdo previo de voluntades con los otros intervinientes.

Complicidad y encubrimiento.

En este caso, distinguir una y otra figura no presenta problemas, toda vez que la conducta del cómplice debe ser anterior o simultánea a la perpetración del delito, mientras que el encubrimiento supone una participación *a posteriori* .

Casos jurisprudenciales.

Se han considerado como conductas de complicidad las siguientes:

- prestar el teléfono al líder de la banda (STS de 15 de enero de 1991).
- ceder la vivienda para que en su cocina se efectuara la sección del hachís y el troceado del mismo, y para que pernoctaran los traficantes

- ayudar al tenedor de la droga a desprenderse de la misma, retardando la entrada de la policía.

Doctrina

Se citan también como supuestos de complicidad los siguientes:

- Ceder un terreno para plantar la droga;
- Realizar llamadas telefónicas a cambio de una propina del traficante;
- Intervenir como traductor entre adquirente y traficante
- Proporcionar direcciones de traficantes o indicar donde se puede adquirir drogas.
- Prestar dinero para conseguirla.

El encubrimiento.

La doctrina sustentada por el Tribunal Supremo español estima muy difícil la admisión de la figura del encubrimiento en el tráfico ilícito de drogas, teniendo presente que siendo este delito de carácter permanente, toda intervención tiene lugar durante la comisión del mismo y nunca ex post, por lo que cualquier intervención se traduciría en cooperación necesaria o complicidad.

En consecuencia, durante el periodo posterior a la comisión del delito, las actividades de cooperación por parte de otras personas distintas de aquel que tiene la droga por sí o para sí no pueden reputársele encubrimiento, toda vez que el delito aún se está ejecutando, por lo tanto, deben considerarse como actos de cooperación.

Lo anterior resulta evidente en el caso del artículo 17 N° 1 que equivale a un acto de facilitación del delito de tráfico conforme a lo dispuesto en el inc. primero del artículo 5°, y en el caso del N° 2 de la misma disposición sólo cabría en el caso de aquellos que, sin haber tenido participación en el tráfico, inutilizaren o destruyesen la droga, poniendo término a la posesión y frustrando un eventual tráfico.

Casos jurisprudenciales.

Se han considerado como actividades de encubrimiento, en forma excepcional en la jurisprudencia española algunos actos de ocultación, aun cuando en la mayoría de los casos según hemos tenido ocasión de ver, se han considerado como constitutivos de autoría, cooperación necesaria⁵ o simplemente de complicidad.

Jurisprudencia Nacional.

En sentencia de Corte Suprema de fecha 9 de agosto de 1994, publicada en Gaceta Jurídica N° 170 pág. 94, año 1994, se indica que “De acuerdo a los antecedentes de autos aparece que la participación del recurrente no es directa en los hechos investigados sino que posterior, de modo que su grado de participación es el de encubridor conforme lo describe el artículo 17 del Código Penal, por lo que la pena que ha de imponerse debe ser acorde con tal calificación”.

En sentido contrario, tenemos la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción en los autos rol N° 15.153-2001, publicada en la Gaceta Jurídica N° 258 página 117 conforme a la cual “Es improcedente calificar la participación de la encausada en los hechos como encubridora del delito que se la atribuyó, como lo solicitó subsidiariamente su defensa, por cuanto el inciso segundo del artículo 5° de la ley 19.366 presume que trafican quienes, sin contar con la competente autorización, porten o posean sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, a menos que prueben que está destinada a un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuyo no es

⁵ Regulada en el artículo 28 del Código Penal español de 1995 en los siguientes términos: “b) *Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”

el caso, pues tal alegación no fue formulada, y por el contrario, está probado que ella lanzó la droga (pasta base de cocaína) al inodoro del baño de la casa, siendo rescatada de ese lugar por carabineros, lo que viene a significar que la tenía en su poder con anterioridad a dicha acción, de manera que claramente la participación que le corresponde en el ilícito es la de autora, como con toda propiedad lo decidió la juez de primer grado”.

