

EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES
DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS
DEL ART. 4º DE LA LEY Nº 20.000*

ROBERTO NAVARRO DOLMESTCH**
Universidad Andrés Bello

RESUMEN

El presente artículo expone sintéticamente la estructura típica que adoptaron de los delitos de tráfico ilícito de drogas después de la reforma introducida por la Ley Nº 20.000, que puede ser caracterizada como compleja.

Asimismo, aborda los aspectos problemáticos de las relaciones sistemáticas entre los dos delitos de tráfico ilícito de drogas y los problemas de interpretación del tipo contenido en el art. 4º de la Ley Nº 20.000 (tráfico ilícito de pequeñas cantidades de

ABSTRACT

This article synthetically presents the typical structure adopted by drug trafficking after the reform introduced by Law Nº 20.000, which can be characterized as complex. Likewise, it addresses the problems arising from systematic relations between the two drug trafficking-related crimes and the problems arising from its interpretation included in Art. 4, Law Nº 20.000 (illicit trafficking of small amounts of drugs), according to the notarizing with which such a description was made by the legislator. As

* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Abogado asesor de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas del Ministerio Público. Dirección postal: General Mackenna 1369, 3º piso. Santiago. Chile. Correo electrónico: rnavarro@minpublico.cl Las opiniones contenidas en este artículo se emiten a título estrictamente personal y no representan, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, los criterios generales de actuación del Ministerio Público, sin perjuicio de las coincidencias que con ellos puedan presentarse. Agradezco a mis compañeras de trabajo, especialmente a D.ª Paula Falcón Cartes y D.ª Carolina Garrido Acevedo, por sus aportes durante la realización de este trabajo, aunque la responsabilidad por los errores u omisiones de que adolezca sólo me son atribuibles.

drogas) atendida la redacción con la que dicha descripción fue dotada por el legislador.

Como información anexa, se presenta la evolución del delito del art. 4º en la tramitación legislativa.

PALABRAS CLAVE: Drogas – Tráfico ilícito – Microtráfico – Ley 20.000 – Reforma de delitos de drogas – Ley 19.366.

additional information, the evolution of the crime included in Art. 4 in the legal procedure, is presented.

KEY WORDS: Drugs – Illicit trafficking – Microtrafficking – Law 20.000 – Drug crime reform – Law 19.366.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA***

Una forma en que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes se presenta en la cotidianeidad –y a la que el legislador no le había entregado una identidad típica– es el tráfico ilícito de esas sustancias, pero en unas cantidades escasas o de poca relevancia por su calidad o naturaleza, lo que la práctica, incluso jurisprudencial¹, ha denominado microtráfico².

El 16 de febrero entró en vigencia la Ley N° 20.000 que sustituye la Ley 19.366. Dentro de esta modificación legal, la estructura típica del delito de tráfico ilícito de drogas sufre una sustancial modificación, ya que a una parte importante de los casos que eran subsumibles en esa descripción típica, el legisla-

*** ABREVIATURAS. Las referencias a sentencias se hacen de la siguiente forma: la palabra “sentencia(s)” se abrevia(n) con una “S(s)”. “CS” significa Corte Suprema; “TC”, Tribunal Constitucional; “TJOP”, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal; “CA”, Corte de Apelaciones; y “JG”, Juzgado de Garantía. A continuación se señala la ciudad en que tiene asiento el Tribunal (a excepción de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional), entre paréntesis la fecha de emisión de la respectiva sentencia, y luego se señala la fuente de publicación si dicha sentencia ha sido publicada; de lo contrario, se señala el número de rol del proceso o el rol único de causa, RUC. “Cpp” significa Código procesal penal; “Cp”, Código penal. “TCe” se utiliza para referirse al Tribunal Constitucional español y “TSe”, al Tribunal Supremo español. “SR” indica “sentencia de reemplazo” dictada en virtud del art. 18 Cp. La fecha que antecede a la sigla corresponde a la fecha en que fue dictada la sentencia original; mientras que lo que sigue a dicha sigla, es la fecha de emisión de la sentencia de reemplazo.

¹ Cfr. STJOP Valparaíso (30.09.2004) RUC 0400144608 - 3, Considerando 9º: [...] no implica una exculpación del ilícito que se le atribuye al acusado la cantidad neta de la droga o su pureza, circunstancias que a juicio de este Tribunal, no logran alzarse como dudas y menos aún razonables, de la conducta de tráfico del acusado, lo que sólo ameritaría calificarlo de microtraficante, actividad asimismo constitutiva del delito de marras y que lesiona el bien jurídico de la salud pública [...]. También SsTJOP Arica (01.11.2004) RUC 0400118112 - 8; Copiapó (01.09.2004) RUC 0400055706 - k, Considerando 11; La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214 - 5, Considerando 9º: [...] es una máxima de experiencia que el microtráfico se efectúa en cantidades pequeñas y que las personas que se dedican a dicho comercio no portan más que lo necesario para comercializarlas [...]

² Por ejemplo, declaración prestada como testigo por un funcionario policial, en STJOP Arica (25.06.2004), Considerando 5º; también STJOP Rancagua (28.10.2004) RUC 0400024174 - 7, Considerando 11º.

dor ha decidido darle una autonomía: Se crea el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias sicotrópicas o estupefacientes (art. 4º de la Ley N° 20.000).

En este trabajo intentaré dar cuenta de los problemas de interpretación y sistematización que plantea la nueva estructura típica. Dentro de ese tema, pretendo abordar como problemas jurídicos los criterios diferenciadores entre los delitos de tráfico de los artículos 3º y 4º de la Ley N° 20.000 y el autoconsumo como elemento negativo del tipo de tráfico ilícito de drogas; el rol que a la determinación cuantitativa (cantidad de sustancias traficadas) le corresponde desempeñar en estas cuestiones, la forma en que desempeña este rol y cómo la cantidad –junto a otros elementos cuantitativos y cualitativos– puede servir como un importante elemento para diferenciar las formas típicas del tráfico (arts. 3º y 4º) de otras conductas atípicas y, por tanto, penalmente irrelevantes.

II. LA REFORMA DE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES POR LA LEY N° 20.000

La Ley N° 20.000 contiene dos tipos penales diferentes que describen, cuantitativamente diferenciados, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Se trata de los siguientes. Su artículo 3º: *“Las penas establecidas en el artículo 1º se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias./ Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas”*. Por su parte, el artículo 4º establece: *“El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o 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, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, 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./ En igual pena incurrirá el 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 entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, 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”*.

A diferencia de lo que ocurría en la derogada Ley N° 19.366, en la que la cantidad de las sustancias traficadas era irrelevante para determinar la tipicidad de las conducta de tráfico (y, por tanto, desde esa perspectiva cuantitativa todas

quedaban, en abstracto, sujetas al mismo régimen penológico³), la nueva Ley N° 20.000 sí recoge la cantidad como elemento típico relevante, es decir, fundante del injusto, de tal forma que una conducta será encuadrable como tráfico del artículo 3° o del artículo 4°, dependiendo fundamental, pero no exclusivamente, de la cantidad de las sustancias traficadas. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia de un tercer grupo de casos para los que la solución es su no-punibilidad por concurrir el elemento negativo del tipo consistente en el autoconsumo⁴.

Estructura típica del tráfico ilícito de estupefacientes en la nueva Ley de drogas.

La nueva Ley de drogas contiene una estructura típica compleja de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. De la sistematización de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.000, pueden reconocerse tres grupos de casos perfectamente diferenciados:

Primer grupo: Tráfico de **cualquier cantidad** de sustancias siempre que no sean pequeñas en el sentido del art. 4°, ya sea en sentido amplio o en sentido estricto⁵ dentro del cual existen dos variantes: i) tráfico de no-pequeñas

³ Bajo la vigencia de la Ley N° 19.366, el tráfico de las sustancias a que se refiere el artículo 1° del DS (Justicia) 565 (las llamadas *drogas duras*) estaba sancionado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio; mientras que para las sustancias a que se refiere el artículo 2° del DS (Justicia) 565 (las “drogas blandas”), se entregaba al tribunal una rebaja facultativa de pena de hasta dos grados. La Ley N° 20.000 mantiene la misma pena para el tráfico de drogas duras (presidio mayor en sus grados mínimo o medio), pero limitó solamente a un grado de pena la rebaja facultativa para el tráfico de drogas blandas. Para determinar el marco penal del tráfico de “drogas blandas” existen dos formas alternativas. La primera, como la que propone MATUS, consiste en la reducción del marco penal original a uno nuevo compuesto por un grado menos (que es el que la ley permite rebajar), contados desde el mínimo del marco penal original, por lo que la pena del tráfico de drogas blandas quedaría reducido a presidio menor en su grado medio (Matus, Jean Pierre. 2000. “Determinación legal de la pena en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes”. En Politoff/Matus (coords.). 2000. Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago: Editorial ConoSur, pp. 415 - 481(455, tomado del ejemplo proporcionado por el autor respecto del delito de cultivo). En este mismo sentido parece inclinarse CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (reimp. de la 2ª. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), II, p. 387. La segunda alternativa consiste en aumentar hacia abajo la cantidad de grados de pena que la ley autoriza a rebajar, pero manteniendo el máximo original establecido respecto de las drogas duras. De esta forma, el marco penal del tráfico de drogas blandas quedaría compuesto por presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio. Personalmente, estimo que, al ser facultativa la rebaja, el marco penal del delito de tráfico de drogas duras es, entre nosotros, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, ya que la norma del inciso segundo del art. 1° de la Ley (donde se contiene la rebaja), es una norma de determinación legal de la pena, por lo que delimita los rangos máximos y mínimos dentro de los que puede moverse el juez al individualizar la pena. Asimismo, porque como la rebaja es facultativa, el tribunal puede o no acogerla, pero el grado máximo original del tráfico se mantiene siempre como una posibilidad legalmente considerada (aunque es esperable que no sea, en cambio, considerada por los tribunales).

⁴ Emplearé la expresión “autoconsumo” para referirme abreviadamente al elemento negativo del tipo consistente en el uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, establecido en la parte final del inciso primero del artículo 4° de la nueva Ley de drogas.

⁵ Hacen esta distinción POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno*.

cantidades de drogas duras; y ii) tráfico de no-pequeñas cantidades de drogas blandas.

Segundo grupo: Tráfico de pequeñas cantidades de sustancias, que reconoce también dos variantes: i) la posesión, el transporte, la guarda o el porte consigo de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes; y ii) la adquisición, la transferencia, el suministro o la facilitación de pequeñas cantidades de dichas sustancias, con el objetivo de que sean consumidas por otras personas (destinación al uso o consumo de terceros); y

Tercer grupo: Posesión, transporte, guarda y porte atípico de sustancias por

Parte especial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 553ss.: El tráfico en sentido amplio consiste en la inducción, la promoción o la facilitación, por cualquier medio, del uso o consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., pp. 553 - 591). El tráfico en sentido estricto, en cambio, consiste en la acción de traficar, es decir, en comerciar con las drogas, aunque la interpretación que a la voz «traficar» le ha dado nuestra jurisprudencia es en muchos casos más amplia [...], basándose en el alcance que se le atribuye a la expresión «a cualquier título», lo que permite incluir en ella actos de donación y excluir la necesidad de acreditar un elemento subjetivo especial, como sería el ánimo de lucro (POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., pp. 592 - 593). Por último, el inciso final del artículo 3º de la Ley Nº 20.000 dispone que: “Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas”. La nueva estructura típica de los delitos de tráfico ilícito de drogas en la Ley Nº 20.000 permiten afirmar que las conductas antes descritas corresponden a *conductas asimiladas* por el legislador a tráfico en sentido estricto. Durante la vigencia del ahora derogado artículo 5º de la Ley Nº 19.366 se discutió doctrinal y jurisprudencialmente si estas mismas conductas correspondían a *hipótesis de tráfico* (Cfr. Fiscal Nacional del Ministerio Público, Instructivo General Nº 16 de 02.11.2000, sobre delitos previstos en la Ley Nº 19.366, su investigación y el ejercicio de la acción penal pública) o a *presunciones de tráfico* (Cfr. POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., pp. 593 - 598), según las cuales conforme está estructurada la figura del tráfico ilícito de drogas, contiene una conducta general establecida en el inciso primero, como es la de “traficar a cualquier título” y a los que “por cualquier medio induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias”; de tal manera, que el inciso segundo contiene simplemente presunciones de tráfico sobre lo que la ley entiende que determinadas conductas lo son, sin perjuicio de establecer a continuación, la forma en que es posible desvirtuar dicha presunción (STJOP Arica (22.11.2004) RUC 0410001975 - 8, Considerando 19º). En la jurisprudencia, las voces están también divididas. Han estimado que se trata de presunciones de tráfico, a modo ejemplar, SsTJOP Arica (10.01.2004) RUC 0300032920 - 6, Considerando 6º; Iquique (04.02.2004) RUC 0300101942 - 1, Considerando 9; Arica (16.02.2004) RUC 0310000290 - 5, Considerando 7º; La Serena (24.02.2004) RUC 0300018531 - K, Considerando 13º; Arica (01.03.2004) RUC 0300088441 - 2, Considerando 5º; Antofagasta (03.11.2004) RUC 0400015265 - 5, Considerando 15º; Punta Arenas (05.11.2004) RUC 0300153678 - 7, Considerando 10º. En cambio, ha declarado que se trata de hipótesis de tráfico la STJOP Punta Arenas (05.11.2004) RUC 0300153678 - 7, Considerando 10º: “El tipo penal del tráfico establece hipótesis claras y precisas que llevan al convencimiento que lo sancionado es el porte de drogas ilícitas (para traficar), salvo que esta tenencia o porte se efectúe como consecuencia de un tratamiento de carácter médico o terapéutico o bien que sea para un consumo personal. Ello emana de los múltiples verbos rectores de la norma: inducir, promover, facilitar, importar, exportar, transportar, adquirir, transferir, sustraer, poseer, suministrar, guardar, portar” (el destacado es original de la sentencia).

estar destinadas al autoconsumo o a la atención de un tratamiento medicamentoso).

