

EL CONCURSO DE DELITOS: CULTIVO EN RELACIÓN CON TRÁFICO Y MICROTRÁFICO

Carolina Zavidich Diomedi¹

I. Introducción

Algunas de las hipótesis de hecho que sustentan los tipos penales de la Ley N°20.000 pueden colisionar en el momento en que estos últimos van a ser concretamente aplicados; tales son los casos de tráfico, microtráfico y cultivo.

En estas ocasiones, la legislación, y también la doctrina y la jurisprudencia, nos entregan ciertas reglas de solución. Este conjunto de reglas, que permite al sentenciador determinar qué pena aplicar en cada caso en particular, conforman lo que se denomina la teoría del concurso de delitos.

En materia de Ley de Drogas, y específicamente en los casos de colisión antes aludidos, puede observarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia no han sido uniformes. En efecto, mientras la mayor parte de ellas ha sostenido que a los casos de colisión señalados debe aplicarse la regla del concurso aparente de normas penales, una parte minoritaria se ha inclinado por la solución del concurso ideal o medial.

II. Exposición del conflicto

Entendiendo que la teoría de concursos es conocida por nuestros lectores, veremos someramente su aplicación práctica en materia de Ley de Drogas, sin perjuicio de efectuar previamente algunas precisiones en relación con el delito de tráfico de los artículos 3°, 4° y el de cultivo del artículo 8°, todos de la Ley N°20.000.²

1 Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 El principio que subyace a la teoría del concurso de delitos es el llamado “*non bis in idem*”, en cuanto éste pretende evitar que se valore, y por ende penalice, más de una vez un mismo hecho. Refiriéndonos en particular a cada uno de los concursos de delitos, podemos decir que:

a) Concurso real o material:

Estamos ante un concurso real o material cuando el sujeto activo de la acción típica realiza más de una acción, siendo cada una de tales acciones constitutiva de delitos diferentes, no conectados entre sí, y siempre que no se haya dictado sentencia condenatoria en ninguno de ellos.

Para explicar el concurso real o material, el Profesor Alfredo Etcheverry señala que éste exige la concurrencia de los siguientes elementos (*Derecho Penal, Parte General*, Alfredo

Etcheverry, T II, 3ª edición revisada y actualizada, 1997, Editorial Jurídica de Chile, pp. 115 y ss):

- **Unidad de sujeto activo:** sea el mismo sujeto activo quien haya realizado distintos hechos.
- **Pluralidad de hechos punibles:** debe haber una multiplicidad de hechos y cada uno de ellos debe ser punible en sí mismo.
- **Inexistencia de condena inmediata:** para que pueda aplicarse dicho concurso es necesario que no haya condena o sentencia condenatoria ejecutoriada por ninguno de los delitos cometidos; esto en consideración a que deben acumularse las penas de cada uno de los delitos, conforme lo señala el artículo 74° inciso 2° del Código Penal: “... *El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente...*”.
- **Ausencia de conexión entre los hechos:** se trata de un requisito negativo. No obstante puede haber alguna vinculación entre un delito y otro, pero no debe tratarse de aquella propia de los delitos continuados, en donde el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que persigan una misma finalidad, “*de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente*” (www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/jurpen13.htm#8). Bacigalupo, Enrique: *Principios de Derecho Penal*, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, pp. 282 a 283).

La acumulación aritmética de las penas de los distintos delitos ha sido la regla general que ha adoptado nuestra legislación en presencia del concurso real o material. Ésta tiene, sin embargo, algunas variables de acuerdo a lo señalado por el artículo 74° inciso 2°, parte final, del Código Penal, que dice: “... *siendo posible...*”, lo que significa que en los casos en que no es factible la aplicación por acumulación aritmética, éstas deben cumplirse sucesivamente, empezando por la pena más grave o más alta en la escala respectiva.

Acorde a este criterio de aplicación de las penas, el Profesor Enrique Cury advierte que “... *los distintos delitos son sancionados como hechos independientes, y el autor común sufrirá la suma de las penas correspondientes. En muchas ocasiones, sobretodo tratándose de penas privativas de libertad, se excederán en esta forma los límites de la culpabilidad... lesionando la base sobre la cual descansa el ordenamiento punitivo en su conjunto*” (*Derecho Penal, Parte General*, Enrique Cury Urzúa, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª edición, septiembre 2005, p. 660.). Esta posición es la que ha sido adoptada por parte de la jurisprudencia frente a casos de concurso entre el delito de tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4° y el delito de cultivo del artículo 8°, ambos de la Ley N°20.000, al estimar que el delito tráfico de pequeñas cantidades absorbe al cultivo del artículo 8°, configurándose así un concurso aparente de leyes penales, tema que abordaremos más adelante.

Además, en la legislación encontramos el sistema de acumulación jurídica o de asperación para la aplicación de las penas, método entendido como una excepción al tratamiento punitivo del concurso real. Así, el artículo 351° del Código Procesal Penal establece lo siguiente: “*Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. ... Si por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos...*”.

