

SUPUESTA VULNERACIÓN DEL *NON BIS IN IDEM*
AL APLICAR LA AGRAVANTE DE “COMETER EL DELITO DE TRÁFICO
EN UN LUGAR DE DETENCIÓN” A UN SUJETO QUE ESTÁ
PRIVADO DE LIBERTAD

ALEJANDRO LEIVA LÓPEZ*
Universidad Finis Terrae

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

El 17 de junio de 2023, el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, en causa RIT 962023, RUC 1900963047-6, dictó sentencia condenatoria en contra de CAAO como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en pequeñas cantidades, en su modalidad de posesión y porte, previsto en el artículo 4º de la Ley N° 20.000, aplicando como circunstancia agravante la contenida en el artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, esto es, el haber cometido el delito en un lugar de detención o reclusión.

En contra de la sentencia, la defensa recurrió de nulidad fundada en que el sujeto cometió el delito mientras cumplía una pena privativa de libertad, razón por la cual la aplicación de tal agravante implicaría una vulneración de la prohibición de doble valoración, en tanto que no puede producir el efecto de aumentar la pena una circunstancia agravante –cometerlo en un lugar de detención– que resulta inherente al delito dada la condición de encierro del sujeto activo. Tal error en la aplicación del Derecho habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo dado que, sin ella, la pena aplicable sería menor.

Sin perjuicio de que la recurrente arguye otros fundamentos, en el presente comentario nos avocaremos solo a aquellos que dicen relación con la naturaleza y alcance del principio *non bis in idem* en relación con la proscripción de valoración conjunta de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.

* Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Público, Universidad de los Andes. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: alejandro.leiva@uft.cl

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

El error en la aplicación del Derecho en la sentencia del TOP de Concepción señala la defensa, radica en estimar que en el caso concreto concurre la circunstancia agravante del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, esto es, “Si el delito fue cometido en un lugar de detención o reclusión” a pesar de que el sujeto no ha elegido libremente cometer el delito en el centro penitenciario, razón por la cual “necesariamente ha debido tener lugar en él”¹.

Agrega que 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 con 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. Asimismo, para realizar el juicio de valoración, el intérprete siempre debe tener presente el bien jurídico protegido, y cómo la especial circunstancia de comisión aumenta la afección o riesgo para aquél.

Así, y dado a que el bien jurídico protegido es la salud pública y, entendiéndose que la *ratio legis* de la agravante aquí cuestionada sería sancionar a quienes se prevalecen de la aglomeración de estos lugares (recintos penitenciarios), o bien a quienes perturban el proceso rehabilitador, se debe concluir que en el caso ello no ha ocurrido, puesto que sólo un delito de distribución de drogas dentro del recinto podría llegar a afectar la salud pública de los internos.

En el caso concreto, afirma la defensa, se interrumpió la comisión del ilícito en el momento en que se estaba entregando la droga desde la reja del salón de visita al patio interior, razón por la cual *no se habría alcanzado a distribuir la droga*. Esto se confirma por el tribunal en su conclusión, puesto que señala que el delito se comete en las modalidades de *posesión y porte*, y no de distribución.

En razón de tales fundamentos, a saber: la falta de libertad del sujeto activo en la elección del lugar de comisión; la desnaturalización de la agravante puesto que en estos casos concurrirá siempre y no de manera circunstancial; la vulneración al principio de la doble valoración y; que la conducta desplegada al no ser de distribución no lesiona el bien jurídico protegido, quedaría de manifiesto que, conforme a Derecho, no procede aplicar la circunstancia del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, por lo que el Tribunal de Juicio Oral

¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 25.08.2023, rol N° 855-2023.

en lo Penal de Concepción ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

III. RAZONAMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN: RECHAZO DEL RECURSO DE NULIDAD

En primer término, afirma la Corte, del texto del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, surge con claridad que dicho aumento de pena no fue previsto por el legislador para castigar la *calidad del sujeto activo* sino que más bien, el lugar donde la conducta se despliega, “por lo que razonar como la defensa es avalar el disvalor de la conducta de un sujeto que condenado a una pena privativa de libertad, reincide en su conducta al interior del penal, portando droga, sin que se haya probado su calidad de consumidor como arguyó la defensa”².

