

## SENTENCIA SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y RETROACTIVIDAD MÁS FAVORABLE AL REO EN EL DELITO DE MICROTRÁFICO (CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA)

*Comentario de José Ángel Fernández Cruz*

Valdivia, diecisiete de mayo de dos mil cinco. VISTOS Y TENIENDO PRESENTE. PRIMERO: Que en fs. 4281 Sergio Osvaldo Aspillaga Camus solicitó se le modificara la pena que se le impusiera en la sentencia dictada en autos, a 10 años de presidio mayor, en su grado mínimo y a una multa; dicha sentencia se encuentra ejecutoriada y en la actualidad está gozando del beneficio de salida diaria, dominical y de fin de semana y que habiéndose dictado en el intertanto la Ley Nº 22.000 de 16 de febrero de 2005, solicita se le aplique la pena que en dicha ley se establece que no es superior a cinco años de presidio menor en su grado máximo. Señala que la nueva Ley Nº 22.000 dispone una sanción más leve en el caso de cantidades menores de sustancia ilícitas, de presidio menor en su grado medio a máximo para el tráfico de sustancia en pequeñas cantidades, como es su caso en que se le sorprendió con 59,6 gramos de clorhidrato de cocaína. Fundamenta su petición en los artículos 64 del Código de Procedimiento Penal, 8 Nº 2 inciso d) del Pacto de San José de Costa Rica de 5 de enero de 1992. SEGUNDO: Que en fs. 4284 comparece Luis Osvaldo González Latorre, solicitando igualmente la aplicación de la norma contenida en el artículo 4 de la ley Nº 22.000 que sanciona el tráfico de sustancias estupefacientes en poca cantidad, con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, en virtud de lo que dispone el artículo 18 del Código Penal, 19 de la Constitución Política y 9 del Pacto de San José de Costa Rica. Agrega que en su caso se trataba de pasta base de cocaína y que su participación puede ser considerada como de complicidad o encubrimiento, pues la droga fue encontrada en poder de terceros y sólo fue nombrado en la causa, grados de participación que la nueva ley 22.000 contempla en el párrafo final del Nº 2 del artículo 16, por lo que debería rebajarse la pena en un grado más y en definitiva aplicársele sólo una pena de tres años de presidio menor en su grado medio. TERCERO: Que como aparece de la sentencia de primera instancia que rola a fs. 3.310 y de segunda instancia que rola a fs. 3.586, Sergio Aspillaga Camus quedó establecido en la sentencia que era uno de los principales proveedores de droga del principal encausado de esta causa Pedro Aravena, enviando varias partidas de cocaína desde Santiago a Valdivia, la última de las cuales fue incautada por la Policía y era un paquete que contenía 59,5 gramos de cocaína. Por su parte y en relación a Luis Osvaldo González Latorre, también se dejó establecido que era proveedor en gran escala de Aravena, con quien

efectuaron diversas transacciones. CUARTO: Que este grado de participación no puede entenderse como microtráfico. QUINTO: Que como ya se ha sostenido por estos sentenciadores, la aplicación retroactiva de la ley más favorable al sentenciado o procesado, se fundamenta en una revalorización del hecho que ha conducido a desincriminarlo o tratarlo en forma más benigna, a causa de que su reprochabilidad social, ya no se juzga tan intensa como lo señala el profesor Enrique Cury en su libro Derecho Penal, Parte General, lo que no ocurre con el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en que, por el contrario, la nueva ley de drogas establece sanciones más drásticas, reduce las posibilidades de rebajar penas y en fin sanciona específicamente el microtráfico, que bajo la legislación anterior en muchos casos quedaba sin sanción. SEXTO: Que uno de los requisitos para que opere la retroactividad de la ley penal es que la nueva ley sea más benigna, más favorable al procesado o sentenciado, y en el caso de los sentenciados Aspillaga Camus y González Latorre, no puede tener aplicación la retroactividad, pues la nueva ley crea un nuevo delito, la figura del microtráfico, que como se dijera, antes de la Ley 22.000 el hecho constitutivo del nuevo tipo penal, quedaba muchas veces sin sanción, al estimarse exigua la cantidad de droga que se incautaba. Además no tratándose de microtráfico la conducta por la cual fueron sancionados Aspillaga y González, en ningún caso puede pretenderse la aplicación de la ley 22.000 en su artículo 4 a la situación de los peticionarios. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto por los artículos 54, 56, 60 y 63 bis del Código de Procedimiento Penal, se declara: Que SE CONFIRMA la resolución apelada de treinta y uno de marzo de dos mil cinco, escrita a fs. 4300. Notifíquese, devuélvase. Redacción de la Ministra señora Emma Díaz Yévenes. Rol Nº 321-2005.

#### COMENTARIO

La regulación *ex novo* del fenómeno del microtráfico ha supuesto una mayor cota de coherencia político-criminal –dentro de la intrínseca irracionalidad de la Ley 20.000 (LTD)– en la protección penal de la salud. A mayor abundamiento, se puede constatar en la descripción típica del art. 4 LTD la aplicación de dos principios político-criminales: el de correspondencia con la realidad social y el de proporcionalidad de las penas. El primero de ellos indica al legislador penal la conveniencia de regular expresamente las principales disfunciones acaecidas en una determinada sociedad, y el microtráfico, sin duda, constituye uno de los principales problemas del consumo y tráfico de drogas en Chile, situación que ameritaba –junto a sus especiales características sociales– un tratamiento especial dentro de la Ley 20.000. El principio de proporcionalidad de las penas trata de evitar que la afectación de derechos impuesta por la pena resulte groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Este principio obliga a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de las penas asociadas a cada conflicto criminalizado. Sin duda, el *salto* a que se veía abocado el aplicador del derecho con

la derogada Ley 19.366 entre la falta de consumo –sancionada normalmente con una pena de multa– y el tráfico de grandes cantidades de drogas –castigado con una pena privativa de libertad de 5 años y un día a 15 años– resultaba uno de los ejemplos paradigmáticos de falta de proporcionalidad de las penas.