Criterios de distinción entre los tipos penales del art. 3º y el art. 4º de la Ley N° 20.000

Esta estructura típica compleja requiere del establecimiento de unos determinados criterios de distinción entre los tres grupos de casos, que permitan la operatividad práctica de la norma.

En términos generales, el criterio de distinción entre el primer y el segundo grupo de casos es de tipo cuantitativo, es decir, atiende a la cantidad de las sustancias traficadas; mientras que la distinción entre el segundo y el tercer grupo es de tipo cualitativo, ya que una misma cantidad de sustancias bien puede ser típica del tráfico del art. 4º o ser atípica por autoconsumo, cuando esa cantidad, aunque pequeña, no pueda ser considerada para el autoconsumo p r ó x i - m o e n e l t i e m p o por su calidad o pureza, o las circunstancias concomitantes sean suficientemente indiciarias por sí mismas de la destinación por el sujeto activo a su tráfico ilícito.

Criterio cualitativo de caracterización típica del tráfico de pequeñas cantidades: La cantidad de las sustancias traficadas.

Aunque existían otras posibilidades disponibles –como lo demuestra la propia historia legislativa de la nueva Ley de Drogas⁶– el legislador ha optado por otorgarle al microtráfico una fisonomía básicamente c u a n t i t a t i v a , basada fundamentalmente en la e s c a s a c a n t i d a d de las sustancias traficadas, adoptando, por tanto, un criterio de delimitación típica de naturaleza principal, pero no excluyentemente, cuantitativa, al configurarse la conducta como la posesión, el transporte, la guarda y el porte de p e q u e ñ a s c a n t i d a d e s de sustancias estupeficientes o sicotrópicas o su adquisición, transferencia, suministro o facilitación a cualquier título con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

A pesar de ese marcado sentido cuantitativo, no debe desconocerse, en todo caso, que el tipo penal de microtráfico incorpora elementos de naturaleza normativa, ya que el legislador ha seleccionado algunas de las conductas a través de las cuales puede verificarse el tráfico (c o n d u c t a s a s i m i l a d a s al tráfico en sentido estricto), descartando otras. De esta forma, dentro de las conductas

⁶ También puede considerarse al microtráfico en sentido normativo, tal como fue aprobado en el Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados. En las primeras etapas de la tramitación parlamentaria del Boletín 2439 - 20 que dio origen a la nueva Ley de Drogas, la descripción típica del microtráfico era esencialmente de tipo normativo, ya que no se estructuraba sobre la base de la cantidad de las sustancias traficadas, sino que en las presunciones o hipótesis de tráfico consistentes en la posesión, el porte o la guarda por parte del sujeto activo del delito. El delito de microtráfico adquirió en forma definitiva su estructura cuantitativa en el Segundo Trámite Constitucional en el Senado (Sobre la evolución del artículo 4º en el trámite parlamentario (véase más abajo el Apéndice).

seleccionadas por el legislador, el tráfico de pequeñas cantidades es encuadrable en el tipo del artículo 4º.

“Pequeñas cantidades” de sustancias sicotrópicas o estupefacientes.

Aunque el criterio de diferenciación entre las conductas típicas de los artículos 3º y 4º de la nueva Ley de Drogas es de naturaleza cuantitativa, el legislador no lo ha determinado, por lo que el elemento “pequeñas cantidades” de sustancias ilícitas queda entregado a la interpretación.

a) *“Pequeña cantidad”*. Elemento normativo del tipo. La “pequeña cantidad” de sustancias ilícitas es un elemento normativo del tipo del artículo 4º, ya que es un término “cuyo sentido sólo es discernible por medio de valoraciones culturales [...] y hasta jurídicas [...], difícilmente reducibles a juicios de verdad o falsedad fáctica”⁷ y “que reclaman una *especial valoración para configurar la tipicidad del hecho*”⁸.

b) *Carácter “relacional” del elemento normativo “pequeña cantidad”*. Además de los problemas de interpretación que por sí mismos representan los elementos normativos, en el caso del elemento “pequeña cantidad” plantea otra complicación adicional: Tiene un carácter esencialmente *relacional*, es decir, no es un término absoluto que se explique a sí mismo, sino que requiere de otro elemento para poder afirmarse su contenido⁹. Así se puede afirmar que la Torre Eiffel es pequeña comparada con las Torres Petrona de Kuala Lumpur, pero no respecto de la Torre Entel. Así, la expresión “pequeña cantidad” no tiene en sí misma un contenido propio, sino que éste y su propia verificabilidad dependen del elemento con el que se quiera o establecer una comparación o que establezca un estándar de la cantidad que debe considerarse *pequeña*. El artículo 4º no hace ni lo uno ni lo otro: Ni establece un elemento de comparación ni un estándar de cantidad. Así las cosas, es preciso indagar sobre la adecuación del tipo del penal del art. 4º de la Ley N° 20.000 a las exigencias de *lex certa* que derivan del principio de legalidad penal, análisis constitucional que excede los límites de este trabajo¹⁰.

⁷ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., p. 186.

⁸ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., p. 186.

⁹ El *Diccionario* pone de manifiesto este carácter relacional del adjetivo: “Pequeña. 2. adj. Dicho de una persona, de un animal o de una cosa: Que tiene poco o menor tamaño que otras de su misma especie”.

¹⁰ El problema que plantea la actual redacción del art. 4º es que pretende de los tribunales la declaración de si una determinada cantidad es o no pequeña, sin que la ley contenga criterios de delimitación. Por esa razón, algunos tribunales han aplicado una serie de criterios, especialmente cualitativos (p. ej., nivel intelectual o socioeconómico del acusado, su *modus operandi*, entre otros), para calificar de pequeña o no pequeña la cantidad imputada al acusado, criterios que la ley no ha tenido como relevantes, por lo que, en principio, recurrir a ellos estaría vedado para los tribunales. El problema se agrava aún más, cuando sobre la base de unos mismos criterios el TJOP y la Corte llegan a conclusiones contrarias, sólo dándole una valoración diferente a dichos criterios, lo que demuestra que esos argumentos que sirven para calificar la cantidad de drogas son relativos y sólo dependen de la voluntad del juzgador. A modo de ejemplo, SCA Rancagua (04.04.2005, sentencia de nulidad): “[...] si Carabineros

c) *El bien jurídico protegido no es una vía interpretativa idónea.* Creo que el recurso a una supuesta menor entidad lesiva de las conductas de microtráfico de la que puedan obtenerse pautas o criterios hermenéuticos para determinar lo que debe entenderse por una “pequeña cantidad” de sustancias ilícitas, no es adecuado para esos fines. En efecto, tal como lo sostengo enseguida [véase más abajo, el § 3, b), ii)], la afectación al bien jurídico “salud pública” que la ley requiere es sólo potencial o abstracta, de modo que la cantidad no determina –normativamente– el nivel de sensibilización del bien jurídico. De esta forma, el fundamento del privilegio penológico que la ley ha establecido para los supues-

de Machalí, es alertado de un posible tráfico ilícito de estupefacientes, razón por la cual proceden a detener un taxi colectivo, en el que encuentran a un sujeto proveniente de Santiago, portando 38 envoltorios con marihuana, unos con marihuana elaborada y otros con marihuana prensada (del tipo paraguaya), 50 papelillos de clorhidrato de cocaína, la suma de \$38.150. - en efectivo, dos teléfonos celulares y un arma de fuego, evidentemente estamos en presencia de un hecho que configura el delito de tráfico de drogas contemplado en el artículo 5 en relación al 1 de la Ley 19.366, y artículo 4 de la actual Ley 20.000” (Considerando 12°). También: “[...] quien porta y traslada desde una ciudad a otra distante a más de 60 kilómetros, 88 envoltorios y papelillos, que contienen tres tipos diferentes de drogas, en horas de la madrugada, en un taxi, portando además, dos celulares y un arma de fuego, malamente puede estimarse como un micro traficante, o sea como alguien que comercializa cantidades de poca importancia, o insignificante. Las conductas desplegadas, el dirigirse de una ciudad a otra portando tal cantidad y diversidad de droga, permite concluir racionalmente, que se trata de un hecho con importancia, y si a ello se suma que transita de madrugada, con dos medios de comunicación telefónica, y armado, queda claro que se está ante actos que han puesto en riesgo el bien jurídico de la salud pública, y que constituyen el delito de tráfico de drogas, y no el llamado delito de micro tráfico. (Considerando 13°). La Corte anuló la sentencia porque estimó que el TJOP de Rancagua había hecho una errónea aplicación del derecho (art. 373 b) CPP), al condenar por el delito del art. 4°, declarando que: “No por ser detenido [el acusado] a bordo de un vehículo, ajeno y con un taxista que le cobró \$1.000. - por transportarlo al sitio que le indicó, le da cierto aire de sofisticación para calificarlo de “traficante” [...]”; y “[...] Que el micro - traficante sólo vende tres o cinco papelillos –el fiscal habló de vender y no de portar– y que recibe poco lucro de ello, este Tribunal Oral no puede creer que tal cantidad determine que una persona vende al menudeo y una cantidad mayor a ella no lo sea, no es cuestión del número de papelillos que porta, sino de la cantidad de droga que éstos signifiquen. Tampoco puede creer que \$38.150 sea el fruto de un pingüe negocio para calificarlo como traficante, no se trata de una gran suma. El señor fiscal “[...] caracterizó al micro - traficante como aquel que vende un solo tipo de droga, ¿en qué estudio se basó para ello?, ¿quién más sostiene lo mismo?, ¿la experiencia en el antiguo sistema procesal penal la avala? Este Tribunal no compartió su definición, no hubo antecedentes que permitieran darla por cierta y la nueva ley no lo señala como requisito. Que viniera armado desde Santiago, con dos teléfonos celulares y \$38.120, no le otorga una categoría superior al de un micro - traficante. El que posea un arma para este tipo de delincuente no es nada especial y connotado, basta saber lo fácil que resulta para estos sujetos adquirir una arma de fuego, cada día se conoce de ello, requiere defenderse y ello no es exclusivo de los grandes traficantes, además, la pudo poseer como elemento disuasivo contra la policía uniformada, felizmente no ocurrió así, pero ello no le da un *plus* para elevarlo de categoría. Que viniera de Santiago a Machalí, nada significó para mejorar su condición de traficante al menudeo, quizá ya en Santiago no puede competir contra las grandes mafias de traficantes, él sólo es un micro - traficante que buscaba mejorar su suerte e ingresos. (STJOP Rancagua (02.03.2005) RUC 0400237773 - 5, Considerando 6°).

tos de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias ilícitas sólo debe buscarse en la necesidad político criminal de tender a la eficacia de la propia norma.