No obstante este último criterio jurisprudencial, gran parte de la doctrina española admite la posibilidad de encubrimiento en el delito de tráfico de drogas, siendo el caso más recurrente el de hacer desaparecer la droga.

Análisis de algunos casos en particular.

A continuación se expondrán algunas formas de participación que han sido objeto de distintas soluciones por parte de los tribunales, tanto nacionales como extranjeros:

1. Realizar actos de vigilancia.

a) Se ha calificado como autoría por las siguientes razones:

- Supone un acuerdo previo respecto del plan delictivo.
- Lo anterior supone coautoría
- Constituye un acto de favorecimiento o facilitación del delito de tráfico y
- Porque se tiene en este caso el dominio del hecho delictivo.

b) Se ha calificado también como autoría por cooperación necesaria (artículo 28 letra b del Código Penal español), por lo siguiente:

- se realizan las acciones en un marco de reparto de funciones, existiendo mutuo acuerdo sobre el tráfico de drogas;
- se trata de acciones que facilitan o promueven el consumo ilegal de drogas y

- por tratarse de un acto fundamental.

2. Acompañar al lugar de entrega de la droga.

Se ha calificado como:

a) Autoría por

- ser un acto fundamental
- por existir acuerdo de voluntades sobre el plan criminal.

En sentencia dictada con fecha 7 de septiembre de 2002 en causa RUC 0100062507-4 (fiscales Paula Villalobos Lobos y Alejandro Ríos Carrasco) por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, se condenó a los acusados Víctor Navarrete Aguilera y Claudio Lagos Vidal en la hipótesis de participación penal prevista en el artículo 15 N° 3 del Código Penal, esto es, como autores previamente concertados en la ejecución del delito de tráfico de estupefacientes, teniendo para ello en cuenta que ambos imputados “ *no llegaron al Servicentro YPF alrededor de las 13:00 del 26 de octubre de 2001, por esa simple casualidad de haberse encontrado con José Fernando Navarrete Aguilera cuando éste esperaba locomoción colectiva, sino que se encontraban ahí para prestarle ayuda, apoyo y colaboración, en caso de presentarse algún imprevisto (considerando décimo quinto N° 8 y 9)*”.

b) Complicidad, por considerar que no existe concierto previo.

Así, en sentencia pronunciada en procedimiento abreviado en causa RUC 0110000209-0 del juzgado de Garantía de La Serena (fiscal Jorge Valladares O.), se condena en tal calidad al imputado Manuel Astudillo Ardiles fundado en que “respecto del acusado este sentenciador llega a la convicción que ha tenido también participación en los hechos, pero en calidad de cómplice, puesto que no le fue encontrada droga en su poder y porque los hechos de la acusación, aceptados por el acusado, no dan cuenta de haber conducido un medio de transporte a ese lugar para facilitar la venta, razón por lo cual el Juez no puede exceder el contenido de la acusación, dando por establecido una acción que no se encuentra descrita en el libelo acusatorio. Por otra parte, la intervención se limita a haber estado presente en el momento de la detención, pero careciendo la imputación que se le hace del concierto previo con la otra partícipe, no es posible calificar su actuación como la de un autor cooperador, discrepando con lo sostenido por la defensa en este sentido. En efecto, hay antecedentes en la investigación que corroboran este aserto, como la propia declaración de la acusada Leyla Afandi Díaz, a fojas 75, quien indica que “Rodrigo” la acompañaba, pero no tenía participación en los contactos y que el “negocio” era sólo de ella; incluso el mismo acusado indica a fojas 77 que “él sabía en lo que andaba”, pero que él no vendía droga.

c) Coautoría por:

- existir concierto de voluntades y
- por tratarse de actos fundamentales.

En el mismo sentido, en los autos RUC 10100001367-2 (fiscal Claudio Henríquez Alarcón), seguidos contra Manuel Alfredo Vega Véliz y otros, la conducta de la imputada Giscela Carolina Alucema Choque, consistente en acompañar a uno de los imputados a Iquique a buscar a droga, fue calificada por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de La Serena como de coautora cooperadora.

3. Negociar el precio de la droga.

Calificado como una conducta de autor, por tratarse de una intervención esencial en el plan criminal.

