

INFORME ACERCA DE ALGUNOS ASPECTOS QUE SE HAN MOSTRADO PROBLEMÁTICOS EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY N° 20.000¹

Dr. Jean Pierre Matus Acuña *

1. El delito de *microtráfico* de estupefacientes del art. 4º de la Ley N° 20.000 como figura privilegiada del de tráfico, en sentido amplio y estricto, de su art. 3º, atendida la “pequeña cantidad” de las sustancias en que recae².

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 art. 4º, 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 1º [...] 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”.

* Profesor Asociado de Derecho Penal, Director Centro de Estudios de Derecho Penal. Universidad de Talca, Campus Santiago. e-mail: jpmatusa@utalca.cl

¹ El informe que se transcribe fue solicitado por el Sr. Fiscal Nacional del Ministerio Público a su autor, con fecha 15-03-2005, y evacuado el 29-03-2005.

² El texto que sigue corresponde, básicamente, al contenido del apartado correspondiente (Cap. 20, §2, f) de nuestras *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2^a ed., Santiago 2005 (en prensa).

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”.

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 [Nº 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 facilita a los jueces para aplicar penas alternativas de cumplimiento de condenas”; como en los resultados de “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 [Nº 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 art. 4º 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*³.

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 art. 4º 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 razonablemente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indicias del propósito de traficar a cualquier título”.

2. Problemas prácticos (i): ¿Es el art. 4º de la Ley N° 20.000 aplicable a supuestos antes sancionados conforme al art. 5º de la Ley N° 19.366?

Afirmado el carácter *especial* del delito de microtráfico del art. 4º de la Ley N° 20.000 frente al de tráfico ilícito en sentido amplio y estricto de su art. 3º, la cuestión que se plantea es si los hechos que aquella disposición sanciona se encontraban o no comprendidos en el art. 5º de la Ley N° 19.366. Dogmáticamente, la respuesta es una sola: sí.

En efecto, puesto que el antiguo artículo 5º de la Ley N° 19.366 no hacía distingo alguno sobre la *cantidad* de la sustancia traficada para determinar la pena aplicable, puede afirmarse, sin más, que él comprendía tanto el tráfico de grandes como de pequeñas cantidades y, según se señaló en el apartado anterior, las consecuencias de esa falta de distinción en la aplicación de penas excesivas en algunos casos o en absoluciones forzadas, en otros, fueron las principales razones esgrimidas para extraer del tráfico ilícito en sentido amplio y estricto el grupo de casos que se denominan vulgarmente “microtráfico”.

De hecho, no existían dudas en la doctrina y la jurisprudencia acerca de que el tráfico

³ La “omisión” en este artículo 4º del uso de los verbos rectores “importar” y “exportar” carece de la trascendencia práctica que parece asignársele en el Instructivo N° 2 de la Ley N° 20.000, sobre el tipo penal contemplado en el artículo 4º de la Ley N° 20.000 que sustituye la ley 19.366, Oficio 49-2005 del Fiscal Nacional de 26.01.2005, pues en ambas conductas está implícita la adquisición o transferencia y, particularmente, el porte y transporte. Otra cosa es que, en la práctica, estas conductas, cuando se realizan traspasando fronteras de países suelen ser constitutivas de tráfico a gran escala, pero es perfectamente imaginable el supuesto de microtráfico transfronterizo realizado por jóvenes en busca de “oportunidades” en países distintos al natal.

(facilitación de sustancias prohibidas a terceros) de “escasas cantidades” constituía el delito de tráfico ilícito descrito y sancionado en el art. 5º de la Ley N° 19.366⁴, a menos que de ese antecedente y otros, como el carácter de adicto del detenido, pudiera concluirse que la escasa cantidad decomisada estaba destinada *al uso personal próximo y exclusivo en el tiempo*⁵, lo que –al igual que en el actual art. 4º de la Ley N° 20.000– excluía el castigo a ese título, a menos “que el tráfico no resulte acreditado por otros medios de prueba más directos”⁶.

Por otra parte, debe destacarse a este respecto que en la actual Ley N° 20.000 la atipicidad del *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo* está referida únicamente a la figura de “microtráfico” de su art. 4º (y no al tráfico del art. 3º), en circunstancias que tal elemento negativo –por no existir diferencias penológicas en cuanto a cantidades–, estaba en la Ley N° 19.366 referido al tráfico ilícito en sentido amplio y estricto de su art. 5º, todo lo cual no hace sino reafirmar la conclusión de que los hechos comprendidos en el actual art. 4º de la Ley N° 20.000 se encontraban, antes de su entrada en vigencia, regulados completamente por el art. 5º de la Ley N° 19.366.

3. Problemas prácticos (ii): Si el art. 4º de la Ley N° 20.000 es aplicable a supuestos antes sancionados conforme al art. 5º de la Ley N° 19.366, ¿es su aplicación *obligatoria en todos los casos, conforme al principio de retroactividad favorable?*

Como entre nosotros no parece una materia discutible la vigencia del principio de *retroactividad favorable*⁷, sino los casos y modo en que se aplica, deberemos abocarnos a estas dos cuestiones principales, antes de entrar a responder derechamente la cuestión planteada.

Básicamente, *los casos* de retroactividad favorable son aquellos en que un hecho concreto, sometido a juicio conforme a una ley posterior, sea eximido de toda pena o se le aplique una “menos rigorosa” que la impuesta conforme a la ley anterior⁸, y el *modo* de hacer esta determinación es juzgando el hecho concreto completamente y con todas sus circunstancias, de acuerdo

⁴ Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 1ª ed.*, Santiago 2004, p. 564s.

⁵ SCS 29.07.1996 (GJ 193, 82), SCS 04.11.1997 (RDJ XCIV, 262).

⁶ SCA San Miguel 13.06.1995 (RDJ XCII, 147).