En otro orden de ideas, en el artículo 75° inciso 1° segunda parte del Código Penal se contempla el sistema de absorción, al tratar a un delito como el medio necesario para cometer otro.

b) Concurso ideal o formal:

Entendemos por concurso ideal o formal aquel en que un solo hecho ejecutado es constitutivo de dos o más delitos, o bien, que uno de los actos desplegados sea el medio necesario para cometer el otro, esto es, son delitos dependientes entre sí. También puede

definirse “... cuando con un solo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces” (Ob. cit., Enrique Cury, p. 663.).

Los requisitos que el profesor Etcheverry ha estimado necesarios para este tipo de concurso son (Ob. cit., Alfredo Etcheverry, pp 119 y ss.):

- **Unidad de hecho:** en un sentido amplio, incluye la totalidad de los presupuestos del delito, acción o resultado.

En cuanto a la dificultad que ha tenido la doctrina para determinar cuando un hecho debe ser considerado como único, Etcheverry aclara que del examen de la ley se concluye que ésta le ha dado a esta clase de concurso un tratamiento generoso en relación con el concurso material, porque sin perjuicio que podríamos calificar un hecho como dos delitos, para que concurra el concurso ideal, es preciso que éstos delitos estén unidos o uno de ellos sea necesario para cometer el otro; esto es, no podríamos concebir la existencia de uno sin el otro.

- **Pluralidad de valoración jurídica:** señala que existe un dilema cuando se le considera como unidad de acción, ya que una sola acción no podría ser sino un solo delito. Sin embargo, cuando hablamos de unidad de hecho, conforme nuestra legislación define al concurso ideal, es fácil aceptar que se trate de diversos delitos, aun cuando la dificultad estaría en que la condena debe referirse a todos ellos.

El concurso ideal, como está descrito en el artículo 75° del Código Penal, “... solo supone la unidad del hecho, no de la acción. Que, a su vez, un hecho único puede estar compuesto o integrado por distintas acciones es algo perfectamente concebible, pues, ... existen numerosos casos en los cuales la “abrazadera” del tipo reúne en unidad de hecho lo que indiscutiblemente constituye una pluralidad de acciones. ... el concurso ideal de delitos, ... sólo es la única forma, el modo en que se exterioriza y realiza la actividad final, pero las acciones son varias” (Ob. cit. Enrique Cury, p. 663.). En dicho concurso, debe aplicarse la pena mayor asignada al delito más grave o el mayor de los grados si los delitos tienen la misma pena.

El profesor Cury sostiene que la doctrina distingue entre dos tipos de concurso ideal; el primero de ellos es el *concurso ideal homogéneo*, es decir, aquel en que “... con un mismo hecho se realiza varias veces el mismo tipo penal” y, el segundo, el *concurso ideal heterogéneo*, esto es, cuando “... con un solo hecho se satisfacen las exigencias de distintos tipos penales” (Ob. cit. Enrique Cury, pp. 664 y ss.).

En cuanto a la aplicación práctica de la pena, el tratamiento sería más benigno que en los casos de concurso real pues en el concurso ideal se emplea el sistema de absorción, es decir, se sanciona con la pena mayor asignada al delito más grave, de conformidad con lo señalado en el artículo 75° del Código Penal.

c) **Concurso aparente:**

Hablamos de un concurso aparente de leyes penales cuando existe un problema de interpretación y de aplicación de la ley penal, porque aparentemente serían concurrentes varias disposiciones penales. En el caso concreto la solución consiste en utilizar solamente una de ellas, dejando fuera la otra u otras leyes. El Profesor Cury sostiene que hay concurso aparente de leyes penales cuando “... un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas” (Ob. cit. Enrique Cury, p. 667, cita 71.), es decir, se trataría sólo de una discrepancia de interpretación que se relaciona con la teoría de concurso de delitos, porque se trata de determinar cuál de las normas, que supuestamente están en conflicto, deberá aplicarse al caso concreto, o bien concluir que se verifica una pluralidad de delitos con unidad de hecho. (Ob. cit. Enrique Cury, p. 668.).

El profesor Etcheverry, por su parte, manifiesta que para la doctrina ha sido discutible establecer con exactitud la solución ante un concurso aparente, ya que la misma ha dispuesto la existencia de cuatro requisitos generales: el principio de especialidad, de consunción, de subsidiaridad y de alternatividad. Sin embargo, para él, los dos primeros, principio de especialidad y principio de consunción, serían los aplicables a nuestra legislación, (Ob. cit. Alfredo Etcheverry, pp. 122 y ss.):

1. Precisiones de los tipos penales

El artículo 3° la Ley N°20.000 señala que: *“Las penas establecidas en el artículo 1° 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. Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas”*.

Se castiga asimismo *“... la difusión incontrolada de tales sustancias, y esto es precisamente lo que hace quien, aun sin tomar participación directa en la actividad de tráfico propiamente tal, “invierte” en esa actividad ilícita, financiando a sus operadores y esperando a cambio una utilidad en relación al capital invertido, utilidad que solo puede provenir, directa o indirectamente, del gasto que en las sustancias ilícitas realizan los consumidores finales...”*³.