4. Poner en relación a varias personas para que realicen los actos de transferencia.

a) Calificado como autoría por lo siguiente:

- por tratarse de una acción casi nuclear;
- ser una acción de colaboración de carácter esencial;
- constituir una acción de tráfico de drogas.

En sentencia dictada con fecha 10 de diciembre de 2001 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, causa RUC 0100007814-6 (Fiscales Francisco Ljubetic Romero y Tatiana Esquivel López), se condenó a los imputados José Ricardo Vera Fuentealba y Marcelo Cristian Espinoza Grandón como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

La conducta de ambos imputados en los hechos, consistió precisamente en servir de intermediarios entre agentes encubiertos del OS-7 y el proveedor de la droga, Carlos Iván Meza Arias.

b) En otros casos por el contrario, se ha calificado como de complicidad, por considerarse como una figura no esencial sino de mero auxilio.

5. Entrega de la droga y cobranza de dinero en nombre de otro.

a) Considerado como autoría⁶, por tenerse conocimiento de la actuación ilícita y tratarse de una acción nuclear.

b) También considerada como complicidad por estimarse que:

- hay un responsable principal dueño de la acción delictiva;
- tratarse de una acción secundaria subordinada o dependiente de otra principal
- es la única forma de adecuar la pena a las diferentes categorías de participación en los hechos.

6. Transporte de sustancias y de dinero.

Calificado como:

a) Autoría por considerar que:

- se trata de una actividad de favorecimiento o facilitación;
- existe mutuo acuerdo con los propietarios de la sustancia ilícita;
- tratarse de un acto principal o esencial.

En causa RUC 100059805 (fiscal Cristian Aliaga) seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Calama en contra de Darlis Rolon Rodríguez y otros, se condenó a los imputados a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, multa de 40 unidades tributarias mensuales y accesorias legales, como autores del delito de tráfico ilícito de

⁶ Gaceta Jurídica N° 256 página 119.

estupefacientes, conducta que consistió en el transporte de 251, 500 Kg. de cannabis sativa en un camión desde Paraguay.

b) Complicidad por considerar que se trata de un comportamiento periférico.

c) Cooperación necesaria por entender que se trata de un acto esencial.

7. Recepción de la droga desde el extranjero.

a) Considerado como autoría, tanto si la droga se recibe a nombre propio como ajeno por:

- Existir mutuo acuerdo con el que envía la droga.
- Realizar actos materiales de tráfico
- Conocer que lo que se recibe es droga.

b) Calificado también como cooperación necesaria por considerar que:

- En el caso concreto se trata de un sujeto que se incorpora a un plan que ya estaba en marcha, pero que no le es atribuible.
- Tratarse de un auxilio fundamental.

c) Calificado como complicidad por considerar que se trata de una actividad periférica y de favorecimiento al favorecedor.

8. Retiro de encomienda conteniendo droga.

Calificado como autoría.

En procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado de Garantía de Antofagasta en causa

RUC 0200048376-4 (fiscal Rafael Hauva Olguín), se condenó al imputado Mario Elías Ulloa Ojeda a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

En estos hechos, la conducta del encartado consistió precisamente en el retiro de una encomienda de la empresa Tur-Bus, que en su interior contenía 238 gramos de marihuana.

9. Ceder un teléfono del domicilio para que el traficante pueda realizar los contactos de droga.

Calificado como complicidad, por

- tener conocimiento de la ilicitud de su conducta;
- constituir un comportamiento no esencial para la comisión del delito.

10. Permanecer a la escucha de un teléfono para transmitir información.

Calificado como actos de

a) Cooperación necesaria por entender que:

- Existe acuerdo de voluntades;
- Se trata de una actividad fundamental para la realización del delito.

b) Complicidad, por estimar que se trata de una actividad de favorecer al favorecedor.

11. Ceder la propia vivienda para que otros realicen actos de tráfico.

Calificado como:

a) Complicidad por entender que no existía acuerdo de voluntades con el autor principal.