⁷ Cfr., por todos, Garrido Montt, *Derecho Penal, Parte General, t. I*, Santiago 1997, p. 107, quien al referirse a las disposiciones constitucionales que lo consagran, señala que “se explican por sí mismas”. Como señala Günther Stratenwert, *Derecho penal, parte general I, 2ª ed. (1976)*, trad. De G. Romero, Madrid 1982, p. 31, el fundamento de este efecto indiscutido de la ley más favorable es que “si la modificación de la ley corresponde a una transformación de la *valoración* ético-social, de tal manera que el hecho aparece en lo sucesivo como menos punible o directamente como impune, la nueva regulación tendrá efecto retroactivo con respecto a los hechos cometidos con anterioridad”.

⁸ Enrique Cury U., *Derecho Penal, 7ª ed.*, Santiago 2005, p. 228.

do a ambas leyes, sin mezclar sus disposiciones⁹. Por lo tanto, no se trata de examinar *abstractamente* los marcos penales de las disposiciones en juego¹⁰, ni de tomar de una u otra ley lo que particularmente favorezca al reo, de modo de terminar construyendo una tercera ley (*lex tertia*), creación para la cual los tribunales no están, en principio, facultados¹¹. Además, como bien señala Etcheberry, por una parte, la elección de la ley aplicable se hace mucho más difícil en casos en que los marcos penales son facultativos y las penas en juego se encuentran dentro de ese margen facultativo; y por otra, tratándose de sentencias firmes, parece que la ley permitiría “una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos ya establecidos en el fallo”, pero no para “reabrir una investigación y reanudar la tramitación del proceso... para determinar la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante creada por la ley”¹².

En consecuencia, la respuesta formulada en el encabezado de esta sección ha de responderse negativamente, pues en ciertos casos la aplicación al hecho concreto del art. 4º de la Ley N° 20.000 resultará más beneficiosa al reo, pero en otros no producirá ese efecto, ya que “*no cabe dar una fórmula general y abstracta para decidir cuál es la ley más benigna*”¹³ en todos los supuestos de hecho.

Puestos en aplicación los principios sentados anteriormente al caso que nos ocupa, la cuestión es dilucidar si existen supuestos de hecho concretos en que su juzgamiento conforme al art. 4º de la Ley N° 20.000 llevaría a la imposición de una pena “menos rigorosa” que la que impuesta en conformidad a lo dispuesto en el art. 5º de la Ley N° 19.366, o que la que correspondería imponer conforme a esas disposiciones, si todavía el hecho no ha sido juzgado. Corresponde, pues, analizar los grupos de casos concretos en que el problema se ha planteado, para determinar la corrección jurídica de los argumentos expuestos y las soluciones ofrecidas.

⁹ Eduardo Novoa M., *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, t. I, 2^a ed., reimpresión, Santiago 1985, 194s.

¹⁰ Politoff/Matus, *Comentario al art. 18 Cp*, en Politoff/Ortiz/Matus, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago 2004, p. 267.

¹¹ Antonio Bascuñán Rodríguez, *Nota a la SCS 19.03.2003 rol 1157-02*, en Rev. de Derecho U. Adolfo Ibáñez, N° 1 (2004), p. 221s. En la sentencia que se anota también se afirma el principio señalado *Supra*, pero —como destaca Bascuñán R.—, al parecer no se le da aplicación, mediante una exclusión “sucesiva” de consecuencias jurídicas perjudiciales para el reo. Como bien anota Bascuñán, ésta es también la doctrina dominante en Alemania (Cfr., por todos, Claus Roxin, *Strafrecht AT*, 3^a ed., München 1997, p. 125, y Albin Eser, *Comentario al § 2 StGB, Rnd. 30*, en Shönke/Schröder, *Strafgesetzkommentar*, 24^a ed., München 1991, p. 59. Oo., aislada, Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 2^a ed., Berlin 1993, p. 104, quien argumenta a favor de la aplicación a todos los casos de las reglas excepcionales del § 2.5 StGB, que permiten la “mezcla” de consecuencias accesoriales, disposición que en Jescheck/Weigand, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5^a ed. (1996), trad. M. Olmedo Alderete, Granada 2002, p. 151 se considera al parecer necesaria, pues se estima que tales consecuencias sólo tienen un “carácter parcialmente punitivo” (el subrayado es mío)).

¹² Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, 3^a ed., t. I, p. 146s.

¹³ Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2^a ed., Santiago 2004, p. 131.

3. Soluciones a los problemas planteados en los números anteriores: grupos de casos

3.1. Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias que no producen graves daños a la salud (i. e., “marihuana”), sin concurrencia de circunstancias especiales, cometido antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.000, y juzgado después del 16 de febrero 2005.

Este caso es el del fallo de la 2^a Sala del TOP Punta Arenas de 11.03.2005, RIT 4-2005. Se tuvo por acreditado (considerando 7º) que los acusados vendieron en tres días distintos de los meses de junio y julio de 2004 a diversos sujetos pequeñas cantidades de “marihuana” prensada, a saber, 2,65 grs., 2, 87 grs. y 6,44 grs., respectivamente.

El Tribunal, después de llamar a las partes a discutir la eventual aplicación del art. 4º de la Ley N° 20.000, por ser aparentemente más favorable, resolvió aplicar la ley vigente al momento de los hechos, esto es, el art. 5º de la N° 19.366 –dando por sentado el argumento legal del fiscal adjunto de que esta última disposición tiene efecto ultratutivo, por disponerlo expresamente el art. 1º transitorio de la N° 20.000¹⁴–, reproduce en sus consideraciones lo sostenido por nosotros en nuestro Comentario al art. 18 CP¹⁵ –donde se afirma esencialmente lo mismo que en este informe, esto es, que la aplicación de la ley más benigna sólo es posible en un análisis concreto y no en abstracto–, y agrega:

- “2.- Que en este caso haciendo un estudio de ambos textos legales en cuanto a sus figuras típicas, artículos 1 y 5 de la ley 19.366 y 4 de la ley 20.000.- se aprecia que de igual forma en ambas ya sea por disposición legal o ponderando el mérito del proceso se puede aplicar la pena de presidio menor en su grado medio.
- 3.- Que asimismo, ambos textos mantienen en su generalidad las mismas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal
- 4.- Que por otro lado para el caso de la aplicación de multas, ambos textos facultan al tribunal para eximir la multa o aplicarle una menor a la señalada en la ley, para casos calificados.
- 5.- Que de igual manera en la aplicación de algún beneficio de la ley 18.216, ningún texto- más allá de algunas excepciones puntuales- deroga la facultad privativa al tribunal de conceder o no estos beneficios.

