

REBAJA FACULTATIVA DEL ARTÍCULO 1° INCISO 2° LEY N°20.000

*Por Carolina Zavidich Diomedi
Abogado Asesor¹*

La Ley N°20.000, dispone en su artículo 1° inciso 2° la facultad para el sentenciador de rebajar la pena asignada al delito de tráfico hasta en un grado “...*Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior...*”². Así, el legislador pone a disposición del tribunal la decisión final de aplicar la rebaja mencionada para aquellos casos de tráfico del artículo 3° y que comprenda las sustancias contenidas en el artículo 2° del Reglamento de la Ley de Drogas; para que este último evalúe los antecedentes allegados al proceso y determine en definitiva si hará uso de la facultad otorgada, rebajando la pena asignada al delito hasta en un grado.

En consecuencia, la rebaja mencionada sólo procede respecto del delito de tráfico del artículo 3°, no así en el tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico del artículo 4°, por ser éste último una figura privilegiada. Y en cuanto a las hipótesis de tráfico desarrolladas en el artículo 4° por el sujeto activo ellas son la posesión, transporte, guarda o porte de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, que tengan o no la capacidad de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, y la adquisición, transferencia, suministro o facilitación a cualquier título de pequeñas cantidades de dichas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Dicha prerrogativa ha sido aplicable, en general, respecto de investigaciones en las cuales la droga incautada al o los imputados ha sido del tipo marihuana.

Sin embargo, existe jurisprudencia nacional que ha zanjado no hacer uso de la facultad que le concede la ley en el inciso 2° del artículo 1°. Y en este sentido veremos de manera breve las razones por las cuales ha adoptado dicha decisión, trasladándonos primeramente a la historia legislativa del artículo 1° inciso 2°.

¹ Abogado Asesor Unidad de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

² “**Artículo 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.

Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.

Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores.”

Historia Legislativa artículo 1° inciso 2° Ley N°20.000

Parte de la discusión del inciso 2° del artículo 1° se centró en determinar qué drogas causan o no provocan daños considerables a la salud, o en hacer la distinción entre drogas duras y blandas; con todo, la Comisión consideró que era contraproducente hacer dicha diferencia, considerando la variada gama de estudios que señalan que la marihuana no es tan nociva para la salud y otros que indican lo contrario. Concluyendo que “...*causan daño a la salud o efectos tóxicos, entre otras, las sustancias provenientes del género cannabis, la cocaína y la heroína...*”³

Sin embargo, los diputados Señores Delmastro y Orpis propusieron que se agregara un inciso 3°, el cual indicaba que las sustancias del género cannabis, la cocaína, la heroína, el LSD, el éxtasis y el neoprén, son, entre otras, las que causan graves daños a la salud, dependencia física o síquica o efectos tóxicos; con el propósito de limitar la facultad del juez para rebajar la pena, es decir, que tratándose de las sustancias ya mencionadas, fuera improcedente para el sentenciador el uso de la potestad consignada en el inciso 2°.

No obstante, al enumerar las sustancias en el inciso 3°, cabía la posibilidad de dejar fuera alguna otra droga que también provocara los mismos efectos dañinos para la salud, y al respecto se mencionó que el Reglamento de la Ley N°19.366 contenía una lista de aquellas sustancias que provocan tales consecuencias y otra de los que no producen resultados nocivos. Que en cuanto a la marihuana, conforme a dicho Reglamento, la resina de cannabis en bruto o purificada produce graves efectos tóxicos y daños considerables a la salud, no así el cannabis en caña, que ocasionaría solo dependencia física y síquica.

Finalmente y pese a la discusión mencionada, se decidió que el inciso 2° del artículo 1° mencionara que la rebaja facultativa para el juez, fuera aplicable sólo en los casos de sustancias o drogas que no provocaran los mismos efectos tóxicos o daños considerables a la salud, ya indicados en el inciso 1°, evitando hacer una enumeración taxativa de las drogas que generan tales repercusiones a la salud, remitiéndose entonces, solo al Reglamento N°565 de la Ley N°19.366⁴.