Por su parte, el artículo 4° de la misma ley dispone lo siguiente: *“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 química, 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 ... 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...”*.

Esta norma –principal modificación de la referida ley– surge como un paliativo frente a la rigidez de los preceptos de la antigua Ley N°19.366. Desde una perspectiva práctica, parecía excesivo y desproporcionado aplicar penas tan severas a quienes traficaban con pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, en contraposición a las organizaciones criminales que se dedicaban a comercializar con cantidades superiores de drogas. Hoy existe la figura privilegiada, antes

- **Principio de especialidad:** hace referencia a que dos o más normas describen un mismo hecho, pero sólo una de ella es más representativa o detallada referente al mismo, debiendo, en consecuencia, aplicarse aquel precepto que sea más particular y preciso en la descripción del hecho constitutivo del delito, independientemente de la penalidad de la norma.
- **Principio de consunción:** conforme a este principio, un tipo penal aparta al otro, porque en el primero de ellos ya se abarcó el desvalor que de la conducta realiza el otro tipo punible.
- **Principio de subsidiariedad:** tiene lugar cuando se considera que es aplicable la norma subsidiaria sólo si la norma principal no concurre.
- **Principio de Alternatividad:** pretende resolver las dificultades existentes en los tipos con pluralidad de hipótesis, disponiendo que ante la concurrencia de dos o más normas penales, deberá aplicarse aquella que contenga la pena mayor.

3 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, pp. 579 y 580.

mencionada, cuya regulación legal se encuentra en el artículo 4° de la Ley de Drogas⁴.

En cuanto a la aplicación de la norma del tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico, se ha entendido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que se trata de la misma figura del tráfico tradicional, pero atenuada por cuanto aporta un elemento identificatorio, cual es “*pequeñas cantidades*”, entendiéndose de acuerdo a lo que la propia norma indica: “...*la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo...*”⁵.

En relación con el delito de cultivo, el artículo 8° establece que lo comete “*El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas,...* a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo...”.

A este tipo penal, también se le ha considerado como una figura especial, preferente y excluyente de la figura básica del tráfico⁶. Los mismos autores expresan que en el caso del cultivo el sujeto activo es aquella persona que no se dedica al tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas o estupefacientes, esto es, un sujeto cuyo rol o actividad sea exclusivamente sembrar, plantar, cultivar o cosechar vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Argumentan que el legislador creó una figura especial y privilegiada tomando en consideración especialmente a aquellos campesinos y agricultores que se dedicaban al cultivo de estas especies ilícitas sin participar directamente en la red u organización criminal de tráfico ilícito de estupefacientes. A pesar que el sujeto activo ha sembrado, plantado, cultivado o cosechado, una vez que trasfiere a cualquier título a un tercero, o bien realiza

4 No obstante, en los inicios de la vigencia de la referida ley, hubo ciertas dificultades para definir o entender qué debía considerarse como pequeña cantidad de droga. Finalmente, se concibió que la valoración final quedaba entregada al sentenciador, quien conforme a una serie de parámetros, que incluyen la cantidad de la droga incautada y otros elementos concurrentes tales como flagrancias, pureza de la droga, dinero decomisado, dosificadores, envoltorios, balanzas, etc., permitirían determinar cuando estamos en presencia de un tráfico del artículo 3° y cuando ante un tráfico de pequeñas cantidades o tráfico del artículo 4°. Tal argumentación se encuentra basada en el “concepto regulativo” propuesto por Heinrich Henkel y que el fallo de la Corte Suprema tomó como base para determinar la existencia del tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4, señalando la Excelentísima Corte Suprema -CS, Rol N°2005-05, de 19 de julio de 2005- que la ley le ha otorgado un mandato al sentenciador para decidir el caso concreto a partir de particularidades; esto es, las circunstancias precisas del caso, es decir, criterios cualitativos y contextuales que orientan la resolución del juez. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. HENKEL, Heinrich, Trad.: GUZMÁN DÁLBORA, José, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2005, VII, pp. 126 y 127. Citado también en sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de julio de 2006. Causa Rol N°2005-05.

5 Ob. cit., pp. 584 y 585.

6 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, p. 600.

actos propios de comercialización, ajenos a la plantación, dejaría de ser una figura favorecida. Entonces la actividad desarrollada por el sujeto se enmarcaría dentro del tipo de tráfico del artículo 3°, formando así parte de la cadena o eslabones de producción de las sustancias sicotrópicas o estupefacientes. Así, se ha considerado como acto preparatorio y de tentativa, en relación con el ciclo de la droga⁷. No sucedería lo mismo cuando los frutos o la cosecha del cultivo se mantuvieran en poder de quien las cultivó, pues seguiríamos ante la figura del cultivo propiamente tal.