Así, en los autos rol 144-91 del cuarto Juzgado del Crimen de Viña del Mar⁷ se calificó la participación de uno de los encartados (Zelada) como complicidad, al haber consentido que se guardara la droga en su domicilio.

En alzada, la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó el fallo a quo, teniendo para ello presente que “ *la acción de Guardar contenida en el inciso segundo del artículo 5° de la ley 18.403, debe hallarse necesariamente relacionada con la disponibilidad de la acción de traficar para que quien realiza aquélla pueda ser sindicada como autor de ésta.*

Que no ocurre tal cosa en la situación de Zelada quien, al permitir que la droga fuese enterrada en el patio de su casa, no tenía –sin embargo- la disponibilidad de la droga para traficar con ella (considerando 3°)”.

b) Cooperación necesaria, por entender que se trata de un acto de auxilio fundamental y tener conocimiento de la actividad delictiva que se está llevando a cabo.

c) Conducta atípica.

Así, en los autos rol N° 2940-98 la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel señaló que “El mero conocimiento de que una persona pueda tener que otra comercializa drogas ilícitas no puede jamás configurar una acción típica, lesiva para la salud pública, si no se ha encontrado en su poder, ni en su persona, ni en su habitación, ninguna cantidad de droga (considerandos 5° y 6°).

⁷ contra Oscar Caballería y otros, en Análisis Jurisprudencial de algunos aspectos Jurídicos del delito de tráfico de estupefacientes (Consejo de Defensa del Estado), publicada también en Gaceta Jurídica N° 163, pág. 89 de 1994.

La participación criminal o “concurso de delincuentes” supone un doble concurso objetivo (en los hechos) y subjetivo (en las voluntades), una intervención dolosa en un comportamiento antijurídico conocido y querido como meta común por todos los actores de la empresa criminal, situación que no se da en la especie, toda vez que el único nexo entre quien vendía la droga y el recurrente es que este último, arrendador del primero, sabía que su arrendatario comercializaba drogas (considerando 2º y 7º)⁸.

12. Ocultar la droga de otro o indicar a otro donde puede ocultar la droga.

a) Calificado como autoría por considerar que:

- constituye posesión de sustancia ilícita y por lo tanto, un acto expresamente previsto en la norma;
- existir acuerdo de voluntades con el dueño de la droga;
- conocer el contenido de lo que se ocultaba.

b) También considerado como una conducta de cooperación necesaria por entender que se trata de un comportamiento de ayuda fundamental y

c) Calificado como complicidad por entender que en el caso concreto no se trata de actos imprescindibles.

d) Finalmente, también se ha considerado como una conducta de encubrimiento por entender que se trata de un acto posterior a la consumación del delito.

13. Facilitar un vehículo.

a) Calificado como autoría por existir mutuo acuerdo con los poseedores de la sustancia o entender que se trata de un acto de favorecimiento del tráfico de drogas de carácter nuclear.

⁸ Gaceta Jurídica N° 264 pág.176.

b) También se le ha calificado de cooperación necesaria por considerar que se trata de un acto de cooperación esencial y no meramente periférico.

14. Convivencia.

En España, la doctrina mayoritaria no estima suficiente la convivencia con el traficante para poder imputarle responsabilidad.

15. Realizar actos típicos a nombre de otro.

En este caso se considera autoría, por las siguientes razones:

- se sigue la teoría objetiva de la participación y
- se trata de actos nucleares típicos.

16. Depósito, guarda o custodia de droga.

a) Calificado de autoría por entender que:

- se trata de un acto de favorecimiento o facilitación del consumo ilegal;
- tener el dominio funcional sobre la actividad ilícita.

En los autos Rol de ingreso N° 62.877 del 19° juzgado del crimen de Santiago la conducta del procesado Luis Eduardo Yáñez Guzmán, consistente en la guarda de la droga y del dinero de la co-procesada Juana Salinas Díaz fue calificada lisa y llanamente como de coautoría⁹.

⁹ Gaceta Jurídica N° 262 pág. 142.

b) También ha sido calificada como una actividad de complicidad por estimar que se trata de una actividad periférica.

