

ELEMENTOS JURÍDICOS Y SOCIOLÓGICOS
PARA SU DISTINCIÓN Y DEFENSA

PRÁCTICA
JURISPRUDENCIAL DEL
ROL DE LA MUJER EN EL
DELITO DE TRÁFICO,
MICROTRÁFICO Y
CONSUMO DE DROGAS

Los autores concluyen que las mujeres están sobrerrepresentadas en las condenas por microtráfico, lo que debería ser especialmente considerado dentro de la priorización de la persecución penal de este delito, anunciada por el Gobierno en su plan de seguridad pública “Seguridad para todos”, y su posible impacto en la criminalización de las mujeres por delitos de la Ley N° 20.000. El estudio puede ser revisado en la página web de la Defensoría Penal Pública (www.dpp.cl).

Por Lidia Casas, Helena Olea,
Fernando Silva, Nicolás Soto y Rebeca Valenzuela,
Universidad Diego Portales (UDP).



El estudio “Ley 20.000: tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa” fue encomendado por el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública a la Universidad Diego Portales en 2012 y se inserta dentro de las prioridades que ha dado la institución a la defensa jurídica de personas en condiciones de vulnerabilidad.

Sus objetivos fueron entregar herramientas y estrategias de defensa para los delitos de tráfico de drogas estupefacientes, particularmente aquellos casos en los que la delimitación entre las diversas figuras sancionadas en la Ley N° 20.000 aplicables al caso es problemática, tales como el tráfico, tráfico de pequeñas cantidades y porte para el consumo.

Desde la entrada en vigencia de esta ley, los operadores del sistema han encontrado diversos problemas interpretativos, que han obstaculizado el pronóstico confiable sobre la aplicación que harán los tribunales de la Ley N° 20.000, careciéndose muchas veces de grados mínimos de certeza sobre la calificación jurídica que el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales darán a las conductas imputadas.

Esto ha implicado, a su vez, que la defensa jurídica de estas personas imputadas vaya acompañada de una incertidumbre relevante sobre los elementos de cada uno de los tipos penales, las penas arriesgadas y la posibilidad de optar a beneficios de la Ley N° 18.216, dada la disparidad existente entre las consecuencias jurídicas de ser castigado por una u otra figura de la Ley 20.000.

En particular, nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido criterios claramente definidos para distinguir entre estos tres delitos, quedando la determinación sobre estos elementos de distinción a cargo de la elaboración que puedan hacer los jueces, quienes -a su vez- han estado lejos de llegar un entendimiento homogéneo.

Además, en la doctrina tampoco existe consenso sobre el contenido de los elementos del tipo definidos en la ley, siendo más bien escaso el desarrollo exegético de los conceptos de la Ley N° 20.000.

En este contexto, la Defensoría Penal Pública consideró pertinente realizar un análisis de la práctica jurisprudencial, que se hizo mediante la sistematización de las decisiones de los tribunales que han resuelto casos de imputaciones por la Ley N° 20.000.

INCIDENCIA DE VARIABLES

Se debía determinar la identidad de las figuras de tráfico, tráfico en pequeñas cantidades y consumo, buscando información relevante que permitiera disminuir en algún grado la actual incertidumbre sobre la sanción a imponer, entregando a quienes ejecutan la defensa técnica una herramienta útil para sus estrategias de trabajo y teorías del caso.

En concreto, se buscó cuantificar la incidencia de variables relativas a las características del imputado y las circunstancias del delito en la determinación de la calificación jurídica de la conducta imputada, para obtener información actualizada sobre la regularidad con que determinados elementos son tomados en cuenta por los tribunales, además de la incidencia que tienen en la determinación de una u otra calificación.

El estudio se enfocó también en el análisis de la utilización de la perspectiva de género como un elemento relevante para la defensa de mujeres vinculadas al tráfico de drogas, tomando en cuenta las especiales condiciones de vulnerabilidad en que éstas se encuentran, tanto en el contexto del proceso penal como en el del delito mismo. Igualmente, se consideraron los estereotipos de género presentes en las actuaciones de fiscales, defensores y jueces. Como sabemos, la Ley N° 20.000 tipifica y sanciona un conjunto de conductas vinculadas a la elaboración, puesta en circulación y consumo de drogas estupefacientes.