Pero una cantidad de droga no puede ser considerada, en el sentido de la ley penal, como pequeña o no-pequeña por una mayor o menor afectación del bien jurídico, ya que todas las conductas, en principio, tienen la misma potencial aptitud lesiva.

d) *Desarrollo jurisprudencial*. Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.000, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 3° y 4° de dicha Ley.

i) Tráfico de pequeñas cantidad en sentido cualitativo. Una primera línea argumental que se ha manifestado en la jurisprudencia está representada por la interpretación no exclusivamente cuantitativa del tráfico ilícito de pequeñas sustancias, sino que se ha tenido a considerar las circunstancias concomitantes tanto del caso como las del propio condenado, evitando pronunciarse sobre si la cantidad de droga por la que se había acusado era o no pequeña¹¹.

En efecto, según esta primera línea argumental, el elemento de la pequeña cantidad de sustancias estupefacientes debe ser analizado no en sentido cuantitativo, sino que en relación a las circunstancias que rodean el caso, de forma que éstas permitan concluir que se está en presencia de un traficante o de un microtraficante.

Por ejemplo, el TJOP de Rancagua condenó a una persona como autor del delito de tráfico del art. 4° (tráfico de pequeñas cantidades) por el porte de 30,7 gramos de clorhidrato de cocaína con una pureza de 30% y 38 papelillos de *cannabis sativa*, aunque la acusación del Ministerio Público se había formulado por el delito de tráfico ilícito de drogas del art. 5° de la Ley N° 19.366 (art. 3° Ley N° 20.000). Para llegar a esta conclusión condenatoria, el TJOP, recalificando la conducta, declaró que: “[...] el propósito del [legislador] fue que el juez, en cada caso en particular, y apreciando todas las circunstancias que se desarrollen en el juicio, pudiera dilucidar, si la situación del justiciable corresponde a la de un micro-traficante y si se decidiera a dar una cantidad muchas veces ésta no es del todo importante, pues se deben considerar otras situaciones aledañas a la posesión de la droga, sin desmerecer la importancia de la cantidad del estupefaciente y la convicción que tengan los juzgadores al respecto. Como el legislador no exigió varias condiciones para establecer cuándo se estaba ante un tráfico ilícito al menudeo, sino que hizo exigible una: que la persona comercie ilegalmente con pequeñas cantidades de drogas, o sea, exige un elemento cuántico, a ella debe estarse, en principio, porque entendió que esa circunstancia la esclarecería el criterio del juez o, mejor dicho, de tres jueces”¹².

¹¹ STJOP Rancagua (02.03.2005) RUC 0400237773 - 5, Considerando 6°: “[...] este Tribunal ha sido cuidadoso en no entregar una cifra de cantidad de droga para entender que se está ante un ‘microtráfico’, y qué carácter(es) debe reunir una persona para ser calificado como un traficante menor, del porqué no lo hace, cabe señalar que si el legislador no se arriesgó a hacerlo, este ente jurisdiccional tampoco lo hará. [...]”.

¹² STJOP Rancagua (02.03.2005) RUC 0400237773 - 5, Considerando 6°.

El mismo criterio fue seguido por el TJOP de Puerto Montt cuando consideró que el porte de 78,29 gramos de clorhidrato de cocaína con una pureza de 49 a 71% era constitutivo del delito de tráfico de pequeñas cantidades del art. 4º de la Ley N° 20.000. Para arribar a esta conclusión, el TJOP declaró que: La cantidad neta de droga incautada es de 78,29 gramos de peso, su pureza fluctúa [...] entre 49 a 71 %, el acusado es una persona que según el informe de la psicóloga P.P., pertenece a una familia de bajo nivel socioeconómico y tiene una personalidad sin muchos recursos cognitivos lo que no le permite manejar grandes empresas, por su estructura de personalidad no piensa demasiado, no planifica, es impulsivo. Ese perfil no corresponde a un traficante mayor. Es una persona que viaja en bus portando la droga, llevando parte de ella en su vestimenta. Todos estos antecedentes llevan a concluir que se trata de un microtraficante¹³.

Más lejos ha llegado el TJOP de Ovalle que declaró que 237,86 gramos de cocaína base, distribuidos en treinta y una bolsas de nylon transparentes contenedoras de 230,57 gramos de cocaína base, de una pureza del 40% y un envoltorio de papel de regalo contenedor de 7,29 gramos de cocaína base, con una pureza del 57%, constituía una pequeña cantidad de sustancias ilícitas, condenando por el delito de tráfico del art. 4º:

A juicio de estos sentenciadores, la cantidad de droga es pequeña, puesto que no sólo el peso de la misma es reducido (237.86 gramos de cocaína base), con una valoración o pureza baja (de 40% y 57%, lo que indica que ya ha sido degradada en variadas ocasiones), sino que además, por las circunstancias particulares del caso sublite, tales como el medio de transporte que se emplearía para llegar al lugar de destino (*“bus interprovincial “Pullman Bus”*), lugar donde escondía la droga (*“al interior de una mochila, cubierto por un chaleco”*); sumado al hecho que el propio acusado admite ser consumidor, lo que el fiscal reconoce al modificar su acusación respecto de la marihuana; datos que revelan inequívocamente que se está frente a un *“microtraficante”*, esto es, una persona que se dedica al transporte y suministro de pequeñas cantidades de droga, que es lo que pretende sancionar la presente ley¹⁴.

ii) Tráfico de pequeñas cantidad en sentido cuantitativo. En sentido contrario, una segunda línea argumental le ha dado al delito del art. 4º un sentido cuantitativo, declarando si las cantidades de sustancias traficadas son o no pequeñas.

¹³ STJOP Puerto Montt (12.02.2005) RUC 0400187633 - 9, Considerando 12º. Esta sentencia fue recurrida de nulidad por el Ministerio Público porque estimó que el Tribunal había hecho una errónea aplicación del art. 4º de la Ley N° 20.000, al considerar dicha cantidad como una “pequeña cantidad” en el sentido de esa norma legal (causal prevista en el art. 373 b) del Cpp). La CA Puerto Montt rechazó el recurso argumentando que la aplicación retroactiva del art. 4º (el delito consumó antes de la promulgación de la Ley N° 20.000) se ajustaba a lo que disponen los arts. 19.3 CPR. y 18 CP., pero omitió pronunciarse sobre la alegación formulada por el Ministerio Público (Cfr. SCA Puerto Montt (28.03.2004) RUC 0400187633 - 9, Rol 74 - 2005).

¹⁴ STJOP Ovalle (02.03.2005) RUC 0400236485 - 4, Considerando 8º; Pena impuesta: Cinco años de presidio menor en su grado máximo, es decir, se aplicó el máximo de la pena para el delito del art. 4º.

Así, el TJOP de Los Ángeles ha aplicado las disposiciones del artículo 4° de la Ley 20.000, porque considera que los hechos materia de la acusación constituyen el porte de pequeñas cantidades de droga (2,5 gramos de cocaína y 179 gramos de marihuana), circunstancia que encuadra en el nuevo tipo penal previsto en el referido artículo 4° de esta nueva Ley N° 20.000 “[...] que mantiene el carácter punible del hecho por el cual se ha acusado a B.M., pero le impone un tratamiento más favorable y que le otorga un positivo beneficio, al poder estimarse que la cantidad de droga portada por el encartado al momento de su detención eran “pequeñas cantidades”¹⁵.

Entrando a calificar si una determinada cantidad de droga es o no pequeña, se han pronunciado el TJOP de Antofagasta¹⁶, Valparaíso¹⁷ y Ovalle¹⁸.

¹⁵ STJOP Los Ángeles (07.03.2005) RUC 0400233903 - 5, Considerando 10°.

¹⁶ STJOP Antofagasta (20.07.2004, SR: 05.03.2005) RUC 0300157739 - 4, Considerando 5°, rechazando la solicitud de sentencia de reemplazo (originalmente se había condenado por el delito previsto en el art. 5° de la Ley N° 19.366, solicitándose por la defensa el reemplazo de dicha sentencia después de la promulgación de la Ley N° 20.000, pretendiéndose que se calificara la conducta original como tráfico de pequeñas cantidades): “[...] acreditado que en su poder [del acusado] se encontraron 88 papellitos, conteniendo 10,4 gramos de pasta base de cocaína de un 82 % de pureza, menos puede decirse que se trate de una pequeña cantidad. Por lo pronto porque la pureza de la droga, informa, o bien la posibilidad de acrecentarla mediante la utilización de diversos aditivos y con ello aumentar la cantidad a transferir, o en caso de que ello no ocurra, un mayor grado de toxicidad de la misma. Además, porque su forma de distribución en 88 papellitos da cuenta de la posibilidad de distribuirla a otros tantos consumidores con el consiguiente riesgo de la difusión masiva de estas sustancias y la generalización de su consumo”.

¹⁷ STJOP Valparaíso (31.12.2004, SR: 10.03.2005) RUC 0400228372 - 2, Considerando 9°, rechazando la solicitud de sentencia de reemplazo fundado en la recalificación de la conducta al delito del art. 4° de la Ley N° 20.000: “[Los] sentenciadores estiman que dada la cantidad de droga dura incautada, esto es, 57,48 gramos brutos de clorhidrato de cocaína y 1,81 gramos brutos de *cannabis sativa*, no puede estimarse que, en el caso puntual que nos ocupa, se trate o esté en presencia de ‘unas pequeñas cantidades’ a que se refiere el artículo 4° de la nueva Ley de drogas, la N° 20.000, para lo cual ha de estarse no sólo a la cantidad o gramaje de la droga en cuestión, sino también a su naturaleza, esto es, a su capacidad de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, como también a su pureza y dosificación de la misma, por constituir ésta la forma normal de su tráfico, transferencia o traspaso a terceros. En tal mérito, es que estos sentenciadores consideran que dado que la cantidad de clorhidrato de cocaína permite su dosificación en más de 100 dosis de la misma, atendiendo a que normalmente, según se ha indicado en estrados, cada dosis es de aproximadamente unos 300 miligramos, o dicho en otras palabras, cada gramo de sustancia prohibida, es suficiente para preparar o dosificar tres porciones del alucinógeno en cuestión, lo incautado alcanzaría suficientemente para su facilitación a terceros a cualquier título en más de cien veces u oportunidades. Se une al razonamiento anterior, lo que además nos indica la lógica, esto es, que más de cien posologías de droga como las que pudieren alcanzarse con lo incautado, afectarían la salud de muchos ciudadanos que las podrían haber adquirido para su consumo, por ello el bien jurídico de la salud pública que se ampara se vería afectado de mayor manera en esta situación, al contrario de lo que pudiera estimarse tratándose de una cantidad menor que alcanzara para preparar menores dosis de la misma, situación que seguramente el legislador tuvo en cuenta al castigar con menor pena a traficantes de pequeñas cantidades, que se estima por estos sentenciadores no es el caso en comento y sometido a su decisión, por lo que se ha razonado”.

e) *Toma de posición.*

i) Inexistencia de un estándar cuantitativo. A excepción del Poder Legislativo, no existe ningún órgano constitucionalmente habilitado para determinar el

