

INFORME SOBRE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY N° 20.000, EN AUTOS SOBRE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD, N° 993 - 2007 DEL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Jean Pierre Matus Acuña*

Se me ha solicitado informar acerca de la supuesta inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 20.000, alegada por el recurrente en los autos rol N° 993-2007 del Excmo. Tribunal Constitucional, con el argumento de que dicha figura delictiva contendría una presunción simplemente legal de responsabilidad penal que infringiría fundamentalmente su garantía constitucional de presunción de inocencia, y consecuentemente, las de igual protección ante la ley y libertad y seguridad personal.

Las cuestiones relevantes que plantea el recurso son, en primer lugar, la interpretación particular que hace el recurrente del artículo 4° de la Ley 20.000 como una “presunción legal” de responsabilidad penal; y en segundo término, la alegación de que dicha “presunción legal” infringiría la garantía de la “presunción de inocencia”. A estos aspectos se referirá el presente informe, pues las restantes infracciones constitucionales que alega el recurrente serían simplemente consecuencia de aquélla.

* Profesor de Derecho Penal, Director Centro de Estudios de Derecho Penal, Campus Santiago Universidad de Talca. Correo electrónico: jpmatusa@utalca.cl.

1. La interpretación del artículo 4° de la Ley N° 20.000

1.1. Aspectos generales sobre el sentido y alcance del castigo penal del “microtráfico” de drogas y sustancias estupefacientes¹

Como es de público conocimiento, una de las principales modificaciones en materia de tipos penales introducida por la Ley N° 20.000, respecto de la derogada Ley N° 19.366, es la incorporación del delito de *microtráfico* en su artículo 4°, que castiga –sin hacer distinción entre la naturaleza de la droga traficada–, con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo al que

“sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, 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° [...] 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”;

imponiendo “igual pena”, al que “adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro”.

Se trata de una figura cuyo propósito declarado es ofrecer a los tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los *dealers* callejeros, o como los denomina el Mensaje N° 232-241 de 2.12.1999, que acompañó al texto sometido al Congreso, “personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas”.

¹ Reproduzco aquí, en lo esencial, lo que hemos escrito al respecto en nuestras POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Ed.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, 621 p. Para una visión general de otros problemas de interpretación que esta figura penal ha causado, véase también MATUS, Jean Pierre. “Dos problemas de aplicación retroactiva de la ley penal favorable en el derecho y la justicia de Chile”, *Revista de Derecho Penal* (España). N° 19 (2006), pp. 59-98. Y en general, sobre tráfico ilícito de estupefacientes: POLITOFF, Sergio / MATUS, Jean Pierre (Eds.): *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia* (Santiago: Conosur, 1998); *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago: Conosur, 1999); *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago: Conosur, 2000).

Según el Mensaje citado, la necesidad de esta reforma estaría detectada tanto en el informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados (1998-2002), donde se afirmó que

“una de las principales deficiencias que se han detectado en la aplicación de la ley [N° 19.366], dice relación con la rigidez de las penas que establece para los traficantes, lo que conlleva a una saturación de las cárceles del país, por la gran cantidad de personas procesadas y condenadas por traficar pequeñas cantidades de drogas, ya que la ley, en estos casos, no faculta a los jueces para aplicar penas alternativas de cumplimiento de condenas”.

También se alude allí a los resultados de los “talleres de análisis de la ley N° 19.366, organizados por el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes con Ministros de Cortes de Apelaciones y Jueces del crimen de Santiago, San Miguel, Arica, Iquique y Antofagasta el año 1997” donde se concluyó

“que es conveniente... conceder al juez facultad para rebajar las penas en determinados casos en que por las circunstancias personales y la gravedad del delito resulta injusta una pena mínima de cinco años y un día, unida a la imposibilidad de otorgar aquellos beneficios que niega esta ley [N° 19.366]”.

Con base a lo anterior, se afirma en dicho Mensaje que el llamado *microtráfico* no se encontraba “apropiadamente” tratado en la ley N° 19.366, pues en dicha ley las penas

“aparecen desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de drogas, como a aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes o drogas aún más peligrosas, como el LSD o la heroína, utilizando además variados medios y recursos, traspasando las fronteras, corrompiendo funcionarios públicos y en algunos casos ejerciendo violencia para lograr sus propósitos”;

a lo cual el Mensaje agrega:

“muchas veces esta desproporción, tratándose de personas de escasos recursos, sin antecedentes de actividades delictivas anteriores, a veces de avanzada edad, ha derivado, como quedó establecido en los informes antes referidos, en la no aplicación de castigo”.