En cuanto al objeto material del cultivo, advierten que se trata de especies vegetales vivas y adheridas a la tierra o en pie, independiente de la cantidad de principios activos, que en el caso de la cannabis, pueda tener. Sin embargo, añaden, sería discutible el objeto material ante la posesión de las semillas de estas sustancias, pues por algunos son entendidas como materias primas propias para realizar el cultivo o plantación productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas; por lo tanto, ellas sólo serían eventualmente un acto preparatorio al cultivo del artículo 8°. En consecuencia, la única vía sancionatoria a la aludida posesión de semillas, es que éstas hayan sido adquiridas con el propósito o fin de sembrarlas o cultivarlas. Relacionado con lo anterior, postulan que la venta y posesión de tales semillas podría entenderse entonces como una figura de tráfico propiamente tal, en la medida que las entendemos o le damos la calidad de materias primas o sustancias estupefacientes que poseen ajenas al agricultor⁸.

2. Consideraciones de los concursos en materia de Ley de Drogas

Hechas las precisiones del apartado anterior, cabe pronunciarse respecto de la aplicación práctica de la teoría de concursos en la Ley N°20.000, en especial sobre los delitos de tráfico de los artículos 3°, 4° y de cultivo del artículo 8°.

En el concurso real o material un mismo sujeto lleva a cabo varios actos, que no se encuentran conectados entre sí y que son constitutivos de delitos diferentes, sin que exista condena en ninguno de ellos, correspondiendo al sentenciador aplicar la regla general del artículo 74° del Código Penal y acumular las penas de los delitos, debiendo ésta cumplirse en la medida que sea posible. Por su parte, el concurso ideal se produce cuando un solo hecho es constitutivo de dos o más delitos, o bien cuando uno de los actos sea desplegado para cometer el otro. Finalmente, el concurso aparente existe cuando en razón de un problema de interpretación legal, se hace necesario determinar cuáles disposiciones legales serían aplicables respecto de un mismo hecho. En materia de Ley de Drogas la discusión respecto a qué concurso emplear ante un determinado

7 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, pp. 575, 600 y ss.

8 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, pp. 600 y ss.

escenario, como expresamos, es una discusión aún no zanjada, y sobre la cual manifestaremos nuestra opinión.

Los profesores Politoff, Matus y Ramírez⁹ consideran que en los casos de concurrencia de los delitos de tráfico del artículo 3°, tráfico del artículo 4° y cultivo del artículo 8° de la Ley N°20.000, cabe aplicar el concurso aparente de leyes penales¹⁰, para quienes el delito de tráfico sería “...*parte de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por él, y en las que éste participa una y otra vez...*”. En atención a este carácter de *delito de emprendimiento* que posee el tráfico ilícito de drogas, y teniendo en cuenta que el cultivo de ilícito de especies vegetales productoras de estupefacientes o sicotrópicos forma parte de la cadena de actos necesarios para poner la droga a disposición de los consumidores finales, según estos autores, dicha conducta sería perfectamente subsumible en el delito de tráfico, especialmente en su sentido amplio, consagrado en el inciso 1° del artículo 3° de la Ley de Drogas. Desde esta mirada, la consideración del cultivo como un acto preparatorio que ha sido elevado a la calidad de delito por el legislador encontraría explicación en la búsqueda por evitar la existencia de lagunas de punición¹¹.

Por otra parte, el Profesor Matus ve en la figura del cultivo una forma favorecida del tráfico, señalando que “...*resulta más o menos evidente que el cultivo en general de las especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes es una conducta que se enmarca también dentro de la figura básica de tráfico ilícito, por cuanto tales especies contienen en sí, en la generalidad de los casos, las sustancias cuyo tráfico se prohíbe, sea en sus hojas o en sus sumidades*”, y luego agrega, “*es por ello que resulta indispensable una adecuada especificación de los elementos de esta figura, atendido el especial privilegio que la ley otorga a los autores de esta conducta, no sólo en el marco penal, sino también en la facultad que se confiere al Tribunal de rebajar todavía en un grado la pena fijada por la ley, según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del inculpa*do”¹².

Sin embargo, no parece atendible compartir la consideración del artículo 8° como una figura privilegiada –que escaparía de la red de comercialización típica del tráfico propiamente tal–, en el sentido que el sujeto activo sería diferente a aquel dedicado al tráfico del artículo 3°, específicamente, el agricultor o los campesinos que se dedican a la siembra de estas sustancias sin la competente autorización, puesto que los verbos rectores de uno y otro delito no se aseme-

9 Ob. cit., Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, pp. 581 y ss.

10 La mayor parte de la jurisprudencia revisada sobre la materia, aplica el criterio esbozado por los profesores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, en el sentido que corresponde ante la concurrencia de dos o más normas en la Ley de Drogas el concurso aparente de leyes penales.

11 *Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1999, pp. 87 y ss.

12 *Dogmática de los Delitos Relativos al Tráfico de Estupefacientes*, Jean Pierre Matus, p. 71.

jan. En este orden, mal podría haber pensado el legislador otorgar un privilegio al cultivo ilícito respecto del delito de tráfico cuando entendemos que son figuras absolutamente diferentes. En la misma línea, cabría cuestionar que el legislador hubiera optado, por una parte, por la penalización privilegiada del tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4°, y por otra, por la consideración del cultivo del artículo 8° como figura específica y también privilegiada, según ha sido defendido por alguna doctrina, puesto que de ser así ésta última podría haber sido incluida en el tipo penal de tráfico ilícito de drogas del artículo 3°.