¹⁸ STJOP Ovalle (07.09.2002, SR: 28.02.2005), RUC 0100044497 - 5, Considerando 8º: “[...] los hechos que fueron materia de la acusación del Ministerio Público, establecidos en la sentencia cuya modificación se solicita, extractados en el acápite 4 de esta resolución, encuadran en la figura de tráfico castigada en el artículo 4 de la Ley N° 20.000, que sanciona al que posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o las transfiera, suministre o facilite, a cualquier título, con el objeto de que sean consumidas o usadas por otro. En efecto, atendida la cantidad (27.28 gramos) y la pureza (12 y 13 %) del clorhidrato de cocaína que el sentenciado portaba consigo y que transfirió a un tercero, su conducta queda abarcada por la figura típica de la disposición legal precitada, dándose lugar a la solicitud de recalificación de la conducta. También STJOP de Ovalle (26.10.2002, SR: 23.03.2005) RUC 0100042354 - 4, Considerando 7º: “[...] los hechos materia de la acusación del Ministerio Público [la acusada H.C. vendió en su domicilio a un tercero mediante una compra simulada, la cantidad de 5,5 gramos de clorhidrato de cocaína y que en el mismo lugar se hallaron 5,70 gramos y 25,83 gramos de la misma sustancia; como asimismo que el acusado U.A. transfirió de igual manera a un tercero la cantidad de 4,91 gramos de la misma sustancia], [...] encuadran en la figura de tráfico castigada en el artículo 4º de la Ley N° 20.000, que sanciona al que posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o las transfiera, suministre o facilite, a cualquier título, con el objeto de que sean consumidas o usadas por otro. En efecto, atendida la cantidades de clorhidrato de cocaína que los sentenciados transfirieron a un tercero y poseía en su domicilio, ya explicitadas precedentemente, sus conductas quedan abarcadas por la figura típica de la disposición legal precitada [...]”. En idéntico sentido, SsTJOP Ovalle (10.01.2004, SR: 23.03.2005) RUC 0300053296 - 6, Considerando 7º, respecto de la conducta en la cual el acusado, en su domicilio, vendió a un tercero la cantidad de 0,44 gramos de clorhidrato de cocaína con una pureza de 23%, encontrándose, además, en el mismo inmueble, la cantidad de 30,35 gramos de la misma sustancia, distribuidos en diez papelillos con un peso de 10,45 gramos, con una pureza de 16% y la cantidad de 19,90 gramos envueltos en un papel, con una pureza de 11%; todo lo que hace una cantidad total de 50,69 gramos; Iquique (24.06.2004, SR: 09.03.2005) RUC 0300141731 - 1, Considerando 8º, respecto de 10,58 gramos netos de cocaína base con una pureza de 75%. En forma implícita, SCA La Serena (30.03.2005, sentencia de nulidad), RUC 0410002693 - 2, se invalida sentencia condenatoria por delito de tráfico ilícito del art. 5º de la Ley N° 19.366, y se condena por el delito del art. 4º de la Ley N° 20.000, respecto de 65,37 gramos de marihuana y 3,77 gramos de clorhidrato de cocaína. En cambio, en la STJOP Iquique (01.12.2004, SR: 14.03.2005); Considerando 8º, rechazó la solicitud de la defensa de dictar sentencia de reemplazo, manteniendo la calificación original de tráfico ilícito del art. 5º de la Ley N° 19.366: “[De] los hechos por los cuales fue juzgado y sentenciado F.G., aparece de ellos que fue sorprendido por personal de Gendarmería de la cárcel de esta ciudad en los momentos que el referido interno portaba ocultos en una bolsa, doce contenedores con 42,8 gramos netos de pasta base de cocaína. Esta cantidad, si bien, puede parecer exigua en comparación con los cuantiosos cargamentos de estupefaciente que logran incautarse en esta provincia, en sí misma no es menor, si se considera el gran número de dosis que de ella pueden obtenerse, esto es, entre 350 y 430 a razón de 0,1 y 0,2 gramos por dosis, conforme aquí han afirmado los expertos. De este modo, en base a esta misma operación solo es dable concluir que acá no se está frente a una pequeña transacción ilícita de estupefacientes. En este sentido, es de singular relevancia consignar que la dimensión de este comercio ilícito no

contenido del elemento del tipo de tráfico del artículo 4^o¹⁹ consistente en la “pequeña cantidad” de sustancias traficadas con efectos generales a través de una fuente formal del Derecho, en virtud de la cual los Tribunales estén llamados a resolver los procesos de que conocen. Por el contrario, los Tribunales tienen, en esta materia, unas posibilidades bastante amplias de interpretación de dicho elemento típico, sólo limitadas por la prueba que se rinda en cada proceso y por las reglas de valoración de dicha prueba, contenidas en el artículo 297 del Código Procesal Penal²⁰. De esta forma, es imposible (y por lo demás, inocuo) pretender señalar un estándar cuantitativo que opere como delimitador de lo que es una pequeña cantidad frente a lo que no lo es.

ii) Pequeña cantidad - cantidad destinable al autoconsumo. En ausencia de un estándar cuantitativo, el término “pequeña” que emplea la ley no es lingüísticamente sinónimo de las palabras “mínima”²¹ o “escasa”; ni menos como

puede ser ponderado en abstracto, superponiendo la cantidad actualmente analizada al supuesto y eventual consumo nacional *per cápita*, como pretende la defensa, sino que considerando, en concreto, el mercado local y actualmente existente, al cual éste dirigía sus operaciones, en este caso un centro penitenciario que como tal es un mercado cautivo para aquel que logra introducir el estupefaciente al penal, de tal manera que en tal, sentido, el hecho que la droga se esté introduciendo a un recinto carcelario y no transando en un lugar diferente, cobra capital importancia para desechar que en este caso, se esté frente al concepto “pequeñas cantidades”. En estas condiciones, los sentenciadores concluyen que los hechos por los cuales fue sentenciada en su oportunidad se alejan del tipo previsto en el artículo 4^o de la Ley 20.000, de manera que no procede imponerle una sanción con arreglo a dicha norma.

¹⁹ En este sentido, acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de 19.07.2002, rol 1419/2002: “Producido el debate acerca de los alcances que tienen los pronunciamientos de esta Corte en los autos que contempla el artículo 376 inciso 3^o del citado cuerpo legal, se acordó que no corresponde dar instrucciones ni adoptar decisiones respecto de aquellos juzgados, en cuanto a los criterios para decidir las aludidas cuestiones, en atención a que conforme al artículo 3 del Código Civil, sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente imperativo, y las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren; y este precepto –de carácter general– no se encuentra modificado ni derogado por disposición alguna del Código Procesal Penal. Por lo demás, el referido principio representa una garantía de la independencia de los jueces, que es elemento fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un Tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior”. En idéntico sentido, acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de 19.07.2002, adoptado en causa rol 1419/2002.

²⁰ Sobre las reglas de valoración del artículo 297 del Código Procesal Penal, ver FALCÓN CARTES, Paula, *Comentario Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, dictada con fecha 11 de septiembre de 2004, conociendo recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público*, en Ministerio Público. Fiscalía Nacional. Unidad Especializada de Tráfico de Drogas, *Boletín trimestral*, N° 3 (julio - septiembre 2004), pp. 83 - 113.

²¹ Según el Diccionario: “mínima” es el superlativo de “pequeña” por lo que una cantidad mínima es menor que una cantidad pequeña y significa “2. adj. Tan pequeño en su especie, que no lo hay menor ni igual // 4. m. Límite inferior, o extremo a que se puede reducir algo”. Por su lado, la palabra “escasa” significa “1. adj. Corto, poco, limitado [...] // 2. adj. Falto, no cabal ni entero”.

equivalente a la cantidad que pueda ser consumida por una persona en un período próximo, es decir, destinable al autoconsumo.

De una lectura atenta de la redacción del artículo 4º de la nueva Ley de Drogas no puede deducirse que el legislador haya empleado la expresión “pequeña cantidad” como equivalente de la cantidad que puede ser considerada como destinada al autoconsumo.

De esta forma, entre el límite inferior constituida por la cantidad que racionalmente puede ser considerada como destinada al autoconsumo y el límite superior de pequeña cantidad que marca la diferencia con el tráfico del artículo 3º, existe un espacio en el que caben supuestos de hecho que por la cantidad de las sustancias traficadas no puedan ser consideradas destinadas al autoconsumo, pero sigan siendo una *pequeña* cantidad de droga para efectos de calificar la conducta como típica del tráfico del artículo 4º.

Así, bien podría decirse que la cantidad, que de acuerdo al artículo 4º de la Ley de drogas puede ser considerada como destinada al autoconsumo, es una *cantidad escasa o mínima*, ya que ella es el extremo inferior a que se puede reducir una sustancia preordenable al autoconsumo con el efecto desplazante de la tipicidad; mientras que una “cantidad pequeña” es cuantitativamente mayor que una “cantidad mínima”, existiendo un límite superior hasta donde dicha cantidad puede ser considerada “pequeña”, labor que deben ejercer los tribunales en cada caso concreto y que no puede ser fijada *a priori* con pretensión de aplicación general.

iii) Efecto práctico de la inexistencia de un criterio para definir una “pequeña cantidad”. La imposibilidad de proporcionar un estándar cuantitativo tiene, en todo caso, una importante consecuencia práctica: Los casos en que exista duda sobre si una cantidad puede o no ser considerada pequeña en el sentido del art. 4º, deben resolverse siempre a favor del acusado y, por tanto, el encuadramiento de esos casos dudosos en el delito del art. 4º (que tiene una pena sensiblemente menor que el del art. 3º) aparece como la solución jurídicamente indicada.

De esta forma, aunque el tipo del art. 3º (tráfico) es el tipo penal base y que el del art. 4º es un tipo privilegiado, por aplicación del principio *in dubio pro reo*, el tráfico ilícito de pequeñas cantidades pasa a ser, de hecho, el tipo base, ya que en él deben encuadrarse no sólo aquellos casos en los que el tribunal llega a la convicción de que se trata de una pequeña cantidad, sino que también aquellos casos dudosos.

f) *Derecho comparado*. En el Derecho comparado, representa interés el modelo español en el que se establece una causal agravante para el tipo básico de tráfico ilícito, calificación para los casos en que la cantidad de las sustancias traficadas fuere de “notoria importancia” (artículo 369.3ª, Código penal español)²².

²² El tenor literal del artículo 369 es: “*Se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior [que contiene el tipo básico de tráfico] y multa del tanto al cuádruple cuando: 3º. Fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefácientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior*”.

El contenido de la agravante se ha determinado jurisprudencialmente²³ en asuntos contenciosos o por el Tribunal Supremo en virtud de la facultad que le concede el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁴, determinó estándares cuantitativos de lo que debe entenderse por notoria cantidad.

El modelo francés, en cambio, no contiene agravaciones en virtud de la cantidad de sustancias traficadas, sino que la pena se aumenta cuando los delitos de tráfico sean cometidos en banda organizada²⁵.

El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del artículo 4º.

Aunque en la tramitación parlamentaria se insistió en la necesidad de establecer un tipo penal para el microtráfico, creo que la denominación no es del todo acertada, ya que induce a interpretar restrictivamente el tipo del artículo 4º, reduciendo el conjunto de supuestos de hecho que pueden ser subsumidos en dicha descripción típica, tal como se analizará más abajo, en el § 6, b). La ley no emplea la expresión “microtráfico” para referirse al delito contenido en el artículo 4º, de forma que no existe argumento legal para interpretar la expresión “pequeña” de dicha norma en el sentido de “mínima” o “escasa”, ni menos, para establecer una relación de equivalencia entre una pequeña cantidad (elemento especializante del artículo 4º en relación al tipo del artículo 3º) y la cantidad que es razonable considerar delimitada dentro del autoconsumo.

²³ Al respecto, ver ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas*, en *Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología* [en línea], 1999 [citado el 20.12.2004], disponible en Internet: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01 - 04.html.

²⁴ Ver acuerdo del Pleno de la Segunda Sala del Tribunal Supremo español, adoptado el 19.10.2001 que fija las cantidades que hacen concurrente la agravante de notoria importancia. Algunas de dichas cantidades se adjuntan en el cuadro siguiente:

Sustancia	Cantidad de notoria importancia	Sustancia	Cantidad de notoria importancia
Opiáceos y sustancias farmacológicamente relacionadas		Derivados de cocaína:	
Heroína	300 grs.	Clorhidrato de cocaína	750 grs.
Morfina	1000 grs.	Derivados de cannabis:	
Metadona	120 grs.	- marihuana	10 kg.
Buprenorfina	1'2 grs.	- hachís	2'5 kg.
Dextropropoxifeno	300 grs.	- aceite de hachis	300 gr.
Pentazocina	180 gras.	L.s.d. (dietilamina del ácido lisérgico)	300 mg.
		Fenetilaminas de anillo sustituido (drogas de síntesis)	
Fentanilo	50 mg.	Mda	240 grs.
Dihidrocodeína	180 grs.	Mdma	240 grs.
Levoacetil - metadol	90 grs.	mdea	240 grs.
Petidina	150 grs.		
Tramadol	200 grs.		

²⁵ Cfr. art. 222 - 35, Código penal francés.