Asimismo, señala que el aumento de pena de la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, no vulnera el principio de *non bis in idem*, toda vez que “el objetivo del legislador penal para evitar la comisión de los delitos de tráfico en el interior de recintos penitenciarios, atiende a la mayor afectación de derechos esenciales que tales conductas acarrearán a personas que se encuentran en situación de privación de libertad, por lo que no resulta acertado que éste sea un elemento connatural a la forma de comisión del ilícito o se esté sancionando doblemente la misma circunstancia, como sostiene la recurrente”³.

Por otra parte, y en atención a la supuesta falta de libertad del sujeto para realizar la conducta en un lugar distinto al recinto penitenciario, el sujeto privado de libertad afirma la Corte, “no pierde la capacidad de tomar decisiones y auto determinarse (...)”⁴. Asimismo, la agravante responde a que se considera mayor el disvalor de la conducta al ejecutarse este delito en lugares como los recintos penitenciarios, aumentando el consumo de sustancias ilícitas por parte de los internos, “independiente de que éste se ejecute por personas ajenas a dichos recintos o por los propios internos”⁵.

Finalmente, y en cuanto al fundamento por el cual no procede la aplicación de la agravante en tanto que la droga no fue efectivamente distribuida

² Corte de Apelaciones de Concepción, 25.08.2023, rol N° 855-2023, considerando 2°. El destacado es nuestro.

³ *Ibid.*, considerando 3°.

⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 25.08.2023, rol N° 855-2023, considerando 4°.

⁵ *Ibid.*, considerando 4°.

dentro del recinto penitenciario, la Corte penquista señala que el objetivo que buscó el legislador con la imposición de esta norma, radica en la necesidad de “evitar el consumo de drogas por parte de los internos en los establecimientos carcelarios, siendo entonces la finalidad de la agravante, evitar la difusión de estupefacientes en comunidades que se pueden ver más amenazadas por el peligro de las drogas y el daño que puede provocar en procesos de rehabilitación y reinserción en el interior de los penales. Entonces, el objetivo de la agravación de la sanción es claro, evitar el consumo de drogas en estos recintos carcelarios, y la conducta del acusado era justamente, portar esta sustancia ilícita, encontrándose el delito en estado de consumación de acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 20.000”⁶.

En tal sentido la Corte rechazó el recurso de nulidad deducido por la defensa del sentenciado CAAO, en contra de la sentencia definitiva de diecisiete de junio de dos mil veintitrés del TOP de Concepción, la cual, por tanto, no es nula en la parte que se lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en pequeñas cantidades, en su modalidad de posesión, aplicándose el aumento de pena de la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000.

IV. COMENTARIO

1. Naturaleza de la prohibición de doble valoración y la regla del art. 63 CP

La prohibición de doble valoración o *non bis in idem* constituye un auténtico principio del Derecho⁷ que se manifiesta no solo en sede penal, sino también en otras áreas del Derecho, especialmente en sede procesal⁸. La práctica jurisprudencial ha recurrido a él con frecuencia al impedir que un mismo hecho sea

⁶ *Ibid.*, considerando 5°.

⁷ Sobre los elementos que permiten sostener la existencia de verdaderos principios del Derecho (penal), véase: LEIVA, Alejandro. “La comunicabilidad en el Derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como “principio del Derecho”, en *Revista de Derecho PUCV*, vol. XLIX, 2° semestre de 2017, pp. 219-253.

⁸ Un buen ejemplo de esta máxima de proscripción de doble sanción se haya de manera intrínseca en la institución de la cosa juzgada con expreso soporte constitucional (art. 76 CPR) al imposibilitar el “hacer revivir procesos fenecidos”. Sobre su origen y sentido, véase actas de la C.E.N.C. sesión 101ª, p. 528. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3767/2/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf.

sancionado en sede administrativa y en sede penal, siempre que se presente la triple identidad⁹; y más recientemente, se ha analizado su repercusión, por ejemplo, en el tratamiento de las hipótesis de concurso ideal de delitos y de concurso aparente de leyes penales¹⁰ y la evitación de doble punición entre la sede administrativa y penal¹¹.

Que se trate de un principio del Derecho radica en que constituye un verdadero *avance civilizatorio* que da cimiento y fundamenta la ley, ilumina su contenido, integra sus vacíos, traza sus límites y sirve de guía tanto al legislador, como al jurista y al juez para su aplicación a casos concretos¹². Por ello, y en tanto principio, no requiere ser reconocido ni tipificado en el ordenamiento jurídico positivo, pues ha sido su reconocimiento dogmático y jurisprudencial constante a través del tiempo lo que lo eleva a tal categoría¹³.