En la práctica, este propósito legislativo se resolvió mediante la incorporación de un elemento *especializante* del tráfico ilícito de estupefacientes, la *pequeña cantidad* de las

sustancias traficadas, que lo transformaría, al menos normativamente, en una forma específica y privilegiada de poner a disposición de consumidores finales tales sustancias: el *microtráfico*. En efecto, la sola lectura de los dos primeros incisos del artículo 4° demuestra que las conductas que en él se mencionan no son diferentes de la facilitación de sustancias para el consumo ajeno, el tráfico en sentido amplio y estricto, salvo por la mención de que éste recaiga en *pequeñas cantidades*.

Luego, toda la cuestión dogmática radica en determinar qué ha de entenderse por *pequeñas cantidades*. Al respecto, la ley ofrece una directriz clara: *pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo*. En efecto, aunque en principio pareciera que una cantidad de esa naturaleza obligaría a sancionar a título de *consumo* y no de *microtráfico*, lo cierto es que ésta es precisamente la *ratio* de la ley: castigar por esta forma privilegiada de *microtráfico* al que realiza conductas de *tráfico* con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante, o como señala el inc. final de este artículo 4° de la Ley N° 20.000: imponer penas por este delito y no por la falta de consumo “cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.

Por su parte, nuestra Corte Suprema ha declarado que la determinación última de cuándo estamos ante “pequeñas cantidades”, en tanto “concepto regulativo”, no ha podido precizarla más aún la ley, encontrándose constitucionalmente legitimado someter su determinación a la jurisprudencia, ponderando todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto.²

² SCS 19.07.2005, Rol N° 2005-5, especialmente sus considerandos 9-10, que reproduzco: „9°.- ... naturalmente, cabe preguntarse si un procedimiento legislativo de tipificación de conductas como el descrito es constitucionalmente aceptable, habida consideración de la precisión exigida a la descripción del hecho punible por el artículo 19 N° 3° inciso octavo de la Carta Fundamental. A este respecto, cabe recordar que, refiriéndose a las leyes penales en blanco se ha dicho y así lo ha resuelto, además, el Tribunal Constitucional- que estas son admisibles siempre que el núcleo de la conducta a la cual, bajo determinadas circunstancias se asociará una pena, se encuentre debidamente precisado en la norma legal, abandonando a una eventual instancia de inferior jerarquía únicamente la precisión de los presupuestos bajo los cuales ello habrá de ocurrir. Pues bien, si eso es posible cuando el reenvío se dirige a un reglamento, una ordenanza o, incluso, una decisión de órganos administrativos subalternos, resulta razonable convenir en que también ha de aceptárselo cuando su destinatario es el juez, siempre que se cumplan en la ley formal los mismos presupuestos de determinación del comportamiento punible nuclear, y sólo se abandone a la magistratura la facultad de llenar los espacios marginales para precisar circunstancias que no pueden serlo sino atendiendo a las peculiaridades del caso concreto. 10°.- Que, en el caso que nos ocupa, la situación corresponde a lo descrito en el considerando precedente pues, en efecto, en su artículo 3° inciso primero, la Ley ha descrito categóricamente el hecho al que se impondrá una pena (traficar) y, en el artículo 4° inciso segundo, mediante la referencia al concepto puramente orientador (regulativo) de la pequeña cantidad, ha

1.2. ¿Está establecido el microtráfico de drogas y sustancias estupefacientes en el artículo 4° de la Ley 20.000 como una “presunción legal” de responsabilidad penal?

El recurrente no considera inconstitucional el castigo penal del tráfico de drogas y sustancias estupefacientes en general, sino únicamente el *modo* en que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 habría realizado la descripción de la figura punible correspondiente, alegando que dicha disposición establecería una presunción legal de responsabilidad penal contraria a la garantía constitucional “implícita” de la “presunción de inocencia”.

En efecto, según señala a fojas 2 de su escrito de inaplicabilidad, esta “presunción legal” se establecería mediante el juego de tres frases contenidas en la disposición cuya inaplicabilidad pretende sea declarada: a) la que describe la conducta punible (“el que...”); b) la que impone la sanción correspondiente (“será castigado”); y c) la que establece una especial causa de exención de la responsabilidad penal en este delito (“a menos que justifique...” [el acusado])). Y agrega:

“la lectura [del artículo 4° de la Ley 20.000] revela que **si una persona no acredita –ella– tales o cuales hechos o condiciones, será considerada autora de un ilícito penal y sancionada como tal**, en circunstancias que el sistema de sanción penal que consagra nuestro ordenamiento discurre —[...]— sobre la base de que las personas imputadas de delito no necesitan acreditar hecho alguno para no ser castigadas penalmente, en atención a que toda la actividad probatoria ha de ser inculpativa y recae en hombres del órgano acusador” [el destacado es del recurrente]

Luego, conforme al argumento del recurrente, las bases de la “presunción legal” del artículo 4° de la Ley N° 20.000 serían únicamente (a) la acusación fiscal por el delito de microtráfico y (b) la falta de prueba de inocencia por parte del acusado, liberándose así de prueba la parte acusadora y recayendo toda ella en la defensa, contrariándose así el “principio de inocencia”.