En el presente trabajo seguiré la siguiente resistemización del texto del artículo 4º de la nueva Ley de Drogas:

Dice el artículo 4: “Microtráfico. 1. *Serán sancionados con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa, los que: a) sin la competente autorización posean, transporten, guarden o porten consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, 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; y b) sin la competente autorización adquieran, transfieran, suministren o faciliten a cualquier título pequeñas cantidades de dichas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.* 2. *No cometen el delito descrito en el apartado 1(a) de este artículo los que justifiquen que las sustancias o materias primas que posean, transporten, guarden o porten consigo: a) están destinadas a la atención de un tratamiento médico; o b) están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.* 3. *Se entenderá que concurre la circunstancia a que se refiere el apartado 2 (b) de este artículo, cuando dicho uso o consumo sea: a) exclusivamente personal; y b) próximo en el tiempo.* 4. *Para la prueba de la concurrencia de la circunstancia a que se refiere el apartado 2 (b) de este artículo, se tomará especialmente en cuenta: a) la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada en términos que permita racionalmente suponer que está destinada al uso propio o autoconsumo próximos en el tiempo; y b) las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte que no sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.*

Tipicidad del delito de tráfico del artículo 4º de la nueva Ley de Drogas.

A diferencia del delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 5º de la Ley N° 19.366²⁶, la nueva Ley de Drogas sí hace relevante la cantidad de sustancias traficadas para la fundamentación positiva del injusto.

²⁶ El artículo 5º de la Ley 19.366 sancionaba con penas privativas de libertad el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública. Desde el punto de vista de la configuración (positiva) del tipo penal de tráfico de sustancias sicotrópicas, la *cantidad* de las sustancias traficadas era, en principio, irrelevante, en la medida que podían ser subsumidas en dicho delito cualesquiera conductas de tráfico, independiente de la cantidad de sustancias traficadas. Sólo aparece como relevante la capacidad o incapacidad de las sustancias de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud porque en virtud de ella se autorizan a una rebaja penológica de hasta dos grados de pena, establecida en el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 19.366 para las llamadas “drogas blandas” (Lo que me permite afirmar, junto a JOSHI que la salud individual es también un bien jurídico protegido por la ley de drogas en forma mediata [Cfr. JOSHI JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas*, I. *Un estudio analítico del art. 368 CP* (Barcelona, Bosch, 1998), p. 45]. No obstante lo anterior, en términos de la disminución o eliminación del injusto en el tráfico ilícito de drogas, en la Ley N° 19.366 la irrelevancia inicial de la cantidad de las sustancias traficadas debía ser matizada por dos órdenes de consideraciones: a) la primera, de tipo *normativo*, según la cual la cantidad traficada es un elemento relevante al que el legislador le ha atribuido la aptitud de restarle fundamento al injusto, ya que la escasa cantidad traficada puede operar como un indicio de la existencia de la *destinación de la droga por el agente al*

Según el artículo 4º de la nueva Ley de Drogas, son típicas de tráfico las conductas que consisten en la “*posesión*”, el “*transporte*”, la “*guarda*” y el “*porte de pequeñas cantidades*” de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que tengan o no la aptitud de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública (drogas duras y blandas, respectivamente), salvo que dichas pequeñas cantidades estén destinadas por el sujeto activo a su autoconsumo o a la atención de un tratamiento medicamentoso.

Asimismo, son también conductas típicas de este mismo delito la “*adquisición*”, “*transferencia*”, “*suministro*” o “*facilitación*” a cualquier título de “*pequeñas cantidades*” de dichas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Como se ve, el legislador ha seleccionado una forma de comisión del tráfico en sentido amplio (la “*facilitación*”) y sólo algunas de las hipótesis o presunciones de tráfico (“*posesión, transporte, guarda, porte, adquisición, transferencia, suministro*”) de las disponibles en el inciso segundo del nuevo artículo 3º, similar al inciso segundo del art. 5º de la Ley 19.366.

La sanción por el art. 4º de la Ley N° 20.000 del tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas adopta dos variantes típicas: a)

autoconsumo configurándose el elemento negativo del tipo consistente en el uso personal exclusivo y próximo en el tiempo (En el sentido de elemento negativo del tipo, MATUS, Jean Pierre, *Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes*, en POLITOFF - MATUS (coords.), *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial ConoSur, 1999), pp. 87 - 264 (144 ss.); y b) la segunda, de tipo fenomenológico, ya que parece apreciarse en la jurisprudencia la tendencia a otorgarle a estas cuestiones cuantitativas efectos penales diversos, según sea la mayor o menor cantidad de las sustancias traficadas, junto a otros elementos, también en principio irrelevantes, como la pureza de la droga. En suma, en el sistema de la Ley N° 19.366, al no establecerse agravaciones ni privilegios penológicos fundados en la cantidad de las sustancias ilícitamente traficadas, ésta no es un elemento fundante de un mayor o menor injusto, por lo que la encuadrabilidad típica de las conductas de tráfico es independiente de la cantidad de sustancias traficadas. En este sentido, el tráfico de un gramo o de mil gramos de una determinada sustancia ilícita tenía asignado por la ley un idéntico marco penal y, aunque las reglas legales de individualización judicial de la pena entregan al Tribunal un margen que les permite adecuar la regla general al caso particular, el límite inferior del marco penal abstracto parece ser, de todas formas, elevado: presidio mayor en su grado mínimo. No obstante lo anterior, aunque el legislador no incluyó la cantidad como un elemento del tipo, sí le entregó relevancia como elemento que, en determinados casos, le resta fundamento al injusto. Aunque la Ley N° 19.366 no contuvo un concepto de microtráfico ni utilizó la expresión, ello no ha sido obstáculo para que haya sido empleado en la jurisprudencia o en los procesos como argumento de defensa (Ver en este sentido, STJOP Iquique (20.05.2004) RUC 0300062661 - 8; Iquique (28.04.2004) RUC 0300090851 - 6; Iquique (16.01.2004) RUC 0300023725 - 5; y Antofagasta (08.01.2003) RUC 0200039339 - 0. En forma expresa, STJOP Valparaíso (30.09.2004): “[...] no implica una exculpación del ilícito que se le atribuye al acusado la cantidad neta de la droga o su pureza, circunstancias que a juicio de este Tribunal, no logran alzarse como dudas y menos aún razonables, de la conducta de tráfico del acusado, lo que sólo ameritaría calificarlo de microtraficante, actividad asimismo constitutiva del delito de [tráfico ilícito de drogas] y que lesiona el bien jurídico de la salud pública [...]” (Considerando 9º).

Primera variante típica: El “delito de tráfico de pequeñas cantidades propiamente tal” (en el sentido de hacer circular); y b) Segunda variante típica: El “delito de tráfico de pequeñas cantidades por conductas asimiladas al tráfico propiamente tal” (en el sentido de “circulación”).

Independiente de los problemas de interpretación del elemento del tipo “*pequeñas cantidades*”, es oportuno comenzar estudiando estas dos variantes típicas.

a) *El tráfico de pequeñas cantidades de drogas propiamente tal (art. 4º inciso segundo de la Ley N° 20.000)*. El inciso segundo del art. 4º sanciona un conjunto de conductas como tráfico de sustancias ilícitas en sentido propio, aunque de pequeñas cantidades. En efecto, tanto la adquisición, la transferencia, el suministro o la facilitación a cualquier título de sustancias ilícitas llevan implícita la idea de *c i r c u l a c i ó n*, coincidente con el sentido gramatical de la expresión “tráfico”, que según el DRAE, significa movimiento o tránsito de mercancías por cualquier otro medio de transporte.

Como si las complicaciones de la nueva estructura de los delitos de tráfico fuera poca, el legislador decidió incorporarle a esta variante del tráfico un elemento subjetivo del tipo, consistente en el objetivo del sujeto activo de que las sustancias adquiridas, transferidas, suministradas o facilitadas *s e a n c o n s u m i d a s o u s a d a s p o r o t r o*. De esta forma, esta variante del delito de tráfico del art. 4º es un delito de resultado cortado o imperfecto en dos actos²⁷.

Sin considerar las mayores exigencias de prueba que para los fiscales implica la presencia de este elemento subjetivo, se plantea el interrogante sobre la tipicidad de la conducta en el caso de ausencia de dicho ingrediente en la conducta del agente. En otras palabras, el que transfiere o suministra pequeñas cantidades de drogas sin el objetivo de que sean consumidas o usadas por otros (por ejemplo, quien entrega a otro drogas para que las destruya), ejecuta una conducta que no es típica del art. 4º por faltar el elemento subjetivo, pero ¿sigue siendo esa conducta típica de alguna de los otros delitos de la Ley N° 20.000? Aquí son, al menos, dos las posibles soluciones:

i) La conducta es subsumible en la otra variante del art. 4º: Si todos los casos anteriores siguen siendo típicos del delito de tráfico del art. 4º por quedar comprendida la conducta en alguno de los verbos de la segunda variante del delito que se analiza a continuación, esta primera variante sería completamente superflua y su inclusión no se justificaba. Es muy probable que esto ocurra porque la adquisición, la transferencia, el suministro o la facilitación de sustancias ilícitas suponen que probablemente esa misma persona haya poseído, transportado, guardado o portado la droga, todas estas hipótesis de la segunda variante del delito previsto en el art. 4º.

ii) En cambio, si se concluye que no todos los casos de adquisición, transferencia, suministro o facilitación sin el objetivo de que las drogas sean usadas o consumidas por otro son reconducibles a la segunda variante típica del delito del

²⁷ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 194.

art. 4º, el análisis de la tipicidad de la conducta se reconduce necesariamente al delito de tráfico del art. 3º, en la medida que se concluya que éste es el delito de base y que el tipo del art. 4º es un tipo penal privilegiado de aquél. Esta solución que sería coherente desde la sistemática de los delitos, no lo es, sin embargo, desde la perspectiva de los fundamentos de la incriminación ni de la penalidad, ya que la ausencia de un elemento subjetivo, cofundante del injusto del tipo privilegiado, no puede producir como consecuencia la tipicidad de un tipo penal agravado y porque, además, aparece como desproporcionado sancionar como tráfico del art. 3º una conducta que no es típica del art. 4º por faltarle el elemento subjetivo. En un esquema inverso de relación sistemática, sería razonable que la conducta, que proviene de un tipo base con mayor pena cuya tipicidad es desplazada, quedara comprendida dentro de un tipo penal privilegiado en el caso de ausencia del elemento subjetivo. Sobre este problema volveré más adelante cuando se analicen las relaciones sistemáticas entre los tipos penales de los artículos 3º y 4º²⁸.

b) *El delito de tráfico de pequeñas cantidades por conductas asimiladas al tráfico propiamente tal (en el sentido de "circulación", art. 4º, inciso primero)*. La segunda variante del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes es el descrito en el inciso primero del art. 4º de la Ley N° 20.000.

Se trata, en este caso, de un conjunto de conductas que la ley estima suficientemente relevantes en términos de peligrosidad del bien jurídico protegido, como para a s i m i l a r l a s al tráfico en sentido propio, es decir, conductas que la ley sanciona de igual forma que la circulación de drogas, incorporándolas en la descripción típica y asignándoles a unas y otras un mismo régimen penológico.

En esta variante del tráfico de pequeñas cantidades, el legislador ha establecido dos causales de atipicidad: el autoconsumo y la destinación de las sustancias a la atención de un tratamiento medicamentoso, la primera de las cuales pasa a analizarse.

i) Primera causal de atipicidad: *Tráfico ilícito del artículo 4º y el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo (autoconsumo)*. Tal como lo ha sostenido la doctrina, el legislador ha incorporado un elemento negativo del tipo en esta variante del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas²⁹, consistente en la destinación por el sujeto activo de las sustancias a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, originalmente previsto en el tipo penal del artículo 5º de la Ley 19.366, reservado en la nueva Ley de Drogas sólo para esta variante de tráfico del nuevo artículo 4º, en términos similares a la regulación anterior.

– Sobre el alcance de los efectos desplazadores de la tipicidad por el autoconsumo (elemento negativo del tipo), Politoff - Matus - Ramírez estiman que, aunque está formalmente situado dentro del tráfico ilícito éste alcanza a las del delito de cultivo de especies vegetales del género *cannabis* previsto en el art.

²⁸ Véase más abajo, el § 6.

²⁹ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 562 ss.

8º de la Ley N° 20.000³⁰, conclusión que es perfectamente predicable para la nueva Ley.