Con todo, el hecho de que se eleve a la categoría de principio y sea válido recurrir a él en tanto mandato abstracto de interpretación allí donde existe oscuridad, el legislador penal chileno, siguiendo al español de 1848 (art. 68), aterrizó la proscripción de doble valoración y la consagró como *regla* dentro del proceso de determinación de la pena y, más específicamente, en cuanto a la imposibilidad de aplicación material múltiple de una misma circunstancia agravante.

⁹ Véanse, entre otros, los siguientes fallos del Tribunal Constitucional en relación con este principio: 10.01.2017, rol N° 3000; 13.12.2016, rol N° 2983; 25.08.2016, rol N° 2896; 15.10.2015, rol N° 2722; 8.10.2015, rol N° 2744; 11.06.2015, rol N° 2702; 16.01.2014, rol N° 2346; 26.11.2013, rol N° 2402; 8.11.2013, rol N° 2403; 4.07.2013, rol N° 2133.

¹⁰ OSSANDÓN, Magdalena. “El legislador y el principio *ne bis in idem*”, en *Polít. crim.*, vol. 13, N° 26 (diciembre 2018) art. 8, pp. 952-1002.

¹¹ De allí que Gómez distinga dos perspectivas: una de carácter material o sustantiva, conforme a la cual se impide imponer a un sujeto un doble castigo por un mismo hecho y fundamento (proscripción de punición múltiple) y, la otra, de orden procesal, a través de la cual se prohíbe someter a más de un proceso a un mismo sujeto por los mismos hechos y fundamento, tras una decisión judicial firme, sea o no condenatoria, es el efecto negativo de la cosa juzgada (prohibición de juzgamiento múltiple). En: GÓMEZ, Rosa. “El *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho PUCV*, vol. XLIX, 2° semestre de 2017, p. 104.

¹² En efecto, Yacobucci afirma que los principios configuradores o materiales del Derecho penal tienen una juridicidad y “positividad” de algún modo “natural”, en tanto se les reconoce su emergencia primaria a partir de la racionalidad humana, sus vínculos, fines, bienes y valores, especialmente los que surgen de la convivencia social. En nuestro tiempo, incluso, parte de esa evidencia o naturalidad se proyecta a los principios que han sido mayoritariamente reconocidos como fundamentales por el ordenamiento constitucional. Cfr. YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Editorial BdeF (2014), p. 101.

¹³ LEIVA, ob. cit., *passim*.

Y ello no significa, sino, que la resolución de casos en que una misma agravante concurra materialmente más de una vez ha de ser resuelta única y exclusivamente según se consagra en el art. 63 CP y no mediante la concreción del principio –abstracto– al caso concreto¹⁴; ergo, desde el prisma de la teoría del Derecho, no resulta válido recurrir al principio por sobre la regla positivizada, siempre que el caso a resolver se adscriba a la regla particular (art. 63 CP).

Así, y como es sabido, el art. 63 distingue tres hipótesis distintas en que se reconoce la posibilidad de doble valoración de una misma agravante, siendo la tercera la que aquí se vería convocada. Revisaremos brevemente el alcance de estas disposiciones a la luz de lo que mayoritariamente ha sostenido sobre ellas la doctrina nacional.

2. Hipótesis que contempla el art. 63 CP

a) Circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley

En esta categoría cabrían todas aquellas circunstancias agravantes que, además de estar contempladas como tales en el art. 12 CP o, en el Libro II CP o, en leyes especiales, constituyen, además, conductas que por sí mismas han sido contempladas como tipos penales autónomos; o lo que es lo mismo, tipos penales que el legislador ha contemplado, asimismo, como agravantes de la responsabilidad penal cuando se ejecutan en conjunto con otra conducta.

Así, y a pesar de que para Etcheberry¹⁵ esto ocurre solo en un caso –art. 12, circunstancia 14, segunda parte CP, relativa al quebrantamiento de condena–, también ocurre, como correctamente afirma Garrido¹⁶, con la agravante del N° 3 del art. 12, en relación con el delito de incendio; o con la del N° 4° del art. 12, cuando los otros males a que se alude en ese precepto configuran un delito especial, entre otros.