Una línea argumentativa para la aplicación del concurso aparente de leyes penales es aquella que, reconociendo que el tráfico y el cultivo han sido tipificados como figuras diferentes, estima que el segundo de ellos sería subsumido por el primero en razón de que el tráfico contendría la totalidad de la lesión al bien jurídico protegido, que es la salud pública; abona lo anterior, por una parte, la mayor penalidad que tiene el tráfico por sobre el cultivo y, por otra, que el tráfico constituya el acto final del proceso iniciado a través de la siembra de la sustancia ilícita. En este sentido el Profesor Matus¹³ considera que: “*Un fenómeno inverso sucede con las especies vegetales ya cosechadas, esto es, con el “conjunto de frutos, generalmente que se recogen de la tierra al llegar a la sazón”: mientras las especies vegetales cosechadas permanezcan en poder de quién las cultivó, el delito será de cultivo, a pesar que la posesión de tales especies pueda verse también como posesión constitutiva de tráfico, en tanto no se produzca su transferencia a un tercero, tal tráfico debe descartarse, siendo aplicable la figura del artículo segundo*”¹⁴. Esto es, la posesión de las sustancias podría entenderse aun como cultivo del artículo 8°, mientras el sujeto no realice actos propios consagrados en la figura del tráfico del artículo 3°, que son básicamente actos de comercialización de transferencia de la sustancia a terceros.

A este respecto, podemos citar un fallo en el cual la Fiscalía respectiva había acusado por tráfico del artículo 3°, puesto que junto a las doce plantas aludidas, fueron encontrados 68 gramos de la misma droga en proceso de secado. Sin embargo, el Tribunal Oral en lo Penal dijo¹⁵: “*DUODECIMO: Que, la pena corporal asignada al delito acreditado, de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, será rebajada en un grado desde el mínimo, de conformidad al inciso segundo del artículo 8° de la Ley 20.000, en especial, atendido a la escasa cantidad de lo cultivado, sólo doce plantas y a lo rústico del proceso utilizado, y por considerar, que las circunstancias personales del autor no denotaron que se tratara de una persona que haya obtenido retribuciones evidentes por dicha conducta o que formara parte de una organización criminal más amplia, sino que dieron*

13 *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Sergio Politoff y Jean Pierre Matus., Edit. Lexis Nexis, 1999, p. 222.

14 Se refiere a la Ley N°19.366, antecesora de la actual Ley de Drogas (N°20.000).

15 Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, RUC 0500 0971 77-6, del 21 de enero de 2006, considerando duodécimo.

cuenta de un obrero agrícola, que vive junto a su cónyuge e hija en un inmueble con los elementos básicos para habitarlo, mismas razones por la que, a su vez, se procederá a imponer una multa inferior al mínimo señalado por la ley”.

De igual forma, otra sentencia¹⁶, sosteniendo la teoría de delito de emprendimiento, resolvió dar por acreditada la comisión de los delitos de tráfico y de cultivo, aunque condenando solamente por el primero de ellos: “OCTAVO: (...)se han acreditado los siguientes hechos: El día 13 de febrero de 2008, en horas de la noche, contando personal policial de la Brigada Antinarcóticos Metropolitano con antecedentes de que en el domicilio de Pasaje Los Halcones N°13.002, población Pablo de Rocka, comuna de La Pintana, se comercializaba droga y en virtud de una orden judicial de entrada y registro, ingresa a dicho inmueble donde se encontró al acusado F.M.N. poseyendo y guardando una caja contenedora de marihuana con un peso bruto de 97,1 gramos, bolsas con marihuana, con un peso bruto aproximado de 270, gramos y 70 plantas verdes de entre tres y dos metros de altura, además una balanza digital y bolsas plásticas.”... “DÉCIMO: Que los hechos descritos en el considerando precedente constituyen, a juicio de la mayoría del Tribunal, el delito de tráfico de estupefacientes contemplado en el artículo 3° de la Ley 20.000, toda vez que se encontraron sustancias estupefacientes a que se refiere el artículo 1° de la misma Ley. En primer término, se trata de un delito de tráfico, del consagrado en el artículo 3 del cuerpo legal antes citado, reconociéndose en los hechos con claridad la concurrencia de los verbos rectores de “poseer” y “guardar” *cannabis sativa*, a saber, una de las sustancias señaladas en el inciso 2° del artículo 1 de la Ley N°20.000. De esta manera, la mayoría de estos sentenciadores han entendido que la plantación y el cultivo de las de marihuana, si bien configura un tipo especial consagrado en la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, es del caso que en los hechos que motivaron el presente juicio están comprendidas dentro de la expresión “poseer” y “guardar” dicha sustancia consagrada en el inciso 2° del artículo 3 de la ley aludida, toda vez que la intención subyacente por parte del agente en el hecho la siembra y posterior cultivo, ha de ser precisamente la de obtener los frutos necesarios para disponer de ella. Así las cosas, dicha plantación comprendería la primera fase de ejecución del delito de tráfico ilícito de drogas propiamente tal, en un sentido como el ya analizado, es decir, dentro del denominado “ciclo de la droga”, de manera que el resto de las figuras penales contempladas en la Ley N°20.000 son abarcadas por la de “tráfico” principal, cuando pueden insertarse en tal circuito, por tratarse en definitiva de acciones que conducen a la puesta indebida de estupefacientes a disposición de los consumidores finales”.