Un análisis superficial de la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco en la causa en que incide el recurso de inaplicabilidad presentado ante el Excmo. Tribunal Constitucional podría llevar a una similar conclusión, pues allí también se afirma que el mencionado artículo 4° de la Ley N° 20.000 establece una “presunción legal de responsabilidad” (considerandos 5°-7°), que “altera la reglas del Onus Probandi y cabe en consecuencia al acusado el acreditar

entregado al juez la decisión relativa a bajo qué presupuestos se acreditará al autor una reducción del castigo. Por supuesto, con ello se introduce en la determinación de las condiciones que darán lugar a la privilegiante un margen de incertidumbre; pero, con arreglo a lo que se ha expresado más arriba, ello es inevitable.”

las causales de justificación para la no aplicación de la sanción penal”, insistiendo que “es él [el acusado] quien debe acreditar la competente autorización o que [la droga] está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo” (considerando 6º).

Sin embargo, en ningún momento la I. Corte de Apelaciones de Temuco considera que la “presunción legal” que entiende existente en el mencionado artículo 4º de la Ley 20.000 tiene como bases únicamente esa falta de “prueba de inocencia” del imputado y la mera acusación fiscal, sino la prueba efectiva por parte del Ministerio Público del contenido de su acusación, esto es:

“Que el artículo 4 de la ley 20.000 genera una presunción legal de responsabilidad **a partir del establecimiento de los hechos que la configuran**, básicamente: **a.-)** La falta de competente autorización. **b.-)** El poseer, transportar, guardar o portar **c.-)** Que la actuación antes descrita incida en pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerla” [el destacado es mío, J.P. Matus].

Luego, no estamos aquí ante una “presunción legal” de responsabilidad penal que exima al Ministerio Público de la prueba del contenido de su acusación o de alguno de sus elementos mediante la simple negativa a declarar del acusado o la prueba de algún “indicio” o “base de presunción” diferente, sino simplemente ante la explicitación de la regla general del *onus probandi* respecto de las eximentes de responsabilidad penal contempladas en el artículo 10 del Código del ramo, aplicada al contexto del establecimiento por el artículo 4º de la Ley 20.000 de especiales eximentes de la responsabilidad penal (competente autorización; tratamiento médico; y consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo), esto es, que las eximentes y atenuantes deben ser alegadas y probadas por quien las alega.

2. La pretensión del recurrente en relación con el alcance constitucional de la distribución del *onus probandi* en un sistema acusatorio

Según señala el Ministro y actual Presidente del Excmo. Tribunal Constitucional, Sr. Juan Colombo Campbell:

“Al sistema estatal le corresponde probar los hechos fundamentales del proceso que son:

- a) el hecho punible
- b) la participación
- c) el grado de ejecución del delito
- d) las circunstancias modificatorias de responsabilidad.

Probado lo anterior, en mi opinión se altera la carga de la prueba y al imputado le corresponde probar su inocencia, las circunstancias eximentes o atenuantes o invocar normas legales en su beneficio. Así lo expresó el Tribunal español en sentencia de 2 de junio de 1992. Con el nuevo sistema penal chileno se ha distribuido la labor Público, los querellantes particulares y el imputado, reservándose a los tribunales la valoración de las pruebas necesarias para decretar medidas de seguridad y, al término de su tramitación, la dictación de la sentencia definitiva”.³

En conformidad con esta interpretación, si después de una investigación objetiva cabe al Fiscal el convencimiento de que se ha cometido un delito, su responsabilidad es probar ante el Tribunal correspondiente “más allá de toda duda razonable” los elementos objetivos y subjetivos del mismo contenidos en la acusación; correspondiéndole a la defensa la prueba de que tales circunstancias no se presentaron o de las eximentes que, según su teoría del caso, sean alegadas. Naturalmente, si tales pruebas contra la acusación o eximentes adicionales son presentadas, una condena sólo puede imponerse en caso que, a pesar de dichas pruebas contrarias, las pruebas presentadas por el Fiscal permitan al Tribunal tener por establecida la responsabilidad penal del acusado “más allá de toda duda razonable”.