De este modo, la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento, mantuvo la rebaja facultativa, pero solo en un grado, a diferencia de lo establecido en la Ley N°19.366 que facultaba al juez a rebajar la pena hasta en dos grados. Por tanto, el sentenciador podrá evaluar los distintos escenarios o circunstancias de cada caso⁵, remitiéndose en cuanto a las

³ Sesión 48°, en martes 3 de abril de 2001, Cámara de Diputados.

⁴ Sesión 4°, en martes 9 de octubre de 2001, Cámara de Diputados.

⁵ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Proyecto de Ley N°20.000, Boletín N°2439-20.

sustancias que provocan o no daños a la salud o efectos tóxicos, al Reglamento existente para la Ley N°19.366, normativa que enumera tales sustancias.

Jurisprudencia: casos sobre delito de tráfico de marihuana, en los que no se ha aplicado la facultad contemplada en el inciso 2° del artículo 1.

En parte de los fallos examinados, tratándose de incautaciones de marihuana, el tribunal estimó que configurado el delito de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° con relación al artículo 1° de la Ley N°20.000, si resultó procedente aplicar la rebaja facultativa, pues se trató de una droga que no produce dependencia física o psíquica, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, toda vez que se encuentra comprendida la marihuana entre las sustancias indicadas como de tales características.⁶

Otra parte de la jurisprudencia chilena, aún tratándose de tráfico del artículo 3° con incautaciones de marihuana, ha decidido no hacer uso de la potestad concedida en dicho inciso 2°, aceptando las alegaciones que realizadas por el Ministerio Público en este sentido, atendida principalmente la cantidad de droga incautada.

Así, el Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, recogió esta postura, considerando que la cantidad de droga incautada de 38.496 gramos y 1.593,3 gramos (42 ladrillos) de cannabis sativa, y demás antecedentes de la investigación, le hicieron concluir que con la realización de la actividad de traficar de los imputados y las condiciones del hallazgo de la droga, más los dichos argüidos por el perito que analizó la sustancia; efectivamente se produce la magnitud del daño social que quiere evitar la Ley de Drogas.⁷

Por otra parte, el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, estimó que **además de la cantidad de marihuana encontrada, la forma en que los imputados clasificaron la droga para su almacenamiento o guarda, al escoger los cogollos por sobre las demás partes de la**

⁶ en el artículo 2° del Decreto N°565 del Ministerio de Justicia de 1996, aplicable según lo dispuesto en el artículo 2° transitorio de la ley 20.000.

⁷ Boletín Unidad de Drogas, 2004, SIE: RUC N° 0300117283-1, fiscal Mauricio Richard Hormazábal, dictada con fecha 14.05.04, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, condenatoria, 38.496 gramos y 1.593,3 gramos (42 ladrillos) de cannabis sativa. Materias: Artículo 5° Ley 19.366 (tipo penal en hipótesis de tenencia), receptación de especie, y tenencia ilegal de arma de fuego. Interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas. Pericia fonética. Delito de peligro. Se rechaza solicitud de rebajar la pena por estimar el tribunal que no procede hacer uso de facultad contemplada en artículo 1° inciso segundo de la ley de drogas atendida la cantidad y la magnitud del daño social que con dicha actividad se produce.

planta de marihuana, determinaron que rechazaran la solicitud de la defensa en aplicar la rebaja del inciso 2° del artículo 1°.⁸

El Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, evaluó lo sostenido por los Profesores Politoff y Matus, en el sentido de señalar que la cantidad de droga hallada es un factor que el sentenciador debe considerar, aún tratándose de drogas blandas como la marihuana, pues la considerable cantidad de droga incautada a los imputados aumenta las probabilidades de que ésta sea difundida a la población; y unido a que del total de marihuana hallada, se pueden obtener considerables porciones o dosis de la misma, las que una vez puestas a disposición de un número determinado de individuos, verán afectada su salud e integridad mental, situación que de hecho es una amenaza real a la salud pública, que es el bien jurídico protegido en la Ley N°20.000.⁹

⁸ Boletín Unidad de Drogas, 2004, SIE: RUC N° 0300064442-K, fiscal Marcelo Leiva Peña, dictada con fecha 15/09/04, por el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, condenatoria, 17.618 gramos de cannabis sativa.