Aunque la conclusión anterior en relación al delito del art. 8º me parece válida, respecto de los delitos de tráfico, sin embargo, la nueva estructura típica de los arts. 3º y 4º de la Ley, obliga a ciertas distinciones:

En primer lugar, los efectos desplazantes de la tipicidad producidos por el autoconsumo sólo comprenden a las conductas que *prima facie* son encuadrables en el tipo del art. 4º, pero nunca a las que lo son en el art. 3º. En efecto, a esta conclusión no sólo puede llegarse por la ubicación formal del elemento negativo (previsto en el art 4º, inciso primero), sino que la cantidad de las sustancias sobre las que recaen las conductas del art. 3º (no-pequeñas cantidades) hacen impensable que esas sustancias estén destinadas al autoconsumo porque siempre rebasarían el límite de la proximidad temporal de dicho elemento negativo. Por esa razón, el elemento negativo consistente en el autoconsumo lógicamente no puede operar como desplazante de la tipicidad de las conductas subsumibles en el art. 3º.

En segundo lugar, el elemento negativo del tipo tampoco puede desarrollar sus efectos desplazadores de la tipicidad de las conductas subsumibles en la primera variante del tráfico del art. 4º (tráfico en sentido propio), porque las conductas implican circulación, es decir, entrega de droga a un tercero, por lo que es un contrasentido pensar que las sustancias que alguien transfiere estén destinadas al autoconsumo del propio sujeto que hace la transferencia.

El legislador ha limitado el elemento negativo del tipo: Por un lado, se exige que el uso sea *personal exclusivo* de la persona que verifica la conducta *prima facie* típica de tráfico; y, por otro lado, que dicho autoconsumo sea *próximo en el tiempo*. Estos criterios delimitadores del autoconsumo se han mantenido inalterados en la nueva Ley de Drogas, recurriendo a la técnica legislativa de los conceptos jurídicos indeterminados para establecer los límites del autoconsumo, radicando en la jurisprudencia la labor de determinar los casos específicos que quedan cubiertos por dicho elemento negativo del tipo y cuáles no.

– Proximidad en el tiempo. El autoconsumo no sólo se encuentra limitado en nuestro ordenamiento jurídico por la exclusión de hipótesis de consumo compartido, sino que también debe ser un consumo *próximo en el tiempo*, sin que la ley haya establecido una delimitación temporal exacta para este elemento.

Como se ha declarado jurisprudencialmente, la exigencia de la proximidad temporal que contiene la ley para el autoconsumo excluyente de la tipicidad de la conducta pretende evitar el almacenamiento o la mantención de la droga (sin importar la cantidad) en manos de consumidores, para igualmente enervar la socialización y facilitación de las sustancias. Por lo que [son rechazables] los argumentos de compras de determinadas cantidades teniendo en vistas fu-

³⁰ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., pp. 562 - 563. La referencia está formulada al art. 2º en el que originalmente se encontraba el delito de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes en la Ley N° 19.366.

tuos consumos [...]»³¹.

Asimismo, la proximidad en el tiempo se ha interpretado en sentido cronológico, cuando se ha declarado que seis semanas excede el límite de la proximidad temporal³², descartándose una interpretación funcional de dicho límite, como cuando se resolvió que 9 ó 10 meses es un término que excede el límite de proximidad que exige la ley, aunque el acusado haya alegado que los 3,229 kilogramos de *Cannabis sativa* que portaba estaban destinados a su consumo personal durante ese lapso de tiempo que iba a permanecer embarcado: “[...] la cantidad de marihuana incautada, esto es más de tres kilos de sustancia, resulta incompatible con un destino de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, ya que tanto el número de dosis posibles de consumir, que excede el número de tres mil, como el período durante el cual pretenden ingerirse, superior o igual a nueve mes, no se compadecen con dicho concepto”³³.

Cuando el autoconsumo ha sido alegado como argumento de defensa en juicio, los Tribunales han exigido que la actividad probatoria de su concurrencia³⁴ se enfoque a dos aspectos fundamentales: i) El primero, de tipo objetivo, se relaciona con las sustancias, donde son relevantes criterios como su cantidad, su pureza y su forma de presentación; y ii) El segundo aspecto probatorio, de carácter subjetivo, se relaciona con las características personales del acusado, a través de su condición de consumidor o toxicómano y de su situación socioeconómica.

– Aspecto probatorio objetivo: Cantidad de sustancias, su pureza y su forma de presentación. No existe aún un criterio asentado sobre la cantidad de droga suficiente para considerar que se traspasa los límites del autoconsumo, y la Corte Suprema no ha tenido aún oportunidad de ejercer la función unificadora del recurso de nulidad sobre esta materia. En las sentencias de Tribunales de Juicio Oral en lo penal se ha declarado, por ejemplo, que 11,6 gramos de marihuana no es una cantidad exigua puesto que “[...] con la droga hallada al acusado, se pueden llegar a fabricar hasta 45 cigarrillos, comúnmente denominados ‘pitos’, lo que no es una cifra menor como lo sostiene la defensa. Por el contrario con tal número de dosis, se estima son susceptibles de ser comercializadas”³⁵.

³¹ STJOP Punta Arenas (05.11.2004) RUC 0300153678 - 7, Considerando 13°.

³² STJOP Temuco (01.06.2004) RUC 0300096714 - 8, Considerando 6°, citada más abajo, en la nota en 48.

³³ STJOP Punta Arenas (23.06.2004) RUC 0300202224 - 8, Considerando 9°.

³⁴ Excluidos, desde luego, los casos en que exista prueba directa de la destinación de la droga al tráfico. Cfr STJOP Ovalle (06.06.2004) RUC 0300113914 - 1, Considerando 4°.

³⁵ STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214 - 5, Considerando 9°. En el mismo sentido, S TJOP Antofagasta (16.02.2004), RUC 0300079675 - 0, Considerando 10°; Arica (24.02.2004) RUC 0200109379 - K, Considerando 7°; Iquique (01.03.2004) RUC 0300082257 - 3, Considerando 11°; Iquique (19.03.2004) RUC 0300097041 - 6, Considerando 10°, respecto de casi 10 kilogramos de pasta base de cocaína; Iquique (04.04.2004) RUC 0300101942 - 1, Considerando 15°, respecto de 253,9 gramos de marihuana y 49,6 gramos de pasta base de cocaína; Iquique (22.05.2004) RUC 0300181710 - 7, Considerando 14°, respecto de 51,5 gramos clorhidrato de cocaína; Iquique (03.06.2004) RUC 0300155061 - 5, Considerando 8°: “Que respecto de los seis envoltorios con clorhidrato de cocaína encon-

Aunque en los supuestos de escasa cantidad de sustancias ilícitas los Tribunales son proclives a establecer una relación mucho más cercana con el autoconsumo³⁶, la jurisprudencia ha rechazado establecer una equivalencia automática entre “escasa cantidad” y “autoconsumo”, cuando de la sola escasa cantidad de sustancias se ha pretendido derivar inequívocamente la destinación por el sujeto activo de dichas sustancias al autoconsumo³⁷.

trados en el domicilio del acusado no pudo establecerse que su tenencia haya estado destinada a la comercialización con fines ilícitos, pues el acusado no los portaba al momento de ser detenido, con lo que por lo menos en ese momento está claro que no pretendía traficarlos. Además, se acreditó durante la secuela del juicio que los mantenía ocultos en su domicilio y atendido la exigua cantidad de droga que contenían, 1,78 gramos (incluyendo el envoltorio encontrado en casa de su polola), se puede estimar que los mantenía para su consumo personal y próximo en el tiempo” (sentencia condenatoria por portar consigo 301,4 gramos de *Cannabis sativa*). Antofagasta (15.06.2004) RUC 0300172917 - 8, Considerando 10º; Iquique (22.06.2004) RUC 0300169808 - 6, Considerando 13º, respecto de 169,7 gramos de clorhidrato de cocaína; Iquique (25.06.2004) RUC 0310005316 - K, Considerando 6º, respecto de 5332 gramos brutos de pasta base de cocaína y 7 gramos brutos de marihuana.

³⁶ Por ejemplo, dos acusados, J.U.H.F y J.L.C.C. fueron sorprendidos portando, respectivamente, la cantidad de 2,10 y 1,14 gramos netos de cannabis sativa (STJOP San Antonio (04.06.2004) RUC 0400005992 - 2, Considerando 6º). El Tribunal declaró que: “[...] no se probó con la prueba aportada por el Ministerio Público al juicio, más allá de toda duda razonable, que efectivamente los encartados J.U.H.F y J.L.C.C. hayan traficado *cannabis sativa* el día de los hechos, dado que no se demostró por el ente acusador que ellos le hayan transferido, en el caso de autos a título oneroso, el envoltorio o papelillo de papel revista contenedor de 0,38 gramos de cannabis sativa a [un tercero], siendo insuficiente para estos efectos la declaración que en tal sentido hacen los policías, toda vez que no se acreditó en juicio la existencia del comprador” (STJOP San Antonio (04.06.2004) RUC 0400005992 - 2, Considerando 10º, el subrayado es mío, R.N.) haciendo el Tribunal una recalificación de la conducta imputada, como típica de la falta contemplada en el artículo 41 de la Ley 19.366: “[...] toda vez que se ha acreditado que a los acusados H.F. y C.C. únicamente se les sorprendió portando en la vía pública pequeñas cantidades de *cannabis sativa*, la que este Tribunal estimó estaba destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo por parte de aquellos, teniendo para ello en especial consideración, lo declarado por los propios acusados como medio de defensa [...], lo que está del todo acorde con lo sostenido por la testigo N.R.R. quien señaló en relación al acusado J.C.C. que lo conoce desde hace unos 30 años, quien es drogadicto, pues cuando aquél tenía unos 12 a 14 años ella le quitaba las bolsas de neoprán y lo retaba y añade que lo ha visto fumando marihuana, esa cuestión hedionda que le parece bosta de caballo, pero que él no le responde porque no es insolente con ella y que eso de fumar es cotidiano y, además, con lo narrado por la perito psicóloga C.L.C.F., cuando indicó en el juicio que le hizo una evaluación al acusado C.C. el día 3 de febrero del año en curso, en la cárcel de San Antonio [...] concluyendo que estima que aquél es un consumidor de marihuana sin dependencia, no hay trastorno de personalidad, tiende a experimentar estados depresivos y ansiosos, por lo que su consumo está incorporado a su rutina diaria asociado a la sensación de relajó” (STJOP San Antonio (04.06.2004) RUC 0400005992 - 2, Considerando 11º. En el mismo sentido, STJOP Iquique (05.06.2004) RUC 0300155549 - 8, Considerando 10º).

³⁷ En este sentido, STJOP La Serena (24.02.2004) RUC 0300018531 - K: “[...] se desechará la solicitud de la defensa en orden a considerar el hecho solamente como constitutivo de tráfico de marihuana, por estimar ésta que la cantidad hallada de 5 gramos de cocaína debe entenderse destinada al consumo personal del acusado, ya que, habiendo reconocido el acusa-

En sentido contrario, una gran cantidad de las sustancias traficadas sí ha servido para desvirtuar que ellas estén destinadas al autoconsumo, ya que la configuración legal de dicho elemento negativo del tipo requiere que las sustancias estén destinadas a un consumo personal y próximo en el tiempo³⁸, o fundándose en la cantidad de dosis que se podrían haber obtenido de la cantidad incautada³⁹. En sentido contrario, la exigua cantidad ha conducido a considerar concurrente el autoconsumo.

Asimismo, como criterio auxiliar del anterior, la pureza de las sustancias traficadas también ha servido para desvirtuar la destinación al autoconsumo.

Por último, la forma de presentación de la droga traficada⁴⁰, el porte por el sujeto activo de elementos propios de consumidores⁴¹ y su forma de ocultamiento⁴² han sido empleados por los Tribunales como criterios de desplazamiento de la presencia del autoconsumo como elemento negativo del tipo. También la posesión de varios tipos de drogas ha servido para tener por probado el tráfico⁴³.

– Aspecto probatorio subjetivo: Condición de consumidor o toxicómano del acusado y su situación socioeconómica. Los Tribunales invariablemente han sostenido que la condición de consumidor o toxicómano del acusado no puede excluir, conceptual ni probatoriamente, la posibilidad de que las sustancias que se tienen estén destinadas al tráfico, descartándose, consecuentemente, la posibilidad de apreciar la concurrencia del elemento negativo del tipo cuando “[...] el que se acreditara que [el acusado] es consumidor, desde luego no prueba que la droga estuviera destinada a su consumo exclusivo”⁴⁴. Y que “[...] la sola condi-

do que la pasta base de cocaína encontrada en su domicilio le pertenecía, hecho corroborado por su pareja, no acreditó su condición de adicto a dicha sustancia, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 19.366, se presume el tráfico por el solo hecho de poseer o guardar dichas sustancias, lo que el acusado hizo, sin que el legislador haya establecido un mínimo de droga necesaria para configurar el delito de tráfico ilícito de estupefacientes” (Considerando 13º).