Ello no debiera en modo alguno sorprendernos, pues la distribución de la carga probatoria entre la acusación y la defensa, en la forma explicada por Colombo, no es una característica exclusiva de aquellos sistemas procesales de marcado carácter acusatorio, como las jurisdicciones del *common law* (donde se expresa en la dicotomía *offence / defenses*) y el “nuevo sistema penal chileno”; sino también se encuentra presente en aquellos sistemas procesales de corte continental europeo o inquisitivo (Francia y Alemania).⁴

³ COLOMBO CAMPBELL, Juan. “El Inocente Delincuente. Garantías Constitucionales. Presunción de inocencia”. *Informativo Jurídico Editorial Jurídica de Chile*. Nº 37 (2006), p. 5-8, p. 7. En http://www.editorialjuridica.cl/doc_pdf_juridico/Informativo37.pdf [visitado el 15.12.2007]. Una versión ampliada de este texto, con el título de “Garantías Constitucionales del debido proceso. Presunción de inocencia”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2007, p. 345-369. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20071/pr/pr18.pdf> [visitado el 15.12.2007]. El texto citado se encuentra en p. 359s.

⁴ FLETCHER, Georg P. “Two Kinds of Legal Rules: a Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases”. *The Yale Law Journal*. Vol. 77 (1968), p. 880-935. La posibilidad de entender de este modo la distribución de la carga procesal, aún con otra sistemática dogmática, como la alemana, puede verse en ESER, Albin. „Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime“. En In ESER, Albin; FLETCHER, Georg P. (Hrsg.). *Rechtfertigung und Entschuldigung. Band I*. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 17-66, p. 61-63.

Sin embargo, el recurrente ha puesto indirectamente en entredicho este sistema, al calificar de inconstitucional la regla del artículo 4° de la Ley 20.000, la que, como acabamos de explicar, no hace más que repetir la regulación de dicha distribución de la carga procesal en el caso particular que regula.

Al respecto, cabe señalar que habiendo sido alegada en los Estados Unidos la incompatibilidad *general* de esta distribución de la carga probatoria entre la acusación (*offence*) y la defensa (*defenses*) con el principio constitucional del Debido Proceso Legal, ello ha sido rechazado por su Corte Suprema, la cual recientemente ha declarado en *Dixon vs. United States* que obligar a la defensa a probar la excusa de *duress* (miedo insuperable) es perfectamente constitucional, en la medida que la Fiscalía siga encargada de probar más allá de toda duda razonable los elementos materiales e intelectuales del delito (*actus reus y mens rea*) que exigen su descripción legal.⁵

3. Conclusión preliminar

En consecuencia, sólo sería posible explicar que el recurrente haya citado en apoyo de su recurso el texto del Excmo. Sr. Colombo Campbell (fjs. 8 del recurso de inaplicabilidad), si se piensa (i) que las reglas generales de prueba no son aplicables a casos donde el legislador establece especiales circunstancias eximentes, como sucede precisamente en el artículo 4° de la Ley 20.000; (ii) que dicha disposición habría establecido, por tanto, una especial “presunción legal” de responsabilidad penal; y (iii) que dicha “presunción legal” se basaría únicamente en (a) la presentación de una acusación (sin necesidad de probar su contenido) y (b) la falta de prueba de la inocencia del acusado.

Sin embargo, como se desprende de lo antes explicado, yerra el recurrente en este caso, pues:

- a) El artículo 4° de la Ley 20.000 no hace más que repetir las reglas generales de distribución de la carga probatoria con relación a las especiales circunstancias eximentes de respon-

⁵ *Dixon v. United States*. US Supreme Court (fallo de *Certiorary* de 22.06.2006), No. 05–7053. En <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-7053.pdf> [visitado el 15.12.2007]. Como puede apreciarse en el fallo citado, ni aún en el voto de los únicos dos Magistrados disidentes se afirma la inconstitucionalidad de imponer a la defensa la carga de la prueba de alguna excusa, sino sólo discuten el alcance actual de las reglas vigentes al respecto en el *common law*, y particularmente, si una vez presentada y probada por la defensa una excusa, debe o no la Fiscalía presentar pruebas en contrario “más allá de toda duda razonable” para poder obtener un veredicto condenatorio.

sabilidad penal que contempla (competente autorización; tratamiento médico; y consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo);

- b) Las reglas generales de distribución de carga probatoria no son incompatibles con el principio de inocencia;
- c) En ningún caso el artículo 4° de la Ley 20.000 exime a la Fiscalía de la necesidad de probar en el Juicio Oral los elementos del hecho punible (porte, transporte o guarda de sustancias estupefacientes); y
- d) De ninguna forma el artículo 4° de la Ley 20.000 impide a la defensa probar que tales hechos no han sucedido o que, de acreditarse, concurre en el caso concreto una eximente general de responsabilidad penal (artículo 10 Código penal) o alguna de las especiales que dicha disposición contempla (competente autorización; tratamiento médico; y consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo).⁶

4. Excurso. Sobre la constitucionalidad de las “presunciones simplemente legales” en materias penales y la “presunción de inocencia”

Como ya hemos señalado, el recurrente alega en esta causa, sobre la errónea base de que el artículo 4° de la Ley 20.000 contendría una “presunción legal” de responsabilidad penal, que ello haría su aplicación inconstitucional, dado que como tal “presunción legal” sería contraria a la “presunción de inocencia” que la Constitución recogería como garantía constitucional implícita o explícita.