¹⁴ Lo que es, por lo demás, algo obvio, pues no se discute tal ultractividad, sino si la ley posterior es efectivamente más favorable al reo o no.

¹⁵ Politoff/Matus, *Comentario*, op. y loc. cit. El fallo cita impropriamente “Politoff/Ortiz”.

- 6.- Que en consecuencia, si en el caso concreto de la aplicación de la pena, la nueva ley no es más favorable, procede aplicarla ley vigente a la comisión de los hechos, que es la ley 19.366.”

La resolución condena a los acusados por el delito de tráfico ilícito a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, por cada delito acreditado. Sin perjuicio de lo discutible de esta acumulación de penas en un delito de esta naturaleza¹⁶, la determinación de la ley aplicable y la argumentación utilizada parecen ajustadas a derecho, *en el caso concreto*.

En efecto, es cierto que, tratándose de sustancias comprendidas en el art. 2º del Reglamento de la Ley N° 19.366, la pena prevista en el art. 1º de dicha Ley comprende *facultativamente* un marco que va desde el presidio menor en su grado medio al mayor en su grado medio, que incluye el marco penal del art. 4º de la Ley N° 20.000 (presidio menor en sus grados medios a máximo). Por tanto, si *el tribunal estima necesario hacer uso de la facultad que concede la Ley N° 19.366*, precisamente teniendo en cuenta la “pequeña cantidad” traficada, efectivamente, la pena a imponer a este título no es más rigurosa que la correspondiente al art. 4º de la Ley N° 20.000. También lo es que las penas de multa dispuesta y su determinación son idénticas en ambas leyes, y que ninguna de ellas priva a los tribunales de la facultad de conceder o no un beneficio establecido en la Ley N° 18.216, en los casos que se concede esta posibilidad.

Sin embargo, no es tan efectivo que los supuestos de aplicación de la Ley N° 18.216 permanezcan idénticos, habida la ampliación de su alcance por la Ley N° 20.000, que ya no exige para otorgar la libertad vigilada o la reclusión nocturna la colaboración eficaz del condenado, como lo hacía el derogado art. 40 de la Ley N° 19.366. No obstante, bajo ambas leyes era posible conceder la *remisión condicional* si se cumplían los requisitos legales para ello y, puesto que en el caso concreto el tribunal impone a los acusados penas susceptibles de tal beneficio (inferiores a 3 años), resulta correcta su afirmación en el sentido de que, si en cualquier caso no se estimaban concurrir los restantes requisitos de procedencia de dicha medida, ambas normas son igual de gravosas para los reos y, por lo mismo, debe seguir rigiendo para el caso la Ley N° 19.366. Tampoco es efectivo que en la Ley N° 20.000 se mantienen las mismas circunstancias que en la N° 19.366, pues a pesar de sus similitudes no todas son iguales ni producen los mismos efectos. Con todo, de vuelta al caso concreto, tal discusión carecía de sentido, pues ninguna de las agravantes o atenuantes especiales contempladas en ambas nor-

¹⁶ Cfr. Jean Pierre Matus A., *El tráfico ilícito de estupefacientes, en sentido amplio, como figura básica en la Ley N° 19.366*, en Polifoff/Matus: *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia*, Santiago 1998, pp. 137ss.

mas vino en ser materia del juicio¹⁷, con lo que la conclusión del tribunal sigue siendo correcta para el caso particular.

3.2. Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias estupefacientes productoras de graves daños a la salud (i. e., cocaína), sin circunstancias especiales, realizada bajo la vigencia del art. 5º de la Ley N° 19.366, pero juzgado con posterioridad al 16 de febrero de 2005.

En la sentencia de 12.02.2005 del TOP Puerto Montt, RIT N°1-2005, se estimó constitutivo de “microtráfico” la posesión (durante la vigencia de la Ley N° 19.366) de un total de 78,29 gramos netos de Clorhidrato de Cocaína, distribuidos en diversas bolsitas, de un grado de pureza que fluctuaba entre los 49 y 70 %, sancionándolo conforme al art. 4º de la Ley N° 20.000 y no a título de tráfico del art. 5º de la Ley 19.366 como se solicitaba en la acusación. Según la sentencia, la aplicación del art. 4º de la Ley N° 20.000 se justifica no sólo por tratarse, a su juicio, de “pequeñas cantidades” de sustancias prohibidas¹⁸, sino también porque aunque el hecho se cometió durante la vigencia de la Ley N° 19.366, “en el caso concreto, indudablemente que es más favorable la ley n° 20.000”, por lo que cabría su aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 18 CP.

