DROGA BLANDA Y PENALIDAD DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY N° 20.000.

Andrés Salazar Cádiz
Abogado asesor.

El presente artículo tiene por objeto abordar problemas de interpretación en la sanción que se debe aplicar al artículo 4°, en especial cuando la droga objeto del tráfico de que se trata de marihuana u otra droga blanda y la posible aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 1° inciso 2° de la Ley 20.000, que castiga la producción de sustancias ilícitas. ¿Es legalmente aplicable esta disposición?

1.- Preámbulo.

Una de las principales reformas de la nueva legislación punitiva de drogas fue la incorporación de la sanción al tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes o psicotrópicos.

Su creación tuvo en vista abordar los bolsones de impunidad que creaba la antigua regulación, estableciendo sanciones proporcionales a aquellos individuos que se dedicaban a traficar cantidades de sustancia prohibidas que podrían ser consideradas como destinadas al consumo personal, optando el legislador, por otorgarle a esta conducta una pena privilegiada atendida la menor extensión del daño a la salud pública.

Sin embargo la utilización práctica de este artículo y su interpretación no ha sido pacífica, y ha requerido de un tiempo para ir decantando los criterios que nos muestran el campo en que tiene aplicación esta norma.

Así por ejemplo, si bien es cierto en un principio existieron problemas, hoy en día es un tema pacífico para nuestra jurisprudencia que no sólo el peso de la droga incautada determinará si nos encontramos ante un tráfico de drogas del artículo 4° o uno del artículo 3°, ya que también debemos atender a las circunstancias concretas que rodean al hecho perseguido, por que el concepto de “pequeña cantidad” es neutro y debe ser determinado caso a caso¹.

En la actualidad hemos encontrado un nuevo punto de conflicto en la interpretación de la norma; ¿cabe la rebaja de la droga blanda establecida en el inciso 2° del artículo 1° al tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4°?

¹ Así por ejemplo nuestro máximo tribunal ha establecido que 4,400 gramos de pasta base de cocaína, distribuida en 122 papelillos cuadrículados, pueden perfectamente no ser considerados como pequeña cantidad, y por lo tanto es perfectamente aplicable a ésta la sanción establecida en el artículo 3° de la Ley 20.000 (Corte Suprema 25-07-2005, RUC 0300110342, RIT 038-2004).

Este breve artículo pretende analizar los argumentos desarrollados en la discusión y emitir una impresión respecto al tema.

2.- Primer Acercamiento: Normativa en Juego

La primera herramienta para analizar es el tenor literal de las normas que se pretenden relacionar.

El artículo 1° sanciona la producción de sustancias prohibidas bajo el siguiente tenor:

“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....”

Para poder determinar en que hipótesis de producción es posible que el juez ejerza la facultad legal de aminorar el quantum de la pena, por tratarse de sustancias que no son capaces de provocar graves daños a la salud, debemos remitirnos al artículo 2° del Decreto Ley 565 que contiene las llamadas “drogas blandas”. Una de ellas es la cannabis.

El artículo 4° que sanciona el microtráfico establece en su inciso primero que: *“El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.”*

Por lo tanto, y adelantando las conclusiones a que arribaremos más adelante, ya desde una perspectiva literalista del análisis, nos es imposible obviar que la norma expresa claramente, que la pena que señala (descrita en sí misma, sin recurrir a otra norma de referencia) se aplica de igual manera, “sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°”, esto es, que la pequeña cantidad portada, poseída, transportada, guardada, traficada etc., sea o no de aquellas sustancias que la ley considera capaz de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, lo que nos da a entender que en esta sede, dicha distinción no tiene acogida ni importancia.

Por su otra parte, existe otra norma en la cual si es posible aplicar la rebaja de drogas blandas, ya que propio texto nos reenvía a la penalidad asignada al artículo 1°. Esta norma es el artículo 3° de la Ley 20.000:

Históricamente no ha habido problemas en la aplicación de esta rebaja facultativa al delito de tráfico de drogas, ya que la misma norma, expresamente establece que las conductas de tráfico, son sancionadas con las mismas penas del artículo 1º, lo que obviamente, al no hacer ningún tipo distinción, incluye la rebaja de su inciso segundo:

“Artículo 3º.- Las penas establecidas en el artículo 1º se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.”

3.- Segunda Aproximación: Historia de la Ley.

Si siempre la historia de la Ley nos ayuda a vislumbrar la intención que tuvo el legislador para sancionar una conducta punitiva, en este caso, el auxilio de esta categoría hermenéutica es de excepcional utilidad, ya que en las actas de la ley se dejó constancia expresa de la misma discusión que hoy abordamos. En aquella oportunidad los parlamentarios tomaron una decisión sobre el microtráfico y su penalidad, de la manera que pasamos a relatar.