Según señala a fjs. 7s de su recurso de inaplicabilidad, para el recurrente, “las más importantes consecuencias que resultan de la vigencia plena de la presunción de inocencia” serían, “en resumen”, las siguientes:

⁶ Es por ello que, aunque erróneamente la I. Corte de Apelaciones de Temuco también califica esta disposición como una “presunción legal”, no se equivoca, en cambio, al afirmar que “la referida presunción, no vulnera la presunción de inocencia que beneficia a todo imputado, ya que la alteración del peso de la prueba que ella conlleva no impide a quien se ve afectada por ella la posibilidad de demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se deduce estos hechos” (Considerando 7° de la Sentencia de 17.10.2007).

“a) Toda persona imputada de delito debe ser tratada como inocente, en tanto no se dicte sentencia firme que la declare culpable;

b) [...] que el Estado acusador establezca su responsabilidad [penal] sin colaboración alguna del imputado, lo que se traduce en aspectos positivos y negativos:

b.1) Como cuestión positiva se reconoce la carga del Estado-acusador de acreditar —sin la colaboración del acusado— las circunstancias que justifican la imposición de la sanción penal al particular;

b.2) Como cuestión negativa, la prohibición de la inversión de la carga de la prueba, esto es, la de imponer al ciudadano el riesgo de ser declarado culpable si no acredita su inocencia; y

c) Si el acusador no es capaz de formar la convicción total del tribunal, el sujeto deber ser siempre absuelto”.

Luego, a fjs. 19 y tras citar la opinión del jurista argentino Alberto Binder,⁷ afirma el recurrente que el artículo 4º de la ley 20.000 infringiría el contenido de dicha “presunción de inocencia”, vulneración que se explicaría “desde las siguientes dos perspectivas”:

“i) la primera, desde que, admitiendo que lo penalmente sancionable es la comercialización y no el consumo de estupefacientes, la norma en análisis, a partir de un supuesto predeterminado por la ley —la posesión, en este caso, de una pequeña cantidad de marihuana— presume la responsabilidad penal del imputado;

ii) Alcanzando este resultado, el Estado acusador se desliga de su ineludible tarea de acreditar tal responsabilidad y sujeta a la persona a la tarea imperiosa de probar, ella, que es inocente, lo que constituye la inversión de la carga de la prueba, propia de toda presunción simplemente legal”.

Es decir, conforme al recurrente, lo que infringiría la “presunción de inocencia” en este caso sería que el artículo 4º establecería una presunción simplemente legal de “comercialización” de “pequeñas cantidades” de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, basada en la prueba por

⁷ Según la cual, “(la) redacción (del artículo 4º) es tramposa ... (ella) establece que la posesión de droga aunque sea mínima se presume que es para comercializarla, ya que la posesión para uso personal ha sido llevada al campo de la justificación y se le otorga un valor de presunción absoluta a la simple posesión”. Y agrega: “la norma [...] quiere aprovecharse de ese juego de cargas para hacer trampa y evadir la prohibición de penar el consumo (por lo que) hay que hacer, me parece, un razonamiento circular para mostrar la trampa de la norma a los principios de carga de la prueba” (fjs. 18 del recurso de inaplicabilidad de autos)

el Ministerio Público del porte, transporte y guarda de las mismas y en la falta de prueba de su inocencia, por parte del acusado.

Esta argumentación es, sin embargo, errónea, y por diversos motivos, que pasamos a exponer a continuación:

4.1. La Constitución reconoce la constitucionalidad, en términos generales, de establecer “presunciones simplemente legales” de responsabilidad penal.

En efecto, el Constituyente originario se pronunció claramente al respecto, estableciendo en el artículo 19 N° 3, inc. 6° de la Carta Fundamental *únicamente* que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, con el claro propósito de recoger las observaciones del comisionado Jorge Ovalle y del entonces Ministro de Justicia, Miguel Schweitzer, en orden a considerar las “presunciones legales” de responsabilidad penal ajustadas al principio de inocencia contemplado en la garantía del justo y racional procedimiento, pues ellas no sólo resultaban necesarias, sino que además, no impedían el ejercicio del derecho a la defensa, la que siempre podría probar que sus presupuestos no se cumplían o que, en el caso concreto, no se daba la consecuencia prevista por la presunción o la responsabilidad penal no podía afirmarse por concurrir alguna causal general de exculpación.⁸

Por su parte, el Congreso Nacional, a pesar de las oportunidades que para ello ha tenido, tanto en las reformas generales como en las específicas referidas al nuevo proceso penal, no ha hecho variación alguna a esta disposición, no pudiéndose sino entender su aprobación implícita a la misma y a sus fundamentos.