Por otro lado, en la sentencia de 26.02.2005, RIT N° 122-2004, del TOP Rancagua, se denegó la solicitud de la defensa en orden a considerar los hechos establecidos en el juicio oral –la posesión por parte de los acusados de 151 grs. de cocaína de pureza de alrededor de un 30%– como un supuesto de *microtráfico* del art. 4º de la Ley N° 20.000, por entender el Tribu-

¹⁷ El Fiscal Adjunto alegó que, de aplicarse el art. 4º de la Ley N° 20.000 sería también aplicable la agravante de formar parte de una “agrupación o reunión de delincuentes”. Sin embargo, no se rindió prueba específica en ese sentido y su argumentación en el caso concreto aparece más bien como recurso retórico. Con todo, si esta agravación hubiese sido materia del juicio, aparece en este punto la discutida cuestión en la doctrina alemana del efecto de las calificantes, si han de tomarse como parte de la ley aplicable o han de apreciarse separadamente (Cfr. Roxin, op. y loc. cit.). A nuestro juicio, puesto que hemos señalado, siguiendo a Novoa, op. y loc. cit, que las leyes en juego deben apreciarse en “su contenido total en sus consecuencias penales”, estimamos que, en cada caso, habrá el tribunal de determinar cuál ley es más favorable, dependiendo “de los efectos reales que la aplicación de una u otra ley tenga para el afectado” (Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones PG*, loc. cit.). En la causa RIT N° 227-2005 del Tribunal de Garantía de Quilpué se aplicó erróneamente esta doctrina al resolver sobre las medidas cautelares solicitadas contra quienes se encontraban formalizados de traficar ilícitamente, conforme al art. 5º de la Ley N° 19.366, 42 grs. de cocaína, al tomarse en cuenta en contra de los imputados la nueva circunstancia agravante de pertenecer a una agrupación de delincuentes. El error consistió en estimar sin más favorable en el caso la nueva ley, como lo pedía la defensa para aplicar la figura de microtráfico, pero que el tribunal estimó no aplicable a la especie, y no considerar la situación jurídica real en que quedaron los imputados.

¹⁸ Consideración a la que se agrega la de las escasas capacidades cognitivas de la acusada y su bajo nivel socioeconómico, “perfil [que] no corresponde a un traficante mayor”.

nal que en este caso no se trataba de “pequeñas cantidades”, tal como lo exige la ley (Considerando 9º)¹⁹. De este modo, la sentencia en cuestión implícitamente ha dado por admisible la alegación de la defensa, en el sentido de que sería legalmente posible aplicar el inc. 3º del art. 18 a este supuesto, pues de acreditarse efectivamente que la sustancia traficada era una “pequeña cantidad”, la penalidad reducida en dos grados del art. 4º de la Ley N° 20.000 en relación con la del art. 1º de la Ley N° 19.366, aparece como evidentemente *más favorable al reo*, con independencia de las circunstancias concurrentes, más aún si se tiene en cuenta la posibilidad de aplicar alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216²⁰.

Finalmente, ya es en la misma acusación de la causa RIT 2989-2004 del Juzgado de Garantía de Rancagua, donde el fiscal adjunto califica la posesión de 20 grs. de pasta base de cocaína como “microtráfico”, hecho ocurrido el 5 de agosto de 2004 (bajo la evidente vigencia de la Ley N° 19.366), solicitando se apliquen a la acusada las penas del art. 4º de la Ley N° 20.000²¹, a lo que el tribunal accede, sin oposición de la defensa, en fallo de procedimiento abreviado de 23.02.2005.

3.3. Posesión o venta a terceros “pequeñas cantidades” de sustancias estupefacientes productoras de graves daños a la salud (i. e., cocaína), sin circunstancias especiales, juzgado y fallado como delito de tráfico ilícito conforme al art. 5º de la Ley N° 19.366, antes del 16 de febrero de 2005.

En la sentencia del TOP Punta Arenas de 23.12.2005, RIT N°19-2004, se denegó la solicitud de la Defensoría Penal Pública que pedía la reducción de la pena de unos condenados por la venta de 11 grs. de cocaína. La sentencia parece comenzar a fundamentar correctamente su

¹⁹ En el Considerando citado, el tribunal argumentó que los imputados “no justificaron que las cantidades de droga que poseían, estuvieran destinadas a ser comercializadas a menor escala”, y que, al contrario, no sólo no se les encontraron “papelillos” ni utensilios que demostraran una venta “directa al consumidor”, sino que la cantidad decomisada (151 grs.) permitía su distribución en al menos 300 dosis, con independencia de su pureza. En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de Garantía de Antofagasta, al estimar en su resolución sobre medidas cautelares de 7.02.2005, RIT 991-2005, que 73 grs. de cocaína no pueden ser considerados una “pequeña cantidad” de la misma.

²⁰ Inmediatamente después, la sentencia del mismo TOP Rancagua de 02.03.2005, RIT N° 123-2004, aplicando el criterio sentado en la resolución recién comentada, calificó de microtráfico el porte por parte del condenado de 28 papelillos de marihuana y 50 de cocaína, ocurrido bajo la vigencia del art. 5º de la Ley N° 19.366, a cuyo título se le acusaba, y lo sancionó a la pena de tres años y diez meses de presidio menor en su grado máximo, en vez de la solicitada por el Fiscal de 7 años y 540 días por cada sustancia traficada. Aunque el fallo es interesante para la discusión acerca de qué ha de entenderse por “pequeña cantidad”, no corresponde aquí esta discusión.

²¹ Cabe destacar que la actuación del Fiscal Adjunto en este caso se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el N° 2.4, B.2, del Instructivo N° 3 de la Ley N° 20.000, sobre los efectos de la ley N° 20.000 en el tiempo a partir de su entrada en vigencia y la relación con la Ley N° 19.366, en particular respecto del nuevo delito de microtráfico, Oficio N° 50/2005 del Fiscal Nacional de 26.01.2005.

resolución en los considerandos 11º y 12º, al poner en claro que la cuestión a debatir es, primero, si puede o no considerarse “pequeña cantidad” la decomisada a los condenados, agregando que en caso de ser negativa la respuesta, la pena prevista tanto en el art. 1º de la Ley N° 19.366 como en el de la N° 20.000 es la misma, pero si se afirmase que 11grs. de cocaína son una “pequeña cantidad”:

“...Debería concluirse que la nueva norma legal contempla penas menos rigorosas (presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 unidades tributarias mensuales y accesorias), de proceder en este sentido ello equivaldría a mutar el tipo penal configurado bajo el alero de la Ley N°19.366 (artículo 5º en relación con el artículo 1º), por el de microtráfico ilícito de estupefacientes del primer texto legal citado (artículo 4º en relación con el 1º)”.