³⁸ Cfr. STJOP Iquique (12.06.2004) RUC 0300047630 - 6, Considerando 10º.

³⁹ STJOP Temuco (01.06.2004) RUC 0300096714 - 8, Considerando 6º: “le correspondió al enjuiciado la participación culpable de autor, toda vez que, más allá de toda duda razonable, destinaba la cocaína a su comercialización, pues el número de dosis que la cantidad de droga representaba [300 a 400 dosis], según cálculo efectuado por funcionario policial especializado, abarcaba un mínimo de seis semanas, sobre la base de consumo de dos dosis diarias, lapso evidentemente superior a la proximidad en el tiempo que el precepto legal señala para desvirtuar tráfico de sustancia ilícita”.

⁴⁰ STJOP Viña del Mar (08.11.2004) RUC 0400185288 - K, Considerando 10º.

⁴¹ SsTJOP Iquique (12.05.2004) RUC 0300118483 - K, Considerando 11º; Iquique (25.05.2004) RUC 0300181710 - 7, Considerando 10º, respecto de droga distribuida en bolsas de plástico tipo helado; Iquique (12.06.2004) RUC 0300047630 - 6, Considerando 10º.

⁴² SsTJOP Arica (24.02.2004) RUC 0200109379 - K, Considerando 7º; Curicó (12.11.2004) RUC 0300104938 - k, Considerando 8º: “Debe apreciarse la manera camuflada o disimulada en que se guardaba la droga, tapada por planchas de pizarreño o en el patio o entre las planchas de zinc del entretecho [...]”.

⁴³ STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214 - 5, Considerando 9º.

⁴⁴ STJOP La Serena (06.02.2004) RUC 0300033034 - 4, Considerando 6º.

ción de consumidor o adicto a las drogas, no excluye *per se* la capacidad de ejercer la actividad del tráfico o comercio de las mismas, es de común ocurrencia, que concurren ambas calidades, las que [...] no son incompatibles⁴⁵. Asimismo, que el hecho de que el acusado sea un consumidor dependiente de esta nociva sustancia “[...] no excluye la realización del tipo penal atribuido, consistente en traficar [...]”⁴⁶.

Otra forma de probar que las sustancias portadas estaban destinadas al tráfico y no al autoconsumo se utilizó en un juicio ante el TJOP de Ovalle: Se le practicó al acusado un examen de pelo que logró determinar que él no había consumido cocaína en los últimos tres meses⁴⁷. La cantidad de dinero que el acusado porta o tiene al momento de ser detenido, que no se condice con su situación socioeconómica, también se ha usado para descartar el autoconsumo⁴⁸.

Asimismo, un supuesto de coautoría fue utilizado por un Tribunal como argumento para desplazar el autoconsumo alegado por la defensa: “[...] atendida la forma en que se procedió para que esta persona llegara a portar esta sustancia estupefaciente, esto es, del modo que se ha descrito precedentemente, no dejan lugar a dudas que ello correspondió a una transacción de drogas realizada con la intervención de al menos tres sujetos, y por tanto el porte de ellas no tenía por finalidad alguna de las referidas precedentemente, sino que lo era para su distribución y comercialización a terceros, tal como se estaba desarrollando”⁴⁹.

ii) Atipicidad II: La *escasa cantidad* (principio de insignificancia).

– Desplazamiento de la tipicidad fundado en el principio de la insignificancia. El principio de insignificancia permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia⁵⁰ de forma tal que –parafraseando a Roxin⁵¹– tráfico ilícito de drogas no sería cualquier tipo de posesión, transporte o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, sino solamente uno relevante, desplazándose la tipicidad de la conducta⁵².

⁴⁵ STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214 - 5, Considerando 9º.

⁴⁶ STJOP Talca (06.04.2004) RUC 0200116075 - 6, Considerando 5º. En el mismo sentido, SsTJOP Iquique (16.01.2004), RUC 0300023725 - 5, Considerando 12º; Arica (17.03.2004) RUC 0310003228 - 6, Considerando 6º; Iquique (24.03.2004) RUC 0300100712 - 1, Considerando 9º.

⁴⁷ STJOP Ovalle (14.05.2004) RUC 0300068718 - 6, Considerando 6º.

⁴⁸ STJOP Temuco (01.06.2004) RUC 0300096714 - 8.

⁴⁹ STJOP Iquique (30.06.2004) RUC 0300104205 - 9, Considerando 10º.

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2000), pp. 73 - 74.

⁵¹ ROXIN, cit., p. 74.

⁵² Aunque no existe consenso en la doctrina sobre la categoría dogmática en la que el principio de insignificancia actúa. Roxin –quien introdujo este concepto en la dogmática– concibió al principio de la insignificancia “como causal de atipicidad (aunque después lo ha usado a veces como causa de exclusión de la «responsabilidad», categoría vinculada en su concepción a la culpabilidad)” [LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Universitat, 1996), I, p. 565], parece aceptarse que la insignificancia lesiva de la conducta desplaza su tipicidad. En este sentido, JOSHI, cit., p. 42; LUZÓN PEÑA, cit., p. 565; ZAFFARONI - ALAGIA - BLOCAR, *Derecho penal. Parte general* (2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2003), pp. 562 - 564.

El desplazamiento “dogmático”⁵³ (es decir, no previsto formalmente por la ley) de la tipicidad de conductas de tráfico de escasas o pequeñas cantidades de droga o de drogas de baja pureza (y, por tanto, de una disminuida capacidad sicotrópica o estupefaciente) puede plantearse cuando las concretas conductas de tráfico ilícito de drogas hayan sido sancionadas por el legislador de igual forma y con un mismo marco penal, sin atender a las diferencias sustanciales que muchas de ellas puedan presentar en la vida real, como ocurría en la Ley N° 19.366. Es decir, cuando la ley penal responde de igual forma a un grupo de casos, prescindiendo de la materialidad de unos diferentes niveles de lesividad, una respuesta positivista requiere necesariamente la aplicación de dicha ley. En cambio, una respuesta “desde el *télos* del derecho penal”⁵⁴ autoriza una absolución y, por tanto, la sentencia no sería anulable por el mismo argumento que sí lo sería en el caso de la respuesta positivista.

En cambio, si el legislador prevé las diferencias materiales entre varias conductas y decide penalizar en sí mismas conductas de bagatela, el desplazamiento de la tipicidad fundado en el principio de la insignificancia no podría plantearse, ya que éste no puede operar negando la tipicidad cuando la propia ley penal ha configurado –equivocadamente– un tipo que en su totalidad describe una conducta insignificante, pues en ese caso sólo cabe solicitar su supresión de *lege ferenda*, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del legislador.⁵⁵

Es decir, que de la incriminación penal pueda desprenderse la opción político criminal de hacer punible supuestos de hecho que aparecen como insignificantes. En este supuesto, las posibilidades del órgano jurisdiccional se acotan aún más por cuanto su función constitucionalmente asignada es la aplicación de la ley y no su creación; de forma que una absolución fundada en el principio de la insignificancia cuando se trate de delitos bagatelares penados especialmente por el legislador como tales estimo que hace anulable dicha sentencia por la causal prevista en el artículo 373 b) CPP., esto es, errónea aplicación del Derecho.⁵⁶

El principio de insignificancia se utilizó como argumento de absolución en un procedimiento abreviado seguido por un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en el que el Ministerio Público le imputó al sujeto activo la venta de un

⁵³ LUZÓN PEÑA, cit., p. 565.

⁵⁴ GARCÍA VITOR, Enrique, *Insignificancia y delitos de bagatela*, en *Revista de Ciencias Penales*, 40 (Santiago, Instituto de Ciencias Penales, 1993) 1, pp. 60 - 68 (62). Para los fundamentos del principio de insignificancia, ver pp. 62 a 64.

⁵⁵ LUZÓN PEÑA, cit., p. 565.

⁵⁶ Sobre las posibilidades de fundamentar un recurso de nulidad por esta causal son dos. La primera, por errónea aplicación omisiva del derecho, que es lo mismo que decir que lo es por errónea *in*aplicación del derecho, esto es, de la norma jurídica que sanciona el tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas. La segunda, por la errónea aplicación de las normas jurídicas que autorizan a los jueces a prescindir de las penas dentro de unos supuestos formalmente previstos, como ocurre con las causales de justificación o de exculpación, dentro de los cuales no se encontraría la posibilidad de levantamiento de la pena fundado en la insignificancia.

gramo bruto de marihuana y de portar otros 17 gramos brutos del mismo vegetal. El Tribunal estimó no concurrentes todos los supuestos para dar por acreditada la existencia del delito imputado⁵⁷. En otros casos, el principio de la insignificancia, como desplazante de la antijuridicidad de la conducta típica ha sido esgrimido –sin éxito– como argumento de defensa⁵⁸.

En suma, la posibilidad de recurrir válidamente al principio de insignificancia como argumento de absolución disminuye notablemente en la Ley N° 20.000, en la medida que en este cuerpo legislativo se ha considerado diferencias penológicas fundadas en diferenciaciones materiales de las conductas sancionadas, representadas por las cantidades de sustancias ilícitamente traficadas.

– Toma de posición. Imposibilidad de recurrir a la insignificancia en los delitos de tráfico fundada en niveles diferenciados de lesión al bien jurídico. En principio, de la Ley 19.366 bien podría predicarse, e incluso criticarse, su desconocimiento de los diferentes niveles de lesividad de las conductas representados por la cantidad de sustancias traficadas⁵⁹.

Existe consenso en la doctrina en que el bien jurídico protegido directamente por el delito de tráfico ilícito de drogas es la salud pública⁶⁰, es decir, la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas⁶¹, en el que debe consecuente-

⁵⁷ SJG Coquimbo (20.03.2004) RUC 0310002069 - 5, Considerandos 6° y 7°; revocada por SCA La Serena (13.04.2004). En el mismo sentido, STSe (28.10.1996): el ámbito objetivo del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal.

⁵⁸ Cfr. STJOP La Serena (21.12.2002) RUC 0210001665 - 9. La defensa solicitó la absolución del acusado porque con la conducta no hay lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno por lo que no existe antijuridicidad y en consecuencia no se configura delito atendida la escasa cantidad de droga, 5,2 gramos, y su pureza de un 31% (Considerando 3°), criterio que [el] “Tribunal no comparte, por cuanto basta el solo hecho del porte [...] de la droga para incurrir en la conducta tipificada en el artículo 5° de la Ley N° 19.366 [...]. Por la vía legislativa se ha plasmado inequívocamente que el poseedor se dedica a la actividad de tráfico, a menos que se acredite que la droga estuviese destinada a su consumo personal y próximo en el tiempo, no estableciéndose por el legislador un mínimo de droga necesario para configurar el delito. [...] De otra parte en este caso, a juicio de estas sentenciadoras sí se ha atentado contra la salud pública teniéndose presente que estamos frente a un delito de peligro. En efecto el consumo de drogas estupefacientes produce graves consecuencias en la psiquis del ser humano, es justamente este peligro colectivo el que ha querido precaver el legislador penal a fin de impedir la extensión del mal que dicho tráfico engendra por lo que no se requiere necesariamente de grandes cantidades de droga ni de su venta para que estemos frente al delito de tráfico ilícito de estupefacientes” (Considerando 8°).

⁵⁹ Cfr., durante la discusión parlamentaria del Boletín 2439 - 20, *Boletín de la Cámara de Diputados*, Sesión 57ª de 2. 5. 2001, p. 20; *Boletín de la Cámara de Diputados*, Sesión 59ª de 3. 5. 2001, p. 22.

⁶⁰ Lo que no es excluyente de otros bienes jurídicos protegidos, de forma más o menos inmediata que la salud pública.

⁶¹ POLITOFF - MATUS, cit., p. 14. Joshi proporciona una concepción del bien jurídico “salud pública” con componentes normativos del bien jurídico: consiste en la presencia de un

mente requerirse, para la existencia de tráfico punible, que del acto singular de entrega pueda suponerse el riesgo de incontrolabilidad de difusión de la droga prohibida⁶².