“(En la Ley N° 20.000) se aprecia que el tráfico de pequeñas cantidades ha quedado indeterminado tanto en su límite superior (tráfico propiamente tal) como en su límite inferior (porte-falta o porte-impune). El primer problema de investigación consiste, por tanto, en definir el contenido de los conceptos delimitadores de estas figuras”.

Entre otros, los delitos de tráfico (artículo 3°), tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico (artículo 4°), además de las faltas de consumo y porte de drogas estupefacientes en lugares públicos o porte-falta (artículo 50°). A su vez, la última parte del inciso 1° del artículo 4° establece una figura impune de posesión, transporte, guarda o porte para el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, o 'porte impune'. Los elementos que distinguen estas figuras no han sido definidos de modo claro y estricto por el legislador. Al contrario, los conceptos delimitadores entre las diversas hipótesis sancionadas son vagos e indeterminados, lo que ha implicado, como ya se dijo, grados importantes de incertidumbre en su aplicación.

En particular, son dos las delimitaciones típicas que aparecen especialmente difusas:

1. El artículo 4° establece una figura privilegiada de tráfico, aplicable para aquellas circunstancias en que el objeto de la conducta haya sido una 'pequeña cantidad' de droga. El legislador omitió determinar taxativamente la cantidad que debe considerarse pequeña, por ejemplo a través de tablas demostrativas, opción preferida en otras legislaciones. Así, el límite entre el tráfico y el microtráfico ha debido ser determinado por la práctica interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia nacional.
2. El delito de microtráfico (artículo 4°), la falta de porte para el consumo en lugares públicos (artículo 50°) y la figura impune de porte para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo (inciso 1°, segunda parte, artículo 4°) comparten un elemento en común: la 'pequeña cantidad' de droga objeto de la conducta. El límite entre esta primera figura -el tráfico de pequeñas cantidades- y las otras dos -porte-falta y porte impune-, no radica en el aspecto objetivo de la conducta (la descripción típica del microtráfico incorpora todos los verbos rectores de los otros tipos penales en juego), sino más bien en el destino que el agente buscaba darle a la droga encontrada en su poder.

El inciso último del artículo 4° describe una serie de criterios que operan como indicios de la finalidad de traficar y que, concurriendo, deben excluir la posibilidad de calificar

la conducta como porte falta o porte para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En el caso de estos criterios, y al igual que ocurre con el concepto de 'pequeña cantidad', el legislador no ha entregado más elementos para su definición, por lo que es un segundo nudo problemático en la aplicación de la Ley N° 20.000.

En conclusión, se aprecia que el tráfico de pequeñas cantidades ha quedado indeterminado tanto en su límite superior (tráfico propiamente tal) como en su límite inferior (porte-falta o porte-impune). El primer problema de investigación consiste, por tanto, en definir el contenido de los conceptos delimitadores de estas figuras.

Metodológicamente, el estudio buscó operacionalizar estas variables o conceptos -para utilizar un lenguaje propio de las ciencias sociales-, es decir darles un contenido a través de la opinión existente en nuestra doctrina y, principalmente, a través del análisis de las resoluciones emitidas por nuestra jurisprudencia en los últimos años.

Un segundo problema de investigación que abordó el estudio se relaciona con la aplicación del principio de igualdad en el juzgamiento de imputados en función de su sexo, pertenencia a un pueblo indígena, edad, nacionalidad y situación migratoria. Se pregunta si las construcciones sociales relacionadas con estos criterios inciden en el desarrollo y resultado del proceso penal.

Por ello, el estudio incorporó un enfoque de género dirigido a identificar diferencias en la aplicación de las normas penales entre hombres y mujeres, y también se buscaron pre-concepciones relacionadas con la pertenencia étnica, la nacionalidad, la edad y la situación migratoria.