En primer lugar, durante la sesión de la Cámara de Diputados del martes 3 de Abril de 2001, y durante el 1º trámite constitucional, la comisión especial de drogas decidió crear un nuevo artículo que pasaría a ser el número 4º de la ley 20.000. El objetivo fue separar las conductas de tráfico y microtráfico, que se regulaban en forma conjunta en el antiguo número tres. Al adoptar la decisión de sacar el microtráfico del artículo 3º, también se le otorgó a esta nueva norma su propio marco penal, perdiendo su remisión al artículo 1º por expresa voluntad del legislador.

En segundo, lugar el día dos de noviembre de 2004, ante la comisión mixta, el senador Espina expuso **al discutir el artículo 1º** de la nueva Ley, que el Senado restringió la posibilidad de rebajar la pena del Tráfico de drogas de dos a un grado cuando el objeto material del delito fuera de aquellas sustancias consideradas como drogas blandas. Esta restricción a la rebaja facultativa se realizó con el objeto de armonizar esta disposición a la nueva norma que regularía el microtráfico, separando las aguas entre ambas descripciones típicas, ya que es distinta la entidad del reproche de ambas conductas y de ahí la pena más benigna del artículo 4º².

² A continuación transcribimos partes de las actas que hacen referencia a esta discusión. En ellas se puede apreciar que el “Honorable Senado introdujo dos modificaciones. Por una parte, permitió rebajar la pena solamente en un grado en el caso del inciso segundo, que se refiere a las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas que no sean productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”... Continúan las actas estableciendo que la Cámara de diputados en su oportunidad “objetó la disminución, a un grado, de la eventual rebaja de la pena en dos grados, porque significa reducir el margen de apreciación de los hechos que se confiere al tribunal, entre ellos las características de la sustancia o droga de que se trate, puesto que no todas producen los mismos efectos”,

Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

Por último, en la misma sesión, **al tratar el artículo 4º y su penalidad**, se discutió en virtud de una moción parlamentaria la posibilidad de hacer procedente la rebaja de la pena del autor del delito de microtráfico, haciendo la distinción entre drogas duras y drogas blandas, **situación que en definitiva no prosperó y se optó por que la disminución de la pena se efectuara a través de las atenuantes generales del Código Penal, ya que de otra manera, en la práctica, la sanción de este artículo se haría ilusoria**³.

4.- Corrientes Jurisprudenciales Advertidas:

Hasta la fecha se han detectado dos posturas en lo referente a la materia abordada.

Una primera postura entiende que es posible extender la aplicación de la atenuante especial del artículo 1º a aquel que trafica con pequeñas cantidades de sustancias prohibidas. La segunda niega esta posibilidad en forma tajante.

Para la primera corriente, la rebaja consagrada es extrapolable al microtráfico aunque esta norma no consideré dicha rebaja expresamente. Esta tendencia jurisprudencial ha aplicado la rebaja facultativa de un grado de la pena al microtráfico.

En este sentido, y a modo ejemplar se citan dos sentencias; la primera de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de Mayo de 2006, Rol de Corte: 785-2006, Ruc:

al respecto el Senador Espina intervino señalando que” en lo que respecta a la posibilidad de rebajar la pena hasta dos grados, que el Senado la restringió a un grado, debido a la necesidad de armonizarla con la que será aplicable al delito de “microtráfico”...”Lo anterior, porque las penas establecidas en este artículo son las mismas que sancionarán el narcotráfico o tráfico mayor, según ordena el artículo 3º. Ello implica que el narcotráfico será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio (5 años y 1 día a 15 años) y, si se aplica la rebaja de un grado, la pena base quedará en presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años). Por su parte, para el “microtráfico” se plantea la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años). En consecuencia, si se aceptara rebajar la pena en dos grados, las penas del tráfico mayor y del microtráfico de drogas serían las mismas en ciertos casos, lo que no guarda relación con la diferente conducta que se reprocha”. Finalmente esta indicación fue acogida por el Poder Legislativo que aprobó la redacción de la norma de la manera propuesta por el Senado. BOLETIN N° 2439-20; INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA, recaído en el proyecto de ley que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, páginas 2 a 4.