Hasta aquí la sentencia razona correctamente y hubiese bastado una afirmación en uno u otro sentido para zanjar la discusión, pues a falta de indicación legal de lo que es “pequeña cantidad” –dejando a salvo la interpretación propuesta *Supra 1–*, la calificación en cada caso concreto de lo que ha de entenderse por “pequeña cantidad” está entregada a la prudencia del tribunal del fondo. Y esto fue lo precisamente lo que parece haber resuelto la Corte Suprema en su fallo de 10.03.2005 (Rol 1025-2005) recaído en la apelación del recurso de amparo presentado por los solicitantes en este caso, al afirmar:

“Que el hecho por el cual se condenó a los recurrentes no es constitutivo de ninguna de las situaciones a que se refiere el artículo 4 inciso segundo de la Ley N° 20.000, motivo por el cual no resulta procedente la aplicación al caso de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal en relación con el artículo 1 transitorio de la referida ley 20.000”;

Sin embargo, el TOP de Punta Arenas rechazó la solicitud de la Defensoría Penal no refiriéndose al hecho por el que habían sido condenados primitivamente los solicitantes, sino con el argumento de que no estaba facultado para entrar a calificar nuevamente ese hecho, esto es, si la venta de 11 grs. de cocaína era o no de una “pequeña cantidad”, pues, según sostiene su Considerando 15:

“No resulta admisible pretender que bastaría con darles una calificación jurídica distinta a los hechos establecidos por la sentencia definitiva dictada en esta causa, pues éstos deberían ser adaptados al nuevo tipo penal, microtráfico ilícito de estupefacientes, incorporando la exigencia de que se trate de «una pequeña cantidad de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas». Así, una nueva calificación jurídica, por esta vía, importaría una necesaria valoración previa de prueba referida al elemento o exigencia del aludido microtráfico creado por

la nueva ley, probanzas que ahora no se han rendido, ni correspondía hacerlo, pues ello pugna con los nuevos procedimientos penales y sus principios establecidos por el legislador, ya que se haría imprescindible la existencia de un procedimiento en que se concluyera que el hecho configura microtráfico ilícito de estupefacientes, lo que evidencia que aquí queda descartada la vigencia retroactiva de la nueva ley en referencia, porque se ha establecido un nuevo tipo penal.”²²

Ofrece en este punto el fallo analizado una interesante variante de lo sostenido por Etcheberry, en el sentido de que el “propósito del legislador” al establecer el art. 18 no ha sido el que se permita la revisión de los hechos establecidos por un fallo anterior, ni siquiera “para determinar la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante”, sino permitir “una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una *simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos establecidos en el fallo*”²³, como sería en la especie declarar que la cantidad decomisada a los condenados es un “pequeña cantidad”. Creo que lleva razón el TOP de Punta Arenas en centrar en este aspecto crucial la discusión, aunque no en la conclusión que extrae de ello. En efecto, constituiría una verdadera “revisión” de la causa entrar a discutir mediante una solicitud fundada en el art. 18 CP los hechos establecidos en una sentencia posterior y lleva razón Etcheberry al señalar que ése no ha sido el propósito del legislador al regular la retroactividad benigna. Sin embargo, en el caso concreto ni la Defensoría Penal ofreció prueba ni la Fiscalía desvirtuarla, pues no se trataba de alterar los hechos establecidos en la condena primitiva, esto es, que los condenados habían participado en la venta de 11 grs. de cocaína, sino determinar si esos hechos, así establecidos, los consideraría el legislador ac-

²² A mayor abundamiento, la sentencia analizada agrega en el Considerando 15 que se cita que proceder a la calificación de los hechos conforme a la nueva situación legal violaría los principios de cosa juzgada (certeza) y “la gran gama de principios que han sido incorporados en los nuevos procedimientos penales”, argumentos que por su falta de base jurídica debemos considerar meramente retóricos, ya que es precisamente la Constitución la que manda, en casos de retroactividad favorable, aplicar leyes no vigentes al momento de la comisión de los hechos e incluso modificar sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada para ello, si es necesario. Tam poco es de recibo el argumento de que el art. 4º establecería un nuevo tipo penal, en el sentido de que se trataría de hechos antes no tipificados (principio de tipicidad, Considerando 14), por las razones apuntadas *Supra 1 y 2*. Este argumento del fallo criticado aparece también en la sentencia del TOP Puerto Montt de 02.03.2005, RIT N° 29-2004, y en las Resoluciones 1724 y 1905 de la CA Arica de 01.03.2005 y 04.03.2005, respectivamente, sobre medidas cautelares. En estas dos últimas resoluciones este mal argumento no permite siquiera una contrastación con la realidad, pues en ellas ni siquiera se explicitan los hechos sobre que recae, derivando puramente en una suerte de adscripción mágica: si se entiende que el art. 4º es un “delito nuevo”, no hay retroactividad favorable y punto. Sin embargo, el art. 18 CP y la Constitución no se refieren a la “tipicidad” legal como fundamento para su aplicación, sino a los *hechos que han sido juzgados y que podrían merecer, conforme a la nueva valoración social, menor pena*.

²³ Etcheberry, op. y loc. cit. (las cursivas son mías). De manera confusa, el fallo citado también afirma esta conclusión en su Considerando 16, aunque sin extraer mayores consecuencias de ello, como se desprende de su parte resolutiva.

tual un caso de tráfico del art. 3º o uno de microtráfico del 4º. Esta calificación puede hacerse sin necesidad de un nuevo procedimiento, como parece requerir el TOP de Punta Arenas, sino con la sola apreciación prudencial del tribunal sobre los hechos establecidos en la sentencia que se solicita adecuar a la ley más favorable, o como señala Etcheberry, “*con la simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos establecidos en el fallo*”²⁴.