La menor penalidad del art. 4º LTD obliga a contrastar si los hechos tipificados como tráfico de drogas por la antigua Ley 19.366 pueden ser considerados como microtráfico y, por tanto, susceptibles de ser revisados por imperativo del principio constitucionalmente reconocido de retroactividad más favorable al reo. El comentario de la SCA de Valdivia no se va centrar en determinar si el hecho concreto resulta o no una figura de microtráfico –aunque la cantidad decomisada (59, 5 gramos de cocaína) supone un indicio en contrario– sino en la fundamentación del fallo, y en especial en sus Considerandos QUINTO y SEXTO. El primero de ellos fundamenta la exclusión de la retroactividad más favorable al reo en dos afirmaciones más que discutibles. La primera acude a una determinada valoración político-criminal general sobre la LDT: *la nueva ley de drogas establece sanciones más drásticas*. Esta valoración quiebra los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho que obligan al intérprete penal a tomar sólo en consideración el hecho cometido por el autor en relación con la descripción del tipo penal. Esta argumentación conlleva en última instancia a una interpretación de la LTD desde consideraciones de derecho penal de autor. Además, la afirmación sobre la mayor severidad de la LDT debe ser matizada. La Ley 20.000 ha mermado la irracionalidad penal en relación con la antigua legislación sobre drogas en dos cuestiones fundamentales: la primera, precisamente, con la inclusión de la figura del microtráfico y su correspondiente menor penalidad; y la segunda, esta menor penalidad ha abierto la posibilidad de aplicar la Ley 18.216. Y si a la anterior consideración añadimos que el mayor número de casos que nuestro Sistema Penal es capaz de detectar se centra casi con exclusividad en los supuestos de microtráfico, podemos afirmar que, normativa y seguramente fácticamente, la LTD va a suponer una menor severidad penal.

La segunda argumentación declara que la ley sanciona más drásticamente el fenómeno del microtráfico debido a que *bajo la legislación anterior en muchos casos quedaba sin sanción*. Esta aseveración –compartida en el Mensaje del Gobierno de la LTD– sobre la ausencia de sanción del microtráfico en la derogada Ley 19.366 supone una conclusión que carece de una validación empírica; es más, la jurisprudencia de la CA de Valdivia respecto de la Ley 18.366 no arroja datos concluyentes en este sentido. Además, si fuese así, lo único que justifica es una incorrecta subsunción por parte de nuestros tribunales de la derogada ley, pero que en ningún puede ignorar la menor penalidad del art. 4º LTD y la aplicación de una garantía constitucional.

El Considerando SEXTO acude a un criterio meramente formal para descartar la retroactividad delictiva: el ámbito de aplicación de la nueva ley no coincide con precisión matemática con el de la derogada. Si bien el principio de legalidad constituye, sin duda, el límite al *ius puniendi* de mayor protección y respeto por parte de los poderes del Estado, la sentencia *in comento* justifica la necesidad de recordar que

los límites al *poder punitivo* y principios penales constituyen una garantía material para el ciudadano, materialidad que no puede dejarse en manos de una determinada técnica legislativa. ¿Qué hubiera ocurrido si el legislador hubiera optado por regular el microtráfico, no en un artículo independiente, sino en los arts. 1º y 3º de la Ley 20.000? El legislador penal a la hora de tipificar expresamente el microtráfico *materialmente* ha considerado que este fenómeno criminal merece reprochabilidad penal.<sup>1</sup> El propio Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento manifiesta que la nueva figura de microtráfico “no presenta ninguna distinción conceptual relevante con el tráfico”<sup>2</sup> y, por tanto, coinciden en ambas figuras el mismo núcleo esencial de prohibición.<sup>3</sup> En todo caso estamos ante una corriente jurisprudencial minoritaria, ya que existe una reiterada y asentada jurisprudencia que ha declarado aplicables los arts. 19. 3 CPR y 18 CP a los supuestos del art. 4º LTD.<sup>4</sup> Como conclusión, si bien el hecho conocido por la CA de Valdivia resulta discutible que pueda ser considerado como un caso de microtráfico, este fallo constata la necesidad de retomar la eterna y necesaria discusión sobre los principios y límites al *ius puniendi* a la hora de fundamentar las sentencias penales, para así tratar de evitar futuras vulneraciones de garantías constitucionalmente reconocidas.

---

<sup>1</sup> Sobre la posibilidad de aplicar este principio a supuestos que parcialmente estaban contenidos en una ley penal, véase: Novoa Monreal, M. *Derecho penal. Parte General* (Tomo I), p. 186-187; Politoff/Matus, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, (Tomo I). p. 128.

<sup>2</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, segundo trámite constitucional, boletín Nº 1439-20.

<sup>3</sup> Defensoría penal pública-departamento de estudios, *Minuta artículo 10 del Código Penal en relación con el art. 4º Ley 20.000*, p. 3.

<sup>4</sup> Véase entre otras, la SCS de 30-3-2005.