17. Aporte de medios económicos.

a) Calificado como autoría por:

- existir acuerdo de voluntades entre todos los intervinientes.
- tener el dominio funcional sobre todo el hecho delictivo.
- tratarse de un acto esencial.

En los autos rol 41.140 del 8° juzgado del crimen de Santiago, contra Jorge Lynch y otros se impuso al encausado Lynch una pena más alta que al resto (seis años), precisamente porque la conducta de éste consistió en costear la compra y transporte de la droga y encargarse de su venta posterior.

b) También se ha calificado de cooperación necesaria al constituir una contribución esencial al tráfico de drogas.

18. Confección de papellillos.

Calificado de autor por tener el sujeto que los confecciona conocimiento del destino ilícito de los mismos.

19. Conductas omisivas.

Nuestra ley 19.366 en el artículo 9 inc. 2°, contempla expresamente una figura omisiva de facilitación del consumo al sancionar con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales a aquel que habitualmente permita o tolere el tráfico o consumo de drogas en su establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar,

centro de baile y música, recinto deportivo, establecimiento educacional u otro similar abierto al público.

De la jurisprudencia nacional consultada no hemos encontrado fallos que se refieran a esta materia.

20. Ocultar el dinero destinado a la financiación de adquisición de la droga.

Se ha calificado de encubrimiento.

La conspiración.

El artículo 3.1 letra a) iv de la Convención de Viena de 1988, dispone el castigo de la confabulación o acuerdo para cometer este tipo de delitos en los siguientes términos:

“ la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión”.

En nuestra legislación, el artículo 24 castiga la conspiración para cometer los delitos de que trata la ley 19.366 con presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales.

Se trata en este caso de una resolución de delinquir manifestada al exterior, catalogable como un acto preparatorio punible, en que participan varias personas.

Problemas que plantea esta figura.

En primer término y siguiendo en esta materia a Luis Fernando Rey Huidobro¹⁰ cabe establecer la diferencia con la asociación ilícita que tenga por objeto cometer alguno de los delitos previstos en la ley 19.366. En este sentido, cabe precisar que esta última presenta una mayor estabilidad y organización y normalmente su objeto criminal es más impreciso en cuanto al número de actos, mientras que en la conspiración, ésta suele tener un objeto criminal más concreto y la reunión de personas suele ser transitoria. No obstante lo anterior, en la práctica este es un tema en que la distinción entre uno y otro es difuso y de difícil solución.

¹⁰ Rey Huidobro, El delito de tráfico de estupefacientes, su inserción en el ordenamiento penal, página 210.

Otro punto consiste en distinguir aquellos actos que no constituyen más que meros contactos previos, del verdadero concierto propio de la conspiración.

En opinión del citado Rey Huidobro basta con que los conspiradores se concierten para traficar drogas ilegales, aunque desconozcan aún datos tales como el lugar en que se practique, el medio de transporte que van a utilizar, y otros detalles semejantes carentes de trascendencia a estos efectos.

También deberá tenerse presente que en muchas ocasiones algunos conspiradores en un delito de tráfico pasarán a continuación a ejecutar los actos delictivos, adoptando entonces la condición de autores, mientras que otros en tanto, por causas ajenas a su voluntad no los ejecuten, debiendo responder en este caso como conspiradores en el delito, al haber concierto para la comisión del mismo (*pactum scaeleris*).

Concurso de personas en los actos de tráfico de estupefacientes que constituyen una figura permanente.

Ocurre en la práctica que la intervención de los partícipes en un delito de tráfico de drogas no se produce en un mismo momento. En este caso cada uno de ellos debe responder por la conducta concreta que desarrollan en el delito. Así por ejemplo, si en el acto de su incorporación al delito de tráfico, también se integran en una organización que tiene por objeto cometer alguno de los delitos previstos en la ley 19.366, deberán ser sancionados por ambos hechos¹¹.

Por el contrario, si por ejemplo un sujeto se une a la conducta que principió a desarrollar otro sujeto que ha poseído con fines de tráfico, por ejemplo, clorhidrato de cocaína y marihuana, pero que en ese instante, sólo posee esta última sustancia, al primer sujeto sólo se le puede hacer responsable por el tráfico de marihuana pero no por el de cocaína. Sostener lo contrario importaría atribuirle hechos que no ha realizado.