Que ello es posible en un caso como el analizado lo demuestra la sentencia del TOP de Antofagasta de 05.05.2005, RIT N° 65-2004, donde el Tribunal rechaza la solicitud de la Defensoría Penal Pública por considerar que la cantidad de sustancias prohibidas decomisadas al condenado (10,4 grs. de pasta base de cocaína de un 82% de pureza) y el modo en que la portaba (en 88 papelillos), no permitía considerarla una “pequeña cantidad”. Según el Considerando Tercero de este fallo:

“si el hecho ya establecido en la sentencia, puede ser calificado como tráfico de pequeñas cantidades de droga, obviamente debe convenirse que una nueva ley ha aplicado una pena “menos rigorosa” para el mismo hecho y, por ende, corresponde reducirla conforme al inciso tercero del artículo 18 del Código Penal. No se trata, pues, de modificar los hechos establecidos en la sentencia ya que los mismos, para estos efectos, resultan inamovibles para el tribunal sino, exclusivamente, analizar si estos pueden ser calificados, jurídicamente, dentro de la figura prevista en el artículo 4º de la Ley N° 20.000”²⁵.

A este argumento, que justifica razonablemente la recalificación jurídica de hechos inamovibles para dar lugar a la aplicación del art. 18 CP, añade el TOP de Antofagasta una justifica-

²⁴ La categórica afirmación del fallo analizado, en el sentido de que “el delito que cometieron los imputados fue el de tráfico ilícito de estupefacientes, y el fallo respectivo se encuentra ejecutoriado”, se asienta en una confusión entre los hechos establecidos en el proceso primitivo (“que en tal fecha y lugar los imputados participaron en la venta de 11 grs. de cocaína”), y su calificación jurídica (que tales hechos “constituyan el delito de tráfico ilícito de estupefacientes del art. 5º de la Ley N° 19.366”), muy común en nuestra jurisprudencia y que provoca innumerables dolores de cabeza a quienes quieren recurrir de nulidad por errónea aplicación de la ley, cuando ésta se funda en “hechos” “establecidos” con las palabras con que la ley describe el tipo penal.

²⁵ Este es también el razonamiento implícito en la resolución del TOP Valparaíso de 10.03.2005, RIT 161-2004, donde después de reproducirse los hechos establecidos por la sentencia primitiva (posesión de 57,48 gramos bruto de clorhidrato de cocaína y 1,81 gramos bruto de cannabis sativa), se señala: “en consecuencia, este Tribunal debe verificar si, respecto de los hechos que se han dado por establecidos, en la sentencia en comento, es posible la aplicación de la Ley N° 20.000.- en orden a que ellos pudieran quedar ahora comprendidos en el artículo 4º de la nueva Ley de Drogas, en otras palabras, si la cantidad de droga incautada pueda ser considerada como “pequeña cantidad” y en consecuencia, se le aplique la pena allí establecida, que lógicamente, es más benigna que la contemplada en la Ley N° 19.366, vigente a la fecha de la dictación de la sentencia condenatoria” (Considerando 2º); lo que en definitiva se desestima, argumentando que las cien dosis que permite comercializar la cantidad de cocaína decomisada no puede considerarse propia de un “microtráfico”.

ción de justicia material que resume el *quid* de la disputa:

“resulta evidente que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable al imputado establecido en el artículo 18 del Código Penal e incluso en el inciso séptimo del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se asiente en un criterio de justicia elemental, cual es que personas condenadas con anterioridad no sufran penas superiores a aquellas que, con posterioridad, ejecutan conductas similares.”

3.4. Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias que no producen graves daños a la salud (i. e., “marihuana”), sin concurrencia de circunstancias especiales, juzgado y fallado como delito de tráfico ilícito conforme al art. 5º de la Ley N° 19.366, antes del 16 de febrero de 2005.

El fallo del Juzgado de Garantía de Valdivia de 23.02.2005 recae en este supuesto: la Defensoría Penal Pública pide la reducción de la pena de un condenado a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias, como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, perpetrado en esa ciudad el 18 de febrero de 2004, consistente en la posesión de “diecisiete papelillos cannabis sativa con un peso total de 9,6 gramos”.

Correctamente, el fallo no busca desvirtuar la aplicación del art. 18 inc. 3º CP al supuesto, sino investiga si se dan sus presupuestos, esto es, si efectivamente corresponderían a los hechos establecidos en la condena primitiva una pena “menos rigorosa” de aplicárseles la nueva disposición del art. 4º de la Ley N° 20.000. Para ello; se afirma que efectivamente es, en principio, aplicable a los hechos sancionados esta última disposición, pues la sentencia cuya modificación se solicita declaró expresamente como “exigua” la cantidad de droga decomisada (Considerandos 10 a 12). Sin embargo, la solicitud de rebaja penológica se rechaza, como correspondía en el caso, pues:

“la ley recientemente promulgada no resulta más favorable para el sentenciado, desde que asigna a los hechos por los que se le condenó la misma penalidad que le aplicara la sentencia, esto es, presidio menor en sus grados medio, atento a las circunstancias que tuvo a la vista el sentenciador”.

Además, en el Considerando 15 de la resolución comentada, rechazó el Tribunal en este caso –también correctamente– la aplicación de una *lex tertia*, como sugería el defensor, al solicitar que se aplicara no sólo la pena del art. 4º de la Ley N° 20.000, sino conjuntamente la rebaja facultativa del art. 1º de la Ley N° 19.366, en virtud de la cual fue condenado primitivamente, pues:

“no es posible acoger la proposición de la defensa en orden a considerar como un derecho adquirido la cuantía de la pena aplicada en la sentencia, a la que se llegó luego de considerar circunstancias no contempladas en la ley de reciente promulgación, para que, a continuación, a partir de allí, se proceda a hacer aplicación de nuevas circunstancias que creó, con el propósito de arribar así a un exceso de rebaja en la pena, que no se encuentra contemplada en la nueva ley, y, por ende, no querida por la misma, sin vulnerar con ello los principios generales del derecho”.