LAS CONCLUSIONES

En sus conclusiones, el estudio refuerza la idea de que es necesario considerar que el sistema criminal y de justicia criminal es también una construcción social y cultural que reproduce las concepciones tradicionales sobre lo '*naturalmente masculino*' o lo '*naturalmente femenino*', lo chileno o extranjero, lo occidental/chileno o lo indígena; los jóvenes y los adultos mayores, entre otros.

En el proceso penal se reproducen esas concepciones, asignando a los imputados las características construidas, lo



cual puede resultar en discriminaciones. Aunque en trabajos anteriores los autores afirman que se puede expresar una postura favorable hacia las mujeres o cualquier otro grupo, puede resultar una desventaja cuando la o el imputado, por ejemplo, se desvían de la conducta socialmente esperada.

Cada una de estas características determina una serie de conductas prescritas y esperadas para quienes detentan esa condición y, por ende, surge la interrogante sobre de qué manera la intervención judicial está tamizada.

CAMBIOS DE CONDUCTA

En el caso del género, los estudios advierten cambios en la conducta delictiva de las mujeres. Los crímenes cometidos por ellas ya no se encajan en los denominados “delitos femeninos” -infanticidio, aborto, homicidio pasional-, pues se incrementaron los índices de condena por tráfico de drogas, robos, secuestros y homicidios, entre otros.

En la mayoría de los países los índices de criminalidad femenina aumentaron notablemente en los años '80, llegando incluso a triplicarse. Las mujeres cometen menos delitos que los hombres, hay algunos que cometen con menor frecuencia que los hombres y cuando son perpetrados tanto por hombres como mujeres, estos delitos tendrían significados distintos y determinados por el género.

Por ello, se observa que pese al aumento de la participación de las mujeres, ésta se reduce a actividades de menor importancia en la escala de poder. Es decir, las mujeres no están insertas en las redes de poder de la criminalidad. Su participación suele asociarse a delitos contra la propiedad como los hurtos y escasamente a delitos violentos como robos con fuerza o intimidación.

En cuanto al sexo, el estudio concluye que la mayoría de los imputados son hombres, lo que coincide con las estadísticas de la Defensoría Penal Pública en la representatividad general de la muestra en materia de sexo.

Por otro lado, al realizar cruces bivariados que incluyen sexo, no se encontraron resultados verdaderamente relevantes. Respecto de la existencia de relaciones de pareja, de antecedentes penales y del nivel educacional no se observan diferencias entre hombres y mujeres, ni tampoco respecto del tribunal donde se efectúa el procedimiento.

“Se observa que pese al aumento de la participación de mujeres, ésta se reduce a actividades de menor importancia en la escala de poder. Es decir, las mujeres no están insertas en las redes de poder de la criminalidad. Su participación suele asociarse a delitos contra la propiedad como los hurtos y escasamente a delitos violentos como robos con fuerza o intimidación”.

En materia de trabajo se observan diferencias significativas (con un 90 por ciento de confianza) entre hombres y mujeres. Las mujeres declaran en menor proporción que los hombres tener un oficio, y en una proporción mucho menor estar trabajando (7,6 de 10 y 4,3 de 10, respectivamente).

Estas cifras coinciden con las bajas tasas de participación laboral femenina, dando cuenta también que las imputadas no reconocen su trabajo en el hogar como una actividad laboral, por no ser remunerada. Por lo mismo, probablemente se pierde la posibilidad de argüir esta circunstancia durante el proceso, particularmente al momento de determinar la pena.

Es interesante observar que no hay relación entre la pluralidad de drogas encontradas o su cantidad y el sexo del imputado, y tampoco entre alguna droga en concreto y el sexo.

Al cruzar sexo y delito se observa que las mujeres están sobrerrepresentadas en el microtráfico -34,5 por ciento de los casos- y que su participación en el consumo porte y en el tráfico (17,1 y 18,6 por ciento, respectivamente) es inferior.

Respecto de la pena, las mujeres son más multadas que los hombres, aunque se observa también que los días de condena para los hombres son significativamente más altos que para las mujeres. Esto puede tener una relación directa con las características del delito o estar asociado a estereotipos de género, relativas a las consecuencias que puede tener para el núcleo familiar la ausencia femenina. ⁹²