¹⁴ Y en ello radica uno de los principales problemas de la positivización de los principios: éstos mutan a *reglas* en tanto que se delimita su *abstracción normativa* al ámbito textual de su concreción legal. Las constelaciones normativas a las que el principio estaba llamado iluminar, aquellos grandes espacios del ordenamiento se reducen a pequeñas parcelas de conflicto que, en este caso, se circunscribe al de las circunstancias agravantes y la evitación de su doble contemplación punitiva.

¹⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997), tomo II, p. 179.

¹⁶ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2001), tomo I, p. 318.

Por nuestra parte, también cabría recurrir a esta hipótesis, en aquellos casos en que, por ejemplo, se ejecuta el delito con auxilio de gente armada, como se contempla en el numeral 11 del art. 12 CP. Tal circunstancia –respecto de la gente armada– podría constituir por sí mismo un delito de porte o tenencia ilegal de armas de fuego sancionado por la Ley N° 17.798, razón por la cual no cabría agravar la responsabilidad de estos sujetos aplicando dicha agravante, pues ello implicaría sancionar dos veces por lo mismo.

b) Circunstancias agravantes que la ley ha expresado al describir y penar un delito

También puede ocurrir, en tanto técnica legislativa corriente, que el legislador, por razones fenomenológicas o de política criminal, recurra a ciertas circunstancias agravantes contenidas en la Parte General y las integre como uno más de los elementos típicos de una figura determinada en la Parte Especial, tal como ocurre en el delito de homicidio calificado que, a grandes rasgos y con matices, recurre en sus cinco numerales, a las primeras cinco agravantes del art. 12 CP, o el escalamiento del art. 12 N° 19, en el robo con fuerza en las cosas de los arts. 440 N° 1 y 442 N° 2 CP¹⁷.

Con todo, ni la primera ni la segunda regla que contempla el art. 63 serían aquellas que supuestamente se verían vulneradas en el fallo aquí analizado. De acuerdo al recurso de nulidad, sería la tercera hipótesis del art. 63 la que se vería pasada a llevar por el fallo del TOP de Concepción, en tanto que la circunstancia de que el sujeto esté privado de libertad resultaría inherente a la agravante de cometerlo dentro de un recinto penitenciario.

c) Circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse

A diferencia de los casos anteriores, esta tercera hipótesis supone que la circunstancia agravante no ha sido expresamente tomada por el legislador al describir el tipo, sino que se deduce intrínsecamente y en términos materiales, su concurrencia en el delito. Ello ocurriría, por ejemplo, en el caso de la alevosía –en tanto obrar sobreseguro– inserta en forma inherente en el delito de infanticidio, siempre que el autor aproveche que el recién parido se encuentra solo¹⁸.

¹⁷ Así, CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, reimp. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile (1997), p. 390.

¹⁸ En el mismo sentido, COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor. *Código Penal Comentado. Parte General - Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot (2011), p. 576.

Para Garrido¹⁹, esta tercera regla admite, además, dividirse en dos hipótesis alternativas: una se presenta cuando la inherencia a que alude la disposición es consecuencia del tipo penal, como sucede con el ya citado caso del infanticidio; y otra cuando el tipo penal no presupone la agravante, pero sí las circunstancias del hecho o sus modalidades de ejecución; lo que ocurriría, “cuando en el delito de homicidio la víctima es el dueño de una empresa rival que, por desgracia, es un anciano enfermizo, débil, donde la alevosía deberá siempre concurrir”²⁰.

Lo interesante de la postura de Garrido, se haya en que, para él, se deben separar de esta última alternativa aquellas agravantes que se refieran a una *condición particular del agente*, como son las del art. 12 N°s. 14, 15 y 16 CP. Así, el haber sido condenado con anterioridad por un delito de igual naturaleza o cometer el nuevo delito en tanto cumple el agente una condena, no pueden quedar incluidas entre las que pertenecen a la ejecución del delito, por cuanto la ley ha manifestado implícitamente su voluntad en el sentido de que surtan efecto en todo hecho típico en que el agente cumpla la condición que agrava su responsabilidad; tal como parece ocurrir en el caso de marras.

En igual sentido se expresa Cury²¹. Cada vez que la inherencia de la agravante a la ejecución no esté implícita en el tipo legal, pero sí se deriva de las circunstancias concretas en que se comete el delito, de manera que el autor no tiene otra forma de perpetrarlo sino configurándola, se habrá de aplicar igualmente la agravante. Así, afirma Cury, no puede asilarse en el art. 63, inc. segundo, el funcionario de una empresa que la ha defraudado, alegando que, atendida su posición, no podía sino cometer el delito abusando de la confianza que se le dispensaba.