³ ***“El Honorable Diputado señor Bustos coincidió con que el tramo inferior de la pena privativa de libertad es alto, y se debería seguir la lógica del artículo 1º, en orden a distinguir entre las distintas drogas, considerando los efectos tóxicos o el daño a la salud”, por su parte el diputado García Huidobro “estimó peligroso distinguir entre los tipos de drogas en este artículo, porque el mismo criterio, en rigor, debería extenderse en forma generalizada a todos los delitos de esta ley”.. por último el Senador Espina “destacó, en lo que respecta a la pena privativa de libertad, que la ley actual, que no contempla la figura del “microtráfico”, castiga a las personas que la realicen como autores de tráfico, con una pena mínima de 5 años y 1 día. La Cámara de Diputados fija la pena mínima en 61 días y el Senado en 541 días. Si la persona logra acreditar dos o más atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo, de acuerdo a las reglas generales, por lo que, en tal caso, si se acoge el criterio del Senado, el imputado recibirá 61 días. Consideró que bajar más la pena es inaceptable, porque, con el mismo mecanismo legal, si se fija 61 días como pena base, en el hecho no se aplicará ninguna sanción efectiva”, prosperando en definitiva la redacción propuesta por el senado sin aplicar atenuación a la pena del microtráfico en base a la distinción entre drogas duras y drogas blandas. BOLETIN N° 2439-20; INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA, recaído en el proyecto de ley que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, páginas 5 a 8.***

Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

0500417873-6, Rit: 557-2005, y la segunda de Corte Suprema de fecha treinta de marzo de dos mil cinco, Recurso 78/2003 (causa que pertenece al sistema antiguo)⁴.

Si bien estos fallos plantean situaciones sostenibles desde la apreciación diferenciada del objeto material del delito presente en los artículos primero y tercero, no explican por que se desconoce la validez del tenor literal del inciso 1° del artículo 2°, ni menos recogen apreciaciones acerca de la historia fidedigna de la ley. Tampoco se invocan aplicaciones analógicas de la atenuante en virtud de interpretaciones *in bonam partem*, sino que, simplemente se estima que la rebaja debe proceder en los mismos términos explicitados en el artículo 1°.

La Segunda corriente (que podemos denominar mayoritaria) no hace aplicación de la atenuante en comento cuando estamos en presencia de tráfico de pequeñas cantidades de drogas blandas (que en la totalidad de los casos analizados se trató de marihuana), apegándose a nuestro juicio, al tenor literal de la norma y a la intención del legislador.

Podemos citar dentro de esta segunda posición los pronunciamientos de la Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 20 de julio de 2006, en investigación RUC 0500619886-6, RIT 2187-2005, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 11 de Agosto de 2006 RUC 0500275060-2, sentencia del 4° TOP de Santiago de fecha 20 de enero de 2005 RUC: 0500310293-0, RIT: 4/2005., del TOP de Rancagua del 02 de Abril de 2006 RUC 0500394553-9 RIT 29-2006, y del TOP de Valdivia de 16 de Agosto de 2006 R.I.T. 56-2006, R.U.C. 0500489307-9. El valor de todos estos pronunciamientos es que en sus consideraciones, rechazan las pretensiones de morigerar la pena en delitos del artículo 4°, justificando su resolución en el tenor literal de la norma e intención del legislador⁵.

⁴ La Sentencia de Corte Suprema de fecha treinta de marzo de dos mil cinco, en Recurso 78/2003 establece en su considerando cuarto lo siguiente: *“Que dicho delito se encuentra reprimido en el inciso 1° del reseñado artículo 4° de la Ley N° 20.000 con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, pero atendida la naturaleza de la droga incautada, cannabis satiba comúnmente llamada marihuana, que, como se dijo, no es capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, es preciso rebajar dicho castigo en un tramo desde el mínimo de los señalados por la ley, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 1°, inciso 2°, de la Ley N° 20.000 y así la sanción llega a presidio menor en su grado mínimo”*, por su parte la sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de Mayo de 2006, Rol de Corte: 785-2006, Ruc: 0500417873-6, Rit: 557-2005 manifestó en su considerando segundo que, *“corresponde tener presente que, a juicio de esta Corte, la rebaja de pena que contempla el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 20.000, cuando la naturaleza de la droga incautada -cannabis satiba, comúnmente llamada marihuana- no es capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, es plenamente aplicable a la sanción contenida en el artículo 4° de dicho cuerpo legal”*.

⁵ Así por ejemplo el fallo de la Corte de apelaciones de Valdivia estableció en su quinto considerando que de acuerdo al *“tenor del artículo 4 de la ley 20.000 el mínimo de la pena establecida para este delito es presidio menor en su grado medio y multa de 10 UTM, penas de suyo menores a otras que la misma ley señala para el tráfico de drogas y que se relaciona con la poca entidad del comercio ilegal de tales sustancias; disposición especial que está ya considerando una pena menor a la que correspondería si el tráfico pesquisado fuese mayor norma que no autoriza la aplicación de la rebaja consagrada por el artículo 1 de la misma ley atendido su tenor literal y su propia naturaleza”*, por otra parte el citado fallo del 4° TOP DE Santiago recoge la misma idea al denotar que *“así las cosas, del claro tenor de la Ley, puede desprenderse la voluntad del legislador en orden a morigerar la pena tratándose de pequeñas cantidades de sustancias de*

Cabe destacar la sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago citada en el párrafo anterior, ya que luego de un prolijo análisis de las normas en juego señala en su considerando tercero que “no procede que el sentenciador de garantía haga una rebaja de pena en el caso del artículo 4° de la Ley N° 20.000 cuando se trate de marihuana, droga que desde luego se ubica en aquellas del inciso segundo del artículo 1° de la ley 20.000, puesto que ello no está autorizado por la ley. La posibilidad de rebaja de pena en un grado está referida sólo al delito tipificado en el referido artículo 1°, en relación con el artículo 3°, que constituyen tipos penales distintos del señalado en el mencionado artículo 4°”.