En este mismo orden de ideas pero, esta vez, con ocasión de la concurrencia de los delitos de cultivo y tráfico de pequeñas cantidades, la jurisprudencia ha entendido que ambas son figuras privilegiadas respecto del delito de tráfico ilícito del artículo 3°, procediendo a subsumirlas en este último; así lo pode-

16 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 0800145958-k, de 03-08-2009.

mos ver en el siguiente fallo¹⁷: *“NOVENO: Que por otra parte, respecto de la marihuana hallada en un macetero, habida consideración que se trata de 4 pequeñas plantas y que la figura del artículo 8° de la Ley 20.000 conlleva una alta penalidad, se ha entendido que tal posesión no pudo configurar en este caso un delito independiente que justifique tan severa sanción, estimando por el contrario, que forma parte del delito de microtráfico, por cuanto las aludidas plantas de marihuana obedecen a una etapa previa en el ciclo de la droga, la cual se encuentra en el disvalor de la conducta principal de tráfico, por lo que, resolver en sentido diverso, es decir, castigar esa conducta como un delito autónomo del tráfico, implicaría sancionar dos veces por el mismo hecho y vulnerar, en consecuencia, el principio non bis in ídem”¹⁸.*

Como mencionamos, parte de la doctrina considera que el delito de tráfico del artículo 3° tiene un mayor desvalor, que justificaría que el delito de cultivo —a través de sus verbos rectores de plantación, siembra o cosecha—, fuera absorbido por el primero, en razón que su teoría entiende al cultivo como un acto preparatorio del delito de tráfico del artículo 3°, lo que llevaría a un concurso aparente de leyes penales, en virtud del cual, y mediante la aplicación del principio de consunción, el cultivo quedaría desplazado por el tráfico en razón que el desvalor del primero estaría comprendido en el segundo.

Como vimos, otro tanto puede esgrimirse respecto de la concurrencia de los delitos de microtráfico y cultivo porque, a pesar que ambas serían figuras privilegiadas, la doctrina y jurisprudencia han planteado que al momento de colisionar se produce concurso aparente de normas penales, en el cual, el cultivo quedaría desplazado, esta vez, por la figura del microtráfico, en el entendido de que ésta última ya tiene incorporada la gravedad o desvalor del hecho. Sin embargo, esta solución pasa por alto el hecho de que se trata de dos actos diferentes, aspecto que impide advertir de qué manera el desvalor de uno quedaría capturado por el del otro, máxime si por esta vía se está pretendiendo introducir un doble privilegio que el legislador no consideró. Considerando, además, que la pena del delito de tráfico del artículo 4° es menor a la del cultivo del artículo 8°; por lo que no resulta razonable dicha sustitución, en razón del privilegio que el legislador ya estimó por tratarse de un tráfico de pequeñas cantidades.

Para plantear la posibilidad del concurso aparente, tendríamos que pensar en aplicar el principio de consunción, de acuerdo con el cual habrá concurso aparente, y no un concurso ideal de delitos, *“...cuando el hecho parece ser captado por dos o más tipos; pero como el desvalor delictivo que implica la ejecución de uno de ellos contiene al que supone la realización del otro u otros, aquél consume o absorbe a éstos,*

17 TOP Antofagasta, RUC 081000 7002-3, 22-07-2009.

18 *Guía de Tipos Penales Ley de Drogas*, Unidad de Drogas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile, año 2009.

*desplazándolos*¹⁹, para lo cual “es decisiva la consideración de los bienes jurídicos protegidos por cada uno de ellos, su magnitud y su conexión, así como el modo que asume el ataque en las distintas figuras en conflicto”²⁰.

Si bien podríamos pensar que el delito de cultivo puede ser considerado una tentativa de tráfico o microtráfico en razón de que aquél ataca el mismo bien jurídico protegido en los artículos 3° y 4°, para poder estimar que se produce un concurso aparente entre esta tentativa y los delitos consumados, no basta que ambos atenten contra el mismo bien jurídico protegido, la salud pública, ya que es también necesario considerar el modo de ataque en las distintas figuras en conflicto, aspecto que precisamente determina que el cultivo se contemple como una figura distinta al tráfico, habiéndose excluido dicho supuesto en razón de la pluralidad de hipótesis que contemplan los tipos penales de los artículos 3° y 4° de la Ley N°20.000.

En este orden, si bien es cierto que desde la perspectiva de la totalidad de la cadena de distribución pudiere parecer razonable entender que el disvalor del cultivo –que se sitúa en el inicio de la cadena– está contenido en el del microtráfico –que se ubica al final de la cadena–, no es razonable desatender que el cultivo haya sido expresamente excluido de la tipicidad reforzada que caracteriza a las figuras de tráfico y microtráfico, por cuanto se optó por una tipicidad independiente a pesar de la no despreciable pluralidad de hipótesis que satisfacen los tipos penales de los artículos 3° y 4°, es decir, importar, exportar, transportar, adquirir, transferir, sustraer, poseer, suministrar, guardar o portar sustancias o materias primas o las mismas en pequeñas cantidades.