⁸ Véanse al respecto las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, sesión 124° de 27.05.1975, p. 15. Disponible en Internet en: <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=143> [Visitada el 15.12.2007]. La larga discusión previa puede verse en las Actas de las sesiones 122° (20.05.1975) y 123° (22.05.1975), publicadas en Internet por la Secretaría General de Gobierno (<http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/actfrmbuscar.asp>). El texto aprobado en el Acta 124° (p. 17) era el siguiente: “Toda persona tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley. Ésta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. El inciso así aprobado fue rechazado completamente por el Consejo de Estado en su sesión N° 60 de 15.12.1978, a indicación del Consejero Julio Philipi (Actas del Consejo de Estado, p. 355s., en <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocesancpr/archivo.asp?codigo=741> [visitada el 15.12.2007]), siendo la Junta Militar de Gobierno de la época quien lo repuso en la forma hasta hoy vigente, esto es, eliminado la frase inicial que consagraba en general el principio de “presunción de inocencia”.

Tampoco es de recibo en este aspecto la argumentación general de que el recurso a las presunciones legales sería contrario a los “tratados internacionales” en materia de Derechos Humanos, a los que parece aludir el recurrente en sus referencias al art. 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone:

“Toda persona inculpada de delito tienen derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca *legalmente* su culpabilidad”;

al que cabría agregar la disposición, establecida en similares términos, del art. 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reza:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad *conforme a la ley*”.

Como puede apreciarse de la sola lectura de ambas disposiciones, la culpabilidad del imputado ha de establecerse *legalmente* o, lo que es lo mismo, probarse *conforme a la ley* de cada Estado, no haciéndose referencia directa o indirecta que permita concluir que ello supone prohibir al legislador de cada Estado establecer “presunciones legales”. De hecho, ni el recurrente ni la aislada doctrina que también sustenta esta posición⁹ han podido invocar ni un solo pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos rechazando el uso de las presunciones legales, pues no existen fallos en ese sentido. Es más, dicho tribunal consistentemente recurre a las presunciones (en su caso, judiciales) como medios probatorios legítimos en sus propias resoluciones.¹⁰

Luego, una “presunción simplemente legal” en materias penales (incluyendo el artículo 4º de la Ley 20.000, si realmente contuviese una) sería, en principio, formalmente adecuada tanto a la Constitución como a los Tratados Internacionales en materias de Derechos Humanos, y en tanto acto legislativo emanado de un órgano expresivo de la soberanía, según lo ha declarado recientemente nuestro Excmo. Tribunal Constitucional,

⁹ TORCHE SUÁREZ, Marcelo. “Presunciones legales y presunción de inocencia en el nuevo proceso penal.” En: Universidad Católica de Temuco. *Seminario Evaluación y Desafíos Futuros de la Aplicación de la Reforma Procesal Penal*. 26, 27 de Octubre. 2001. En http://64.233.183.104/search?q=cache:KuSbOUt1Od0J:www.acceso.uct.cl/congreso/docs/mtorche.doc+presunciones+legales+constitución+chile&hl=es&ct=clnk&cd=18&lr=lang_de|lang_ca|lang_es|lang_en|lang_it&client=safari [visitado el 15.12.2007].

¹⁰ Ver al respecto BOVINO, Alberto. *La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos3/esp/artigo_bovino.htm [visitado el 15.12.2007].

“se encuentra dotad[a] de un principio de legitimidad evidente; de suerte tal que su contrariedad con el contenido de la ley fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes”.¹¹

Por otra parte, una presunción legal o simplemente legal es *materialmente* acorde con la Constitución, pues no impone al acusado la obligación de declarar para justificar su inocencia o de presentar pruebas para desvirtuar la acusación, liberando al Ministerio Público de su carga probatoria: una presunción simplemente legal no es más que la proposición de aceptar por probado un hecho descrito en la ley como consecuencia de que se haya probado el que constituye la base de la presunción.¹² Esto significa, en materias penales, que sólo operaría una “presunción simplemente legal” siempre que el Ministerio Público pruebe, más allá de toda duda razonable, el hecho base de la presunción, no produciéndose al respecto de esta prueba ninguna alteración en el *onus probandi*.

Luego, sólo podría hablarse de una infracción al “principio de inocencia” mediante la inversión de la carga probatoria, si se demostrase que una “presunción legal” ha liberado al Ministerio Público de la necesidad de probar, más allá de toda duda razonable, los hechos bases de la presunción; o que probados éstos, no se admita al acusado probar la inexistencia del hecho que deduce la ley.