Lo que ocurre, concluye Cury, es que, al concebir estas agravantes, la ley ha presupuesto su concurrencia obligada en todo hecho en el que intervenga quien es portador de la calificación personal, manifestando implícitamente su voluntad de que, aun así, surta efectos”²².

En esta línea de pensamiento, estimo, la circunstancia de que el sujeto se encuentre privado de libertad –en tanto condición personal ineludible– no admite excluir el efecto de la agravante, en tanto que dicha calidad no forma parte integrante del tipo de tráfico, ni expresa ni implícitamente, pero especialmente, tampoco supone una doble valoración en conjunción con la agravante

¹⁹ GARRIDO, ob. cit., p. 319.

²⁰ GARRIDO, ob. cit., p. 319.

²¹ CURY, ob. cit., p. 391.

²² CURY, ob. cit., p. 391.

de “cometerlo en un lugar de detención o reclusión”, en tanto que ésta última (la agravante) responde al *lugar* de ejecución de la acción y *no a una cualidad o circunstancia personal* –se trata de categorías diferentes–. La eventual coincidencia espacial “sujeto-lugar” no implica identificación valorativa de agravación, pues aquello que es diferente no admite duplicidad sancionatoria en su consideración conjunta. En tal sentido, la agravante resulta aplicable tanto a quienes están dentro de prisión (*v. gr.* gendarmería y reclusos), como a quienes estén fuera.

Y esto explica lo inadmisibles que resulta sostener que el sujeto no podía haber visto agravada su responsabilidad en tanto que, como sujeto privado de libertad, el delito “necesariamente ha debido tener lugar en el recinto penitenciario”. Un sujeto condenado sigue siendo destinatario de la norma, razón por la cual la amenaza de ver agravada su responsabilidad al cometer un delito *desde dentro* permanece incólume, a menos que la doble valoración sea, precisamente, el lugar de comisión. Lo contrario –inaplicabilidad de la agravante a quienes están privados de libertad–, supondría conceder un privilegio al contumaz, lo cual no ha sido, por cierto, la intención del legislador.

Lleva la razón, entonces, la Corte de Apelaciones de Concepción, al afirmar que del texto del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, “surge con claridad que dicho aumento de pena no fue previsto por el legislador para castigar la calidad del sujeto activo sino que más bien, el lugar donde la conducta se despliega”²³.

3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Microtráfico. Delito ha sido cometido en un centro de reclusión. Aumento de la pena de la letra h) del art. 19 de la Ley N° 20.000 no vulnera el principio de *non bis in ídem*

HECHOS

Defensa del sentenciado interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en pequeñas canti-

²³ Corte de Apelaciones de Concepción, 25.08.2023, rol N° 855-2023, considerando 2°.

dades, en su modalidad de posesión y porte. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Concepción*

ROL: *855-2023, de 25 de agosto de 2023*

MINISTROS: *Sra. Matilde Esquerre P., Sr. Marcelo Matus F.; Hernán Rodríguez C.*

DOCTRINA

Debe recordarse que el artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000 dispone que: “Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial., de lo que surge con claridad que dicho aumento de pena no fue previsto por el legislador para castigar la calidad del sujeto activo sino que más bien, el lugar donde la conducta se despliega, por lo que razonar como la defensa es avalar el disvalor de la conducta de un sujeto que condenado a una pena privativa de libertad, reincide en su conducta al interior del penal, portando droga, sin que se haya probado su calidad de consumidor como arguyó la defensa. Por otra parte, el aumento de pena de la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, no vulnera el principio de non bis in ídem, toda vez que el objetivo del legislador penal para evitar la comisión de los delitos de tráfico en el interior de recintos penitenciarios, atendida la mayor afectación de derechos esenciales que tales conductas acarrearán a personas que se encuentran en situación de privación de libertad, por lo que no resulta acertado que éste sea un elemento connotativo a la forma de comisión del ilícito o se esté sancionando doblemente la misma circunstancia, como sostiene la recurrente” (considerandos 2° y 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones)

Cita online: CL/JUR/35592/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 4°, 19 y 1° transitorio de Ley N° 20.000; Artículo 373 de Código Procesal Penal.*