Así, por ejemplo, cuando el sujeto *porta* y asimismo *guarda* pequeñas cantidades de droga, claramente corresponderá aplicar el principio de accesoriedad, que no es sino una aplicación específica del principio de consunción a situaciones planteadas por tipos con pluralidad de hipótesis²¹, puesto que basta que se cumpla una de dichas hipótesis para la configuración del tipo penal del artículo 4°. Pero no ocurre lo mismo en el caso que analizamos, en tanto a pesar de que se trata del mismo bien jurídico protegido, la ley ha elegido separar la tipicidad, es decir, no podríamos aplicar el principio de accesoriedad al encontrarnos con la siembra, plantación, cultivo o cosecha, propios del artículo 8° y la importación, exportación, transporte, adquisición, transferencia, sustracción, posesión, suministro, guarda o porte de materias primas productoras de sustancias sico-tropicas o estupefacientes.

19 Ob. cit.: Cury, Enrique, p. 669. Debieran descartarse, en cambio, las hipótesis de aplicación de los principios de solución del concurso aparente de especialidad y subsidiariedad.

20 Ob. cit.: Cury, Enrique, p. 670.

21 Ob. cit.: Cury, Enrique, p. 671.

En el caso que analizamos, se trata de diversos modos de ataque del mismo bien jurídico que el legislador ha decidido separar en figuras penales distintas, el tráfico del artículo 3° y artículo 4°, y el cultivo del artículo 8°.

Siguiendo esta línea de razonamiento, advertimos que la misma lógica no puede aplicarse al caso de que el conflicto se produzca entre tráfico consumado y cultivo, pues el artículo 3° ordena la aplicación de las mismas penas del artículo 1° de la Ley N°20.000. No se da entonces la mayor gravedad de la pena asignada al delito consumado de tráfico como justificación de la absorción del cultivo, sino más bien la paridad de las penas nos permite concluir que el legislador optó por una tipificación independiente atendiendo al distinto modo de ataque del bien jurídico, sin apreciar que dicha distinción tuviera relación con la gravedad del hecho, sino que con la etapa en que se perpetra dentro de la cadena de distribución.

En efecto, para saber si un tipo penal contiene el disvalor de otro, “...la *severidad comparativa de las distintas penas amenazadas constituye un criterio de referencia, aunque sería engañoso dejarse guiar únicamente por él...*”²², y nuestra conclusión toma como referencia la severidad comparativa de las penas, pero además surge teniendo en especial consideración los modos de ataque del bien jurídico que la propia ley quiso distinguir. Así, resulta que la única razón que en la práctica justificaría la apreciación del concurso aparente en este caso de conflicto pareciera encontrarse en el hecho de que al menos no implica una rebaja de la pena, sino que la sola aplicación de la alta penalidad del artículo 3°.

Si llegamos a esta conclusión a propósito del tráfico, ¿qué podríamos concluir a propósito del conflicto o concurrencia entre cultivo y microtráfico? Naturalmente que lo mismo; que no cabría apreciar un concurso aparente de leyes penales si el propio legislador quiso distinguir modos de ataque diversos tipificando figuras distintas, máxime si la pena del microtráfico es más benigna que la del cultivo. Pero en este supuesto, podemos agregar otro importante argumento.

La Corte Suprema ha dicho que el microtráfico no es un tipo penal distinto del tráfico, pues el propósito del legislador fue someter a una pena más benévola aquellos casos en que el *tráfico* realizado por el sujeto era tan reducido que el peligro creado para la salud del grupo social resulta insignificante, a causa de lo cual, la jurisprudencia tendía incluso a absolver, a fin de evitar excesos de punibilidad, asilándose a menudo en la idea de que versaban sobre cantidades susceptibles de ser destinadas al consumo personal y próximo en el tiempo²³.

En consecuencia, la razón de ser de la menor pena que tiene el artículo 4° se trata sólo de una rebaja de la misma, cuyo fundamento es de carácter político

22 Ob. cit. Cury, Enrique, p. 670.

23 CS, Rol N°2005-05, de 19 de julio de 2005.

criminal. En efecto, y como ya lo mencionamos al tratar el microtráfico del artículo 4° de la Ley N°20.000, la misma Corte Suprema ha dicho que el empleo por la ley de un *concepto regulativo* como el de “pequeñas cantidades” se justifica sólo porque la precisión de las circunstancias bajo las cuales es *político criminalmente* apropiado reducir la punibilidad del tráfico de estupefacientes tiene necesariamente que hacerse atendiendo a los factores de hecho concurrentes en el caso concreto, de manera que la facultad de hacerlo tiene que entenderse concedida a los jueces que son quienes se encuentran en posesión de los mencionados antecedentes fácticos²⁴.