Es por ello que en el sistema federal de justicia criminal de los Estados Unidos, donde sin duda parece reconocerse la *presunción de inocencia*, mediante la exigencia de que los hechos de la acusación (la base de la presunción) deban probarse “más allá de toda duda razonable”, no se discuta la admisión de esta clase de presunciones, que son denominadas por tanto *permissive presumptions*.¹³ Así, por ejemplo, se ha considerado ajustado a la Constitución Federal instruir a los jurados en casos de hurto, para que *presuman* “autor” del mismo a quien no puede justificar la posesión de las cosas robadas.¹⁴

¹¹ STC 30.03.2007, autos rol 529 (537-538) - 2006, Considerando 10º.

¹² Véase al respecto MENDOCA, Daniel. “Presunciones”. *Doxa*. Vol. 21 (1998), p. 83-98, especialmente p. 97, quien demuestra que incluso en la llamadas “presunciones de derecho” es posible destruir su efecto presuntivo mediante la prueba de que el hecho base de la misma no se ha producido. Disponible en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/vol1/Doxa21_06.pdf [visitado el 15.12.2007].

¹³ DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. Nueva York: 1992, p. 60s.

¹⁴ WRIGHT, Charles. *Federal Practice and Procedure*. Vol. 2º. 43ª ED.. St. Paul: 2000, p. 24. Al respecto, ver el *leading case* *Barnes v. U.S.*, 412 U.S. 837 (1973): “[p]ossession of recently stolen property, if not satisfactorily explained, is ordinarily a circumstance from which you may reasonably draw the inference and find, in the light of the surrounding circumstances shown by the evidence in the case, that the person in possession knew the property had been stolen” (En: <http://supreme.justia.com/us/412/837/case.html> [visitado el 15.12.2007]).

4.2. En particular, el artículo 4° de la Ley 20.000 no infringe formal ni materialmente la Constitución

Formalmente, es claro que el texto del artículo 4° de la Ley 20.000 no infringe precepto constitucional alguno. Tampoco lo hace materialmente, aún asumiendo la falsa afirmación del recurrente de que en dicha disposición legal se establecería una “presunción legal” de “comercialización” de “pequeñas cantidades” de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

En efecto, por una parte, aún en tal supuesto, el artículo 4° de la Ley 20.000 **no libera** al Ministerio Público de su obligación de probar, más allá de toda duda razonable, que el acusado ha poseído, portado, guardado o transportado pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, recayendo, por tanto, en “el Estado-acusador” la carga de la prueba de los hechos punibles.

Y por la otra, como señala la I. Corte de Apelaciones de Temuco (a pesar de calificar erróneamente dicha disposición como una “presunción legal”), ella **no impone** una carga probatoria especial al imputado, sino, al contrario,

“la referida presunción, no vulnera la presunción de inocencia que beneficia a todo imputado, ya que la alteración del peso de la prueba que ella conlleva no impide a quien se ve afectado por ella la posibilidad de demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se deduce estos hechos”.¹⁵

4.3. El artículo 4° de la Ley 20.000 tampoco establece una “presunción” de “comercialización”

El recurrente pretende eludir las conclusiones anteriores, agregando que el artículo 4° de la Ley 20.000 presumiría “la comercialización” de las sustancias psicotrópicas o estupefacientes guardadas o poseídas.

¹⁵ Considerando 7° de la Sentencia de 17.10.2007. Una anterior cuestión, planteada al inicio de la Reforma Procesal Penal en regiones por la SCA Temuco de 4.11.2002 (en *Revista Procesal Penal*. N° 5 (2003), p. 41) acerca de si el “nuevo sistema procesal” derogaba “orgánicamente” las presunciones simplemente legales anteriormente vigentes, no es aplicable a este caso por dos razones: primero, porque tal derogación “orgánica” en realidad no ha existido, atendido lo expuesto arriba en el texto sobre el verdadero alcance de las presunciones legales y la obligación del Ministerio Público de probar más allá de toda duda razonable los hechos base de la presunción; y segundo, porque aún en caso de haber existido, ella no podría ser extensible a leyes posteriores, como el artículo 4° de la Ley N° 20.000, aquí en discusión, ya que habremos de suponer que el legislador ha querido precisamente establecer la supuesta “presunción legal” que dicha norma contendría, teniendo en cuenta el ordenamiento existente al momento de su promulgación.

Sin embargo, no es éste el sentido de la disposición, pues la “comercialización” es sólo un modo de poner a disposición de consumidores finales las sustancias prohibidas y, en ningún caso, un elemento de la figura penal del mencionado artículo 4º de la Ley N° 20.000, ni tampoco de su figura base (el artículo 3º), que admite la transferencia a cualquier título de las mismas como constitutiva del hecho punible.

Tampoco es efectivo que “el consumo” de tales sustancias sea, en cualquier circunstancia, lícito.