5.- Improcedencia en esta materia de analogía “in bonam partem”

En cuanto a la posibilidad de aplicar criterios analógicos que beneficien al reo, en el caso específico que motiva este breve artículo debemos, a nuestro juicio, descartar tal factibilidad por dos razones:

En primer lugar, no corresponde aplicar soluciones analógicas, ni siquiera *in bonam partem*, cuando la norma se basta a sí misma para atribuir una sanción a una hipótesis conductual determinada y seleccionada como punible. En este aspecto, volvemos a citar la sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago a que recurrimos en los párrafos anteriores, ya que ella se hace cargo del punto declarando en su considerando sexto que “lo señalado por la abogada defensora en estrados, en cuanto a que habría que aplicar la disposición del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 20.000 por analogía al caso del artículo 4° de la misma legislación, no es atendible puesto que si bien es cierto que se ha sostenido que en materia penal es admisible la analogía bonam parte, esto es, en beneficio del reo, es lo cierto que dicha institución, la analogía, opera para la integración de la ley, esto es, cuando no existe disposición legal que regule un determinado conflicto. Y en la especie, la pena para el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga está perfectamente determinada en el artículo 4° de la ley 20.000, en la forma ya descrita, sin que de ninguna manera proceda aplicar una rebaja de sanción para el caso de drogas menos peligrosas para la salud pública que está establecida para un delito distinto, como lo es el del artículo 1°, en relación con el artículo 3°, ambas de la Ley N° 20.000”.

Tal y como explica el profesor Roxin, no puede perderse de vista que el juez para su interpretación se encuentra vinculado con el tenor literal de la ley, por ello, “una aplicación

drogas ilícitas, sin distinguir la naturaleza de la sustancia, a diferencia de lo prescrito solamente para el tráfico propiamente tal que se haya sancionado expresamente en el artículo 1° de la citada Ley, el que efectivamente rebaja la pena en función de la naturaleza de la droga, razón por la cual se hace inaplicable una doble rebaja como lo solicitó la defensa para el caso de autos.

del derecho penal que exceda el tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática⁶.

En segundo lugar, nuestro ordenamiento jurídico no aceptó la instauración de atenuantes analógicas. Ello queda claro al observar que el Código Penal Español de 1848 que sirvió de modelo para el Código Penal Chileno de 1874, ya que aquel cuerpo normativo consideraba expresamente en su texto la posibilidad de aplicar atenuantes por analogía, lo que sin embargo nuestro Código rechazó (por lo menos en cuanto a establecer una cláusula general que lo permitiera). Por ello, atendiendo a nuestro contexto normativo penal vigente, coincidimos con don Alfredo Etcheberry cuando expresa que si *“frente a un hecho la ley penal nos dice que debe ser castigado, el interprete debe ir contra la ley para afirmar lo contrario. En consecuencia, el juez que por analogía absuelva a un individuo o le conceda atenuantes que la ley no ha establecido, no violará el principio constitucional, pero si violará la ley”⁷.*

6.- Conclusiones:

a) Atendido todo lo expuesto es necesario establecer que, desde nuestro punto de vista, no es posible aplicar la atenuante del inciso 2° del artículo 1° al tráfico de pequeñas cantidades de droga.

b) Esta circunstancia modificatoria facultativa no posee la aptitud legal de afectar el marco penal establecido en el artículo 4° que sanciona el microtráfico, ya que la ley expresamente desecha tal posibilidad, negando importancia a la distinción incluida en la primera norma de la Ley 20.000.

c) La atenuante facultativa establecida para aquellas sustancias que no son capaces de producir graves efectos tóxicos a la salud si es aplicable a la sanción del tráfico de drogas contemplado en artículo 3°, solo por que la misma norma expresamente hace posible este evento.

d) Nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de aplicar atenuantes analógicas, y aun cuando ese fuera el caso no sería posible emplear analogía (en cuanto a circunstancias adecuatorias de la responsabilidad penal) en una descripción típica completa (como la del artículo 4° de la Ley 20.000), por no necesitar el interprete realizar un ejercicio de integración para determinar la penalidad asignada a la conducta seleccionada.

⁶ Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Páginas 149 y 150. Editorial Civitas. Año 2003.

⁷ Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, página 114 Editorial Jurídica de Chile, 1998.