En cambio, el TOP de Coyhaique en resolución de 15.03.2005, RIT N° 19-2004, aunque acertadamente no aplica el art. 18 a un caso similar (el condenado había sido sorprendido portando tres envoltorios con marihuana con un peso neto de 3,4 gramos), equivoca el fundamento de su resolución, pues no se trata aquí –como afirma el tribunal– de un supuesto en que se haya creado un nuevo delito (el del art. 4º de la Ley N° 20.000), sino de la determinación, primero, si la calificación de los hechos establecidos en el fallo primitivo puede o no hacerse conforme a la nueva ley y, en segundo término, si de esa calificación resulta o no una pena “menos rigorosa” para el condenado, lo que en este caso en particular no parece suceder.

4. Aplicación de las modificaciones contenidas en el art. 62 de la Ley N° 20.000 a los presupuestos de aplicación de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad de la Ley N° 18.216, en relación con el derogado art. 40 de la Ley N° 19.366.

4.1. Ámbito de la discusión. Los alcances del art. 62 de la Ley N° 20.000, en relación con el derogado art. 40 de la Ley N° 19.366.

El art. 40 de la Ley N° 19.366 limitaba la aplicación de las medidas alternativas de *reclusión nocturna* y *libertad vigilada*, contempladas en los arts. 8º y 15 de la Ley N° 18.216 a los condenados por los delitos que allí se establecían que no se hubiesen beneficiado con la atenuante de *cooperación eficaz* de su art. 33. Esta disposición, que se basaba en la desconfianza del legislador de 1995 acerca de la eficacia de tales medidas, atendida la “gravedad de las infracciones y los medios con que cuenta esta delincuencia para eludir el cumplimiento de la pena”, no pudo, sin embargo evitar que se recurriera al beneficio de la *remisión condicional* con cierta amplitud, dado que para ello no establecía limitación alguna²⁶.

Con todo, como señala el Mensaje N° 232-241 de 2.12.1999 que acompañó al Proyecto

²⁶ Jean Pierre Matus A., *Determinación legal de la pena en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes*, en Politoff/Matus: *Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, Santiago 2000, pp. 415-482, p. 430.

de la que actualmente es la Ley N° 20.000, este cuerpo legal ha repuesto la procedencia de dichas medidas alternativas, con el argumento de que “en los casos en que se cumplan sus requisitos, de un lado, podrá lograrse mayor cantidad de condenas, con el consiguiente efecto social preventivo; del otro, se obtendría una significativa descongestión en los recintos penitenciarios, para dar lugar a aquellos condenados que deben cumplir efectivamente las penas más altas”. Además, se reproduce el Informe Final de la segunda etapa del proyecto de cooperación CEPAL-CONACE, de 1999, en el que, refiriéndose a esta materia se señala: «Pareciera entonces que se incurre en un uso del castigo y la violencia penal sin proporcionalidad, diferenciación ni individualización. Como consecuencia de ello, el sistema de administración de justicia criminal se ve desbordado por la criminalidad referida al tráfico de drogas y la población carcelaria aumenta con el consiguiente agravamiento en problemas de habitabilidad de nuestras prisiones».

Con base a estas argumentaciones, el texto propuesto por el citado Mensaje se limitaba a declarar la procedencia de todas las medidas alternativas de la Ley N° 18.216 a todos los casos en que, cumpliéndose sus requisitos particulares, correspondiese respecto de los condenados por los delitos que se establecían en el Proyecto. Las modificaciones sufridas por el texto original en la tramitación parlamentaria parecen llevar un poco más adelante estas ideas.

En efecto, en primer lugar, a pesar del categórico enunciado del citado art. 62 de la Ley N° 20.000, lo cierto es que poco añade al requisito establecido para conceder la *remisión condicional* y la *libertad vigilada* de que el reo no haya “sido condenado anteriormente por crimen o simple delito”, contemplado en la letra b) de los arts. 5º y 15 de la Ley 18.216, respectivamente, salvo la aclaración de que no es necesario que el condenado sea propiamente un *reincidente*²⁷, esto es, que haya cumplido efectivamente la pena impuesta. Y en segundo término, permite, más allá de lo dispuesto por la Ley N° 18.216 para los supuestos comunes, aplicar cualquiera de las medidas de dicha ley aún a personas condenadas y reincidentes, siempre que “les sea reconocida la atenuante establecida en el art. 22” de 1 Ley N° 20.000, esto es, su *cooperación eficaz*.

Sólo en un caso esta nueva disposición genera una situación más perjudicial para el reo que las reglas generales de la Ley N° 18.216, al hacer inaplicable la *reclusión nocturna* al condenados a menos de dos años de privación de libertad por delitos de la Ley N° 20.000 o de la Ley N° 19.366, que no gocen de la atenuante de cooperación eficaz. Sin embargo, puesto que en tales casos procedería la aplicación del beneficio si se acogiera la atenuante de cooperación eficaz, la situación del reo es igual a la existente con el anteriormente vigente art. 40 de la Ley N° 19.366.

²⁷ Como se señala en Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones PG*, pp. 543 ss, como requisito general para estas medidas.

En conclusión, por regla general, en lo que se refiere a los requisitos de procedencia de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216, la regulación del art. 62 de la Ley N° 20.000 parece más beneficiosa para el reo que la del art. 40 de la Ley N° 19.366.

4.2. Problemas prácticos (i): ¿Son aplicables a las reglas de retroactividad favorable a las disposiciones sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad de la Ley N° 18.216?

El art. 18 CP y el 19 N° 3, inc. 7º CPR se refieren, sin duda alguna, al efecto favorable de las leyes posteriores que eximen al hecho de toda pena o le imponen una “menos rigorosa”. Y es más o menos claro que, jurídicamente al menos, las disposiciones previstas en la Ley N° 18.216 para conceder los beneficios de *remisión condicional* y *libertad vigilada*, con las limitaciones impuestas antes por el art. 40 de la Ley N° 19.366, y ahora, por el 62 de la Ley N° 20.000, *ni eximen al hecho de pena ni le imponen una “menos rigorosa”*, sino como declara su artículo 1º, permiten únicamente suspender su ejecución. En cambio, tratándose de la *reclusión nocturna*, el efecto es la *sustitución de la pena impuesta por otra diferente*, y, en principio, “menos rigorosa”²⁸.