Como se desprende del contenido de los artículos 4º y 50 de la Ley 20.000, el consumo personal de tales sustancias sólo es lícito cuando se practica en lugares que no sean públicos o es necesario para un tratamiento médico, añadiendo la Ley que, para tal eventualidad, se admite la licitud de la posesión de las cantidades necesarias para el consumo “exclusivo y próximo en el tiempo”. Y por ello se permite al acusado la prueba de tales circunstancias, con el fin de imponerle una pena inferior (cuando el consumo es público) o eximirle de ella (cuando el consumo es privado o está destinado a un tratamiento médico, siempre que sólo se posean las cantidades estrictamente necesarias para practicarlos exclusivamente [sin peligro de difusión a terceros] y en un tiempo próximo).¹⁶

Además, se debe considerar que la tipificación del consumo de tales sustancias como delito se encuentra expresamente prevista en la Convención de Viena de 1988, de la cual nuestro país es signatario y parte, la que dispone en su Artículo 3º:

“2. A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.”

¹⁶ Ver al respecto, NILO, Joaquín; MATUS, Jean Pierre (Prof. Guía). *El consumo personal de drogas ilegales y su tratamiento en la ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Memoria de Grado: Universidad de Talca, 1999. 187 p.

5. Conclusiones

1. El mencionado artículo 4° de la Ley 20.000 se ajusta plenamente a la Constitución, tanto en términos generales como en su aplicación al caso concreto en que el recurso presentado incide, por cuanto la distribución de la carga probatoria en él contemplada corresponde al régimen general del sistema acusatorio vigente en Chile.
2. El artículo 4° de la Ley 20.000 no se establece ninguna “presunción legal”, y de hacerlo, ello no es contrario a la Constitución Política de la República, que las permite implícitamente, aún en materias penales.
3. El artículo 4° de la Ley 20.000 no establece una “presunción de comercialización” de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Además, no es la “comercialización” la materia de prohibición de dicha ley, sino la puesta a disposición incontrolada y a cualquier título de tales sustancias a consumidores finales; y
4. El artículo 4° de la Ley 20.000 no contraviene la “presunción de inocencia”, ni aún en los términos en que ésta ha sido expuesta por el recurrente. En efecto, según expone el recurrente, los requisitos de dicha “presunción” serían:
 - a) “Toda persona debe ser tratada como inocente.”

Nada en el artículo 4° de la Ley 20.000 permite deducir una conclusión contraria al respeto de esta premisa;

- b) “Que el Estado-acusador establezca su responsabilidad sin colaboración alguna del imputado”. O, como señala S.S.E. Juan Colombo, que “al sistema estatal le corresponde probar los hechos fundamentales del proceso que son: a) el hecho punible b) la participación c) el grado de ejecución del delito d) las circunstancias modificatorias de responsabilidad.”

El artículo 4° de la Ley 20.000 **no libera** al Ministerio Público de su obligación de probar, más allá de toda duda razonable: a) las circunstancias que constituyen el hecho que se sanciona (el porte, transporte o guarda de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas); b) la participación punible del acusado en tales hechos, como autor, cómplice o encubridor; c) el carácter de consumado, frustrado o tentado del delito; y d) las circunstancias modificatorias agravantes de la responsabilidad penal que contra el imputado se aleguen.

- c) “Prohibición de la inversión de la carga de la prueba, esto es, la de imponer al ciudadano el riesgo de ser declarado culpable si no acredita su inocencia”

Nada en el artículo 4° de la Ley 20.000 impone al acusado la obligación de declarar o presentar pruebas para evitar el “riesgo” de “ser declarado culpable si no acredita su inocencia” ante la sola acusación fiscal. Como acabamos de señalar, dicha disposición no altera la regla general de que corresponde al Ministerio Público la carga de probar los hechos constitutivos del delito y la participación punible del acusado en ellos.

Por lo tanto, aún cuando el acusado no presente prueba alguna de descargo, si el Ministerio Público no es capaz de probar, más allá de toda duda razonable, los hechos constitutivos del delito del artículo 4° de la Ley 20.000 y de la participación punible del acusado en ellos, el acusado *debiera* ser absuelto.

Pero, como señala S.S.E. Juan Colombo, “probado lo anterior [...] se altera la carga de la prueba y al imputado le corresponde probar su inocencia”.

Esto es, si el Ministerio Público ha cumplido con su obligación de prueba, más allá de toda duda razonable, de los hechos constitutivos del delito del artículo 4° de la Ley 20.000 y de la participación punible en ellos del imputado, corresponde a éste probar *sus alegaciones* respecto a las eventuales circunstancias generales o específicas que eximen o atenúan la pena, lo que supone acreditar, en este caso específico, que tales sustancias estaban destinadas al consumo personal próximo y exclusivo en el tiempo o a un tratamiento médico.