Por el delito de tráfico de clorhidrato de cocaína sólo podría ser sancionado como encubridor, ello obviamente, si se dan los supuestos previstos en el artículo 17 del Código Penal.

Conclusiones.

¹¹ Esa es al menos, la posición sustentada por esta Fiscalía Nacional en el Instructivo General N° 16.

Al tenor de lo expuesto y según los casos analizados, podemos considerar que:

Respecto de actos de tráfico. Artículo 5°.

Es autor del delito de tráfico de drogas, todo aquél que, ya sea en forma individual o conjuntamente con otros, utilizando un instrumento, o valiéndose de otro, realiza alguna de las actividades descritas en el artículo 5° de la ley, esto es, importar, exportar, transportar etc, y los que por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo ilegal.

Será autor individual, todo aquel que realice por sí mismo alguna de las conductas descritas en el tipo penal.

Será coautor el que conjuntamente con otros realiza alguna de esas actividades. No es preciso que se ejecute directamente y de propia mano actos estrictamente típicos, sino lo que se requiere es la existencia de un plan común en el que se pacta una distribución de funciones, conociendo cada uno de los intervinientes la actividad de los demás y asumiéndola como propia.

Autor mediato, será todo aquel que para la realización de un acto típico se sirve de un instrumento.

Es cómplice en este delito quien interviene en el delito cooperando con actos que no son esenciales.

Será inductor quien causa en otro sujeto la resolución de cometer algunas de las conductas descritas.

Encubridor el que realiza algún acto de ayuda una vez que el delito ya está consumado.

Actos de cultivo. Artículo 2°.

Es autor directo de actos de cultivo, todo aquel que siembra, plante, cultive o coseche especies vegetales del género Cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

Es coautor aquel que en virtud de un plan acordado con el resto y del principio de división del trabajo y funciones, asume una parte de éste realizando un acto necesario para el cultivo.

En opinión de Joshi Jubert¹², resulta esencial para esta calificación el hecho de haber participado en la elaboración del plan común asumiéndolo como propio, y realizar en virtud del principio de distribución de funciones, un acto necesario para el buen fin del plan.

Es coautor mediato de un acto de cultivo, todo aquel que para llevarlo a cabo utiliza un instrumento que actúa sin antijuricidad (y en algunos casos sin culpabilidad).

Cómplice de los actos de cultivo, será aquel que realiza actividades no esenciales sin haber participado en la elaboración del plan criminal ni haberlo asumido como propio.

Se señalan como ejemplos de actos de complicidad en el cultivo dar el abono para la tierra, proporcionar el agua para regar las plantaciones, entregar los sacos para recopilar lo recolectado.

Inductor será quien causa en otro la resolución de cultivar sustancias tóxicas.

Encubridor, es aquel que una vez que los autores han consumado el delito, conociendo la existencia de las plantaciones, las oculta, sin que sea posible atribuirle forma alguna de posesión.

Actos de elaboración.

Será autor de elaboración de sustancias tóxicas el que ejecute por sí mismo actos de transformación de una materia prima en otro producto que constituya droga tóxica, estupefaciente o sustancia sicotrópica.

Coautor será aquel que, habiendo participado en la configuración del plan de elaboración, o bien asumiendo como propio uno ya configurado, en virtud del principio de división de funciones,

¹² Ob. cit. pág. 305.

realiza alguna actividad para el buen fin del plan, asumiendo las restantes actividades como propias.

Autor mediato es el que utiliza a un instrumento para realizar los actos de transformación de materia prima.

El cómplice interviene en la elaboración con actos no esenciales, sin asumir tampoco el plan general.

Inductor será quien aconseje a otros para que realicen actividades de elaboración.

Por último será encubridor el que oculte la sustancia elaborada, sin que pueda atribuírsele la posesión, pues de lo contrario tendría la calificación de autor.

Nicolás Arrieta C.
Director (I) Unidad Especializada
de Tráfico de Drogas y Estupefacientes