Materias: Tipicidad: Artículo 2° Ley N° 19.366, tipo penal en hipótesis de plantar, cultivar y cosechar. Se rechaza tesis de la defensa de que la droga incautada era para su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Circunstancias modificatorias: Se acoge atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, respecto de ambos acusados. Se acoge atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal respecto de un co-acusado, rechazándose respecto de otro co-acusado. Individualización de pena: Se rechaza solicitud de la defensa de rebajar en un grado la pena, "en virtud de la cantidad de droga encontrada y la clasificación previa realizada por los autores para su almacenamiento, escogiendo para esto los cogollos del resto de las plantas".

⁹ Boletín Unidad de Drogas, 2005, SIE: RUC N° 0400469405-3, Fiscal Ricardo Reinoso Varas, dictada con fecha 16/08/05, por el Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, condenatoria, 101 Kilos, 412,28 gramos de Marihuana prensada.

Materias: Tipicidad: Artículo 5°, Ley N°19.366. Tipo penal en hipótesis de importación, traslado y posesión de la droga. Técnicas de investigación: Entrega vigilada. Circunstancias modificatorias: Se acoge respecto de uno de los imputados la atenuante especial del artículo 33 del la Ley 19.366, toda vez que efectivamente el acusado cooperó eficazmente al esclarecimiento de los hechos, entregando oportunamente a Carabineros, datos precisos, verídicos y comprobables, identificándose con ellos al propietario de la droga y lugar donde ésta se guardaba, practicándose las detenciones del caso, cooperando además con diligencias tendientes a descubrir a quien se había encargado la adquisición, la importación, el transporte y posterior guarda de la droga. El tribunal rechaza respecto de uno de los imputados, la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, por cuanto su extracto de filiación posee una anotación pretérita, por el delito de tráfico de estupefacientes, actualmente en etapa de adhesión a la acusación que el juez de la causa dedujo en contra de este acusado por su responsabilidad en la internación al país y su posterior guarda de 1000 kilos de marihuana prensada. Individualización de penas: No se acogió la rebaja de pena solicitada en virtud de que la sustancia incautada era de aquellas que no provocaban graves daños a la salud, argumentando el Tribunal que tal como lo sostienen los profesores Politoff y Matus, "uno de los factores que el sentenciador debe tomar en consideración para la rebaja de pena que faculta la ley tratándose de las mencionadas drogas blandas es la cantidad, pues a mayor cantidad se representa una mayor posibilidad de difusión incontrolada de la misma, la que atenta de esta manera gravemente en contra de la salud pública", por lo que 101 kilos 412,28 gramos es una cantidad que puede dar origen a un exagerado número de dosis, las cuales pueden alcanzar a afectar a un número muy significativo de individuos,

Algunas apreciaciones

En síntesis los argumentos empleados por los sentenciadores que rechazan la rebaja facultativa en comento se basan que tratándose de incautaciones de marihuana, la cantidad es un factor importante a considerar, y que dicha cuantía distribuida en un número determinado de dosis a la población, el daño a salud pública se ve potencialmente afectado.

Es decir, una gran cantidad de marihuana incautada en una investigación, hace razonar al sentenciador que no obstante ser de aquellas sustancias llamadas “blandas”, éstas pueden potencialmente aumentar el peligro de lesión a la salud pública. En consecuencia la afectación del bien jurídico protegido “salud pública” es el elemento esencial considerado al momento de realizar nuestras alegaciones.

Pues probablemente de no haberse incautado la sustancia, de ella fraccionada en “x” cantidad de dosis, sus porciones se hubieran distribuido descontroladamente a un sin número de personas de la población, lo que hace concluir que la mencionada sustancia, atenta efectivamente contra la salud pública.

Y como lo manifiestan los Profesores Politoff, Matus y Ramírez¹⁰, si la salud pública es el bien jurídico protegido en la Ley de Drogas, lo es, porque ésta procura evitar la propagación no regulada ni autorizada de la misma, o la posibilidad de **difusión incontrolada**, esto es, que el uso o consumo de las sustancias prohibidas no llegue descontroladamente a la población.

afectando de esta forma su salud e integridad mental. Respecto del acusado a quien favorece la atenuante del artículo 33 de la ley 19.366, se le rebajó la pena en dos grados.

¹⁰ Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2º Edición Actualizada, Edit. Jurídica de Chile, págs. 578 y 579.