Así, aun cuando desde una perspectiva práctica pudiere estimarse atendible apreciar un concurso aparente cuando la concurrencia se produce entre el cultivo y el tráfico del artículo 3°, no siendo el microtráfico del artículo 4° un delito distinto al primero, sino que el mismo tipo penal, esto es, constituyendo solamente una rebaja excepcional de la pena con fundamento político-criminal, la alternativa de apreciar un concurso aparente entre microtráfico y cultivo produciría una consecuencia que excede el propósito de la ley que contempló la reducción de la penalidad de una forma excepcional. Si la ley hubiera querido efectuar esta distinción de penalidad, entre cantidades pequeñas y no pequeñas, en materia de cultivo lo habría hecho expresamente como lo hizo en el artículo 4°, en cuyo caso sería por lo menos atendible estimar que a través de un concurso aparente, el disvalor del ilícito del cultivo queda comprendido en el que es propio del tipo penal del artículo 4°, absorbiendo éste al primero. Pero no ocurre de esta forma.

Además, al encontrarnos en la hipótesis del cultivo y microtráfico y una eventual aplicación del concurso aparente, no se ha tomado en consideración que además de poseer o guardar pequeñas cantidades de drogas, no es menos cierto que lo cultivado aumenta esa pequeña cantidad de droga, posibilitando al sujeto a traficar mayores cantidades de éstas sustancias ilícitas, lo cual implicará una actuación o desarrollo de la actividad de tráfico de manera permanente, aumentando la posibilidad de afectar al bien jurídico protegido.

Como en el ámbito del cultivo la ley no distingue, el marco penal a aplicar es siempre el mismo, cualquiera sea la cantidad de droga involucrada, no corresponde entonces que para la determinación de la pena a aplicar, el intérprete introduzca, por la vía de la apreciación de un concurso aparente, una distinción que el legislador no contempló. En este caso, la severidad comparativa de las penas nos sirve para descartar con toda certeza la posibilidad de un concurso aparente y asegurar que nada justifica su apreciación.

Por otra parte, si bien es cierto desde la perspectiva dogmática pudiera en principio sostenerse que en el caso que se analiza el delito de cultivo es un medio para cometer los delitos de tráfico o microtráfico, y que en tal medida

24 CS, Rol N°2005-05, de 19 de julio de 2005.

debiéramos entender que la ley penal general ha resuelto la situación, esto es, a través de la aplicación del concurso medial contemplado en el artículo 75° del Código Penal, regla que haría excepción a la más general de la acumulación de penas prevista en el artículo 74° del mismo cuerpo legal, es asimismo cierto que la Ley N°20.000 ha descartado esta posibilidad cuando ha tipificado tales hechos como figuras penales distintas no obstante su pertenencia a una misma cadena de distribución.

En efecto, y a pesar de que es muy posible que en el caso concreto se pueda comprobar que los hechos que constituyen delitos independientes fueron parte de una misma cadena, el legislador ha tomado una opción que está claramente dirigida a que dicha consideración no influya en la determinación de la pena, sin perjuicio de que habrá casos en que no será posible establecer que el cultivo fue efectivamente el medio para cometer los delitos de tráfico o microtráfico, en los cuales no habría en realidad ninguna razón para defender la posibilidad de aplicar el concurso ideal.

Otro tanto puede señalarse respecto de la posibilidad de considerar que el cultivo es un *acto preparatorio* del tráfico, puesto que de ser así, la decisión legislativa habría sido penalizar en forma especial dicho acto preparatorio manifestándose la misma voluntad político-criminal antes aludida.

3. Ideas finales

En definitiva, teniendo presente lo señalado previamente, reiteramos nuestra posición en orden a que la forma de solucionar este tipo de concursos es mediante las reglas del artículo 74° del Código Penal, esto es, el concurso material de delitos..

Entonces, concordante con lo expresado en el párrafo precedente, frente a la concurrencia de concursos de delitos entre las figuras contempladas en el artículo 3° en relación con el artículo 8° y entre el artículo 4° respecto del artículo 8°, todos de la Ley N°20.000, estimamos que no procede la aplicación del concurso aparente de leyes penales ni del concurso ideal de delitos.

Por tanto, sistematizando los argumentos latamente referidos en el acápite anterior:

- No compartimos la tesis del concurso aparente de leyes penales y la consecuente aplicación del principio de subsunción. Ello, por cuanto estimamos que las figuras delictivas previamente mencionadas gozan de independencia y de desvalor autónomo, desde la perspectiva de la puesta en peligro del bien jurídico protegido.
- Asimismo, discrepamos de la tesis que afirma que existe un concurso ideal al ser el delito de cultivo un medio para cometer el de tráfico.

De esta manera, consideramos que el criterio aplicable a las hipótesis descritas, es el concurso real de delitos, al contener la propia Ley N°20.000, tres figuras diferentes, las que pueden desarrollarse aisladamente. Por lo tanto, enfrentados a la aplicación de éstas en el supuesto de concurso, su correcto análisis deriva en la aplicación unívoca de la acumulación material de las penas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74° del Código Penal.