Sin embargo, en todos los casos de aplicación de alguno de estos beneficios es un hecho que no merece discusión que *materialmente su efecto en la vida del condenado es más beneficioso que la imposición efectiva de la condena suspendida*. Luego, tanto desde el punto de vista jurídico (suspensión de la condena), como material (el reo no es privado de libertad), el condenado se encuentra en “mejor situación”, criterio que ofrece Garrido Montt para discernir el punto²⁹. Es por ello que nosotros, así como nuestra jurisprudencia anterior al cambio legislativo examinado³⁰, hemos entendido que la regulación de tales medidas se encuentra abarcada por el principio de irretroactividad (y, consecuencialmente, de retroactividad favorable), consagrado en el Art. 19 N° 3, inc. 7º CPR³¹.

Por lo anterior, la resolución del TOP Puerto Montt de 02.03.2005, RIT 29-2004 rechaza correctamente el argumento del Fiscal Adjunto de considerar como meramente “administrativas” estas disposiciones, agregando en su Considerando 8º que:

“la suspensión de la ejecución de una condena corporal, es un pronunciamiento de fondo de los jueces de la instancia, y no una cuestión meramente administrativa”

²⁸ Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones PG*, p. 544.

²⁹ Garrido Montt, op. cit., p. 109.

³⁰ SCS 31.12.1996, en GJ 198, p. 98, y SCA Talca 31.03.1995, Rol N° 265.607.

³¹ Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones PG*, p. 126.

tiva como argumenta el acusador institucional, ello en razón, a que la suspensión de cualquier condena, y al consecuente otorgamiento de un beneficio, más allá de los antecedentes científicos y de los profesionales relacionados, pasan por una cuestión valórica que resuelven en definitiva los jueces del fondo, y que no queda entregado a las instancias administrativas que intervienen en dicha determinación”.

Finalmente, un acertado argumento de justicia material expone a este respecto el Considerando 3º de la resolución del TOP Antofagasta de 05.03.2005, RIT 65-2004, donde se afirma que el:

“sentido básico de justicia [que personas condenadas con anterioridad no sufran penas superiores a aquellas que, con posterioridad, ejecutan conductas similares], encerrado en la norma [del art. 18 CP] también lleva a rechazar la posición del señor Fiscal en orden a que sólo podría considerarse el aspecto sustantivo más no lo que dice relación con eventuales beneficios alternativos pues resultaría execrable que personas que, con posterioridad, cometan un delito encontrándose en idénticas posiciones jurídicas, gozaran de un beneficio alternativo al cumplimiento efectivo de la pena y quienes lo ejecutaron con anterioridad no pudieran hacer uso del mismo.”

Otra cosa es, naturalmente, si en el caso concreto *se reúnen los requisitos para conceder el beneficio legalmente impedido de tomar en cuenta anteriormente*. Y por ello la primera de las resoluciones citada anteriormente, admitiendo la necesidad de considerar esta posibilidad, conforme a las reglas de la retroactividad benigna, concluye que no reúnen los solicitantes tales requisitos, por lo que se rechaza la petición³².

4.3. Problemas prácticos (ii): ¿Puede admitirse, en estos casos, la aplicación de un símil de *lex tertia*?.

La resolución del TOP de Punta Arenas de 23.02.2005, RIT 19-2004, que sostiene correc-tamente una estricta *alternatividad* entre las leyes reguladoras del tráfico ilícito para decidir

³² Resolución TOP Puerto Montt 02.03.2005, RIT 29-2004, Considerando 9º. En la también citada resolución del TOP Antofagasta de 05.03.2005, RIT 65-2004, el punto no se falló, pues se estimó que la condena a 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo –extensión que impide considerar cualquiera de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216– se encontraba ajustada a derecho, al no tratarse en la especie de “microtráfico” sino de tráfico ilícito y no ser, por tanto, aplicable una disposición de la nueva Ley N° 20.000 que tuviese una pena más favorable.

acerca de su favorabilidad³³, extiende esta *alternatividad* a las regulaciones especiales que de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216 hacen aquellos cuerpos legales, con el argumento de que:

“al decidir la irretroactividad de la Ley N° 20.000, en cuanto a la rebaja de penas solicitada, también corresponde hacer extensiva la irretroactividad a la concesión de beneficios de la Ley N° 18.216, pues en la especie, debe mantenerse una línea determinada y coherente en la aplicación de las disposiciones legales, sin discriminar en términos de decir, para este efecto es irretroactiva y es retroactiva para este otro, por lo que tampoco corresponde conceder beneficio alguno de la Ley N° 18.216”.

Sin embargo, dado que las regulaciones relativas a las medidas alternativas establecidas en la Ley N° 18.216 no afectan la calificación jurídica de los hechos ni la pena impuesta, sino sólo el *modo de su ejecución*, esto es, si se suspenderá o sustituirá, parece admisible su aplicación aislada, produciendo un efecto similar al de la *lex tertia*, pero no idéntico, pues aquí no se trata de crear judicialmente la valoración social del hecho, sino de aplicar una alternativa legítima y socialmente admitida de ejecución de una pena impuesta *conforme a la valoración social que resulta de la elección de la ley aplicable a la calificación del hecho y la pena a imponer*. Luego, no se trata únicamente de “mantener la línea” argumentativa, sino de decidir el punto de acuerdo con la naturaleza de las normas en juego: la extensión de la retroactividad favorable a las regulaciones relativas a medidas alternativas a las penas privativas de libertad se fundamenta en que *materialmente* su aplicación o no a la ejecución de una pena impuesta conforme a la ley aplicable en ese caso concreto supone un cambio en la posición del condenado que puede considerarse más o menos favorable.

³³ La expresión, en este sentido, es usada entre nosotros por Garrido Montt, op. y loc. cit.