¿De qué forma podría cualquier cantidad difundirse incontroladamente cuando las sustancias –por grande que sea la cantidad que un sujeto trafica– es siempre limitada y no se reproduce automáticamente por el solo hecho de su difusión?⁶³ Que es lo mismo que preguntarse ¿De qué forma podrían difundirse incontroladamente pequeñas o escasas cantidades de drogas, si, por ejemplo, de veinte gramos de *Cannabis sativa* sólo pueden producirse alrededor de ochenta cigarrillos que, en el mejor de los casos, llegarán a ochenta o cien consumidores? ¿Se han difundido incontroladamente esos 20 gramos de droga que han llegado a 80 ó 100 consumidores finales? El sentido común indica que no.

Entonces, ¿los tráficos bagatelares se sancionan sólo porque la ley los ha tipificado como delito aunque, en realidad, no lesionan ningún bien jurídico? Una respuesta afirmativa mostraría la contradicción de dichos tráficos bagatelares con el principio de lesividad que requiere la existencia de una afectación real del bien jurídico protegido “[...] como fundamento de la intervención penal del Estado”⁶⁴.

No puede pretenderse una relación directa de forma que la cantidad de sustancias traficadas determine el nivel de afectación del bien jurídico, porque la ley protege a la salud pública de la difusión incontrolada de sustancias sicotrópicas, en abstracto, y no en relación a unas cantidades específicas: en mi opinión, el riesgo de incontrolabilidad de la difusión del tráfico requerido por la ley como afectación del bien jurídico es *abstracto*, es decir, consiste en la aptitud siempre *potencial* de la conducta de tráfico para permitir un crecimiento descontrolado del colectivo de personas que, dentro de la sociedad, son demandantes de drogas^{65 66}, aumento que podría verificarse por la

nivel de salud óptimo en una sociedad concreta que sólo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática (JOSHI, Ujala, cit., p. 41). Su lesión consiste en: destruir los presupuestos para que cada uno de los ciudadanos pueda disfrutar del nivel óptimo de salud, así como también destruir los fundamentos de las relaciones interindividuales (Joshi, Ujala, cit., p. 41).

⁶² POLITOFF - MATUS, cit., p. 17.

⁶³ En el mismo sentido, STJOP Valdivia (20.10.2004) RUC 0400019417 - k: el tipo penal exige que exista una afectación o peligro real contra la salud de la población, no se trata de afectar gravemente o poner en peligro la salud de una o más personas determinadas, sino la salud de un grupo amplio e indeterminado de la sociedad. En la especie, la cantidad y calidad de la droga incautada no cumple con dicho requisito, no es posible que pueda afectarse o ponerse en peligro de afectación la salud pública, con 1,03 gramos de cocaína al 12% de pureza y 1,1 gramos al 4% de pureza (Considerando 11°)

⁶⁴ MERA FIGUEROA, Jorge, *Derechos humanos en el Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1998), p. 147.

⁶⁵ En sentido similar, STJOP Punta Arenas (05.11.2004) RUC 0300153678 - 7: Con la

existencia de una oferta de sustancias ilícitas cada vez mayor. Por eso, el legislador ha optado por un sistema de control penal de la oferta de sustancias sicotrópicas⁶⁷.

Por lo anterior, en el sentido de la Ley de Drogas, el tráfico de una cantidad cualquiera de sustancias sicotrópicas contiene en sí misma el peligro (abstracto) de su difusión incontrolada, e incluso una pequeña cantidad. En un sentido material, en cambio, esas mismas pequeñas cantidades de sustancias no pueden tener por sí mismas la aptitud de provocar dicho temido descontrol difusor⁶⁸.

Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto:

El delito de tráfico de estupefacientes, como se desprende de la ley que lo sanciona es un delito de peligro, es decir, no requiere la concreción del riesgo, ni la culminación del tráfico, entregando la droga a terceros, sino que basta su tenencia en cantidades que no puedan justificarse para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo ni que estén destinados a la atención de un tratamiento médico para que su sola tenencia sea sancionada, siendo así evidente que la importación, transportación, porte y posesión de una cantidad considerable de sustancia ilícita, como ocurre en el caso *sublite* debe penalizarse. El carácter de delito de peligro del tráfico de estupefacientes, deviene de la circunstancia de que se trata de una conducta que tiene por objetivo no el daño de una persona concreta, sino que objetivamente muchas personas, las que pueden convertirse en adictos o dependientes y por lo tanto en consumidores habituales que mantienen el negocio y la actividad ilícita, dañando gravemente no sólo la salud individual, sino también la pública, ya que estos individuos, además de su detri-

limitación del autoconsumo en forma personal y exclusiva. "(E)l legislador busca evitar la socialización de la droga, puesto que de dicha socialización nacen y se forman inequívocamente nuevos consumidores o drogadictos (cuestión indeseada para el derecho, teniendo presente el bien jurídico protegido por el derecho)" (Considerando 13°).

⁶⁶ Y de allí, entonces, el carácter de delitos de peligro abstracto que tienen los delitos de tráfico. En este sentido, SsTJOP Antofagasta (14.01.2004) RUC 0300082478 - 9, Considerando 8°, Calama (20.03.2004) RUC 0300108123 - 2, Considerando 18°; Temuco (13.05.2004) RUC 0200139420 - K, Considerando 9°; Talca (06.04.2004) RUC 0200116075 - 6, Considerando 5°; Copiapó (14.06.2004) RUC 0300086391 - 1, Considerando 5°.

⁶⁷ Sobre los caracteres del modelo holandés, VAN SWAANINGEN, Política de drogas: ¿Control de pecados o de estimulantes? en POLITOFF - MATUS (dirs.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2000), pp. 119 - 143. Modelos de control, desde una perspectiva crítica, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca Cocaína* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995), *passim*.

⁶⁸ En contra, STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214 - 5, Considerando 9°: "[...] en cuanto que las pequeñas cantidades no afectan la salud física, el concepto con el que la doctrina alude a la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, y el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados a consecuencia de la eventual dependencia física o síquica a la que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción son inimaginables los resultados de la vida en sociedad de quien consume esta clase de drogas, perdiendo su entorno familiar, laboral, etc., por ello el legislador sanciona esta clase de ilícitos".

mento personal, afectarán a la comunidad mediante este vicio, pues dejarán de ser ciudadanos productivos y aún más en muchos casos se tornarán en delinquentes para poder adquirir la droga, siendo este delito uno de los más claros ejemplos de los delitos de peligro, carácter reconocido tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina⁶⁹.

Otro asunto es que, como opción de política criminal es deseable que el marco penal del delito de tráfico reconozca diferencias dependiendo de la cantidad de sustancias traficadas, no ya fundado en una diferente aptitud sensibilizadora del bien jurídico protegido, sino en la necesidad de establecer penas que aparezcan razonables para asegurar la efectiva aplicación práctica de la ley⁷⁰, porque así como no es racional que arrancar un cabello sea una lesión⁷¹.

⁶⁹ STJOP Temuco (20.05.2004) RUC 0300089941 - K, Considerando 11°.

⁷⁰ Durante la tramitación parlamentaria de la nueva Ley de Drogas, se afirmó que la elevada pena establecida en la Ley 19.366 para situaciones de microtráfico provoca la inaplicación de dichas penas, y se favorece a los microtraficantes. El Ministro del Interior (S), Sr. Burgos: "Al Gobierno le interesa que se sancione con eficacia el microtráfico y que se generen las fórmulas jurisprudenciales que permitan hacer la distinción entre los que trafican y aquellos consumidores efectivos. [...]. El artículo 4° pretende sancionar efectivamente el denominado microtráfico, ya que debido a la interpretación que la mayoría de los jueces ha hecho hasta ahora del artículo 5° de la ley vigente, basada en la elevada penalidad que contempla, buena parte de los traficantes minoristas o microtraficantes sólo han sido sancionados como consumidores, es decir, se les ha considerado autores de una falta y se les ha aplicado una multa. El artículo 4° pretende corregir esta realidad" (*Boletín de la Cámara de Diputados*, Sesión 56ª de 19.04.2001, *Legislatura Extraordinaria* N° 343, p. 24). El Diputado, Sr. Jaramillo: "Otras normas son las referidas al microtráfico y al establecimiento de sanciones proporcionales, porque, en cuanto a la comercialización, transporte o suministro, nos parecía que la legislación no era consecuente y, por ello, los jueces se negaban a aplicar con celo las disposiciones vigentes. Las sanciones a quien trafica con toneladas son similares a las que se aplican a quien vende uno o dos papelillos de pasta base en los barrios. Por supuesto, ambas acciones son igualmente reprobables éticamente; pero jurídicamente deben tener un tratamiento diverso, cuestión en que esta iniciativa también pone celo" (*Boletín de la Cámara de Diputados*, Sesión 57ª de 02.05.2001, *Legislatura Extraordinaria* N° 343, p. 16). El Diputado, Sr. Espina: "Es un mito, es un invento que el microtráfico, en su gran mayoría, consista en que una persona de muy escasos recursos, por razones económicas, decida vender marihuana, pasta base o algo de cocaína. El microtráfico lo promueven y llevan a cabo bandas organizadas que operan masivamente en las villas y poblaciones, muchos de cuyos cabecillas pertenecen o viven en comunas del barrio alto. Ellos van a las villas y poblaciones a distribuir las drogas en pequeñas dosis por una razón obvia: es la mejor manera de evitar que, si son detenidos, se les califique de traficantes y así se amparan en las normas relativas al consumo. Entonces, cuando se habla de tratamiento distinto para el microtráfico, diferente del gran tráfico, siento que lo que estamos haciendo es darle la espalda a la gente pobre, porque en una villa o en una población quienes consumen no pueden comprar 100 ó 200 gramos de cocaína, sino pequeñas dosis de pasta base; pero es mucho más criminal el que le vende a la gente pasta base en esas condiciones, sabiendo que, además, se está amparando en el subterfugio de hacerse pasar por consumidor o pequeño vendedor de drogas, en circunstancias de que la cantidad de dinero que logra recaudar por la vía de tener cientos de distribuidores, entre ellos menores de edad, a quienes se les denomina 'pilotos', los cuales se ubican en determinadas esquinas y que les entregan la droga utilizando, como todos sabemos, la fórmula 5 por 1: cuatro dosis de venta y una de regalo, que hacen adictos a los niños pues la pasta base tiene un

La sanción de este hecho como típica de lesiones no parece conveniente ni adecuada, ni tampoco lo es que el legislador le atribuya dicha calidad de delito, en materia de tráfico ilícito de drogas no puede establecerse una proporción de dañosidad en relación a la aptitud lesiva de las cantidades (que debe ser siempre valorada en abstracto), sino que en relación a la mayor probabilidad de afectación de otros bienes jurídicos que es razonable atribuir al tráfico en gran escala.

En suma, aunque es posible reconocer a los jueces la posibilidad de prescindir de la pena en supuestos de mínima lesividad del bien jurídico cuando el legislador ha desconocido esta diferencia material, sancionando esos casos de la misma forma que otros supuestos de una mucho mayor sensibilización del bien jurídico⁷², esta posibilidad sólo es admisible cuando sea posible establecer una relación en concreto entre la conducta y su aptitud lesiva para el bien jurídico protegido.

En el caso del delito de tráfico ilícito de drogas dicha relación de lesividad, por la forma en que los tipos penales se han construido, debe ser siempre valorada en abstracto: Lo que la ley pretende evitar es la formación de un colectivo incontrolado de consumidores, a lo que pueden contribuir de igual forma (potencial o abstracta) el tráfico de pequeñas o grandes cantidades de sustancias sicotrópicas. Y por tanto, el recurso al principio de insignificancia está conceptualmente vedado para los jueces, a quienes sólo les queda disponible el recurso a las normas sobre individualización judicial de la pena para adaptar al caso concreto la sanción penal general determinada por la ley.

4. *Cantidad de sustancias y culpabilidad: escasa cantidad y error de prohibición.*

La progresión hacia unos mayores niveles de tolerancia social de las conductas de tráfico de drogas y de su consumo puede producir consecencialmente en los ciudadanos una disminución de la conciencia de la ilicitud del tráfico y consumo público de pequeñas o escasas cantidades de drogas, por lo que, en este supuesto, se aumentan las posibilidades de apreciar un error de prohibición.

Asimismo, la atribución por el sujeto activo al autoconsumo como elemento negativo del tipo de una extensión mayor que la que la ley le ha asignado, puede generar casos en que el sujeto cree estar actuando lícitamente, alegación que se hace más creíble mientras menor es la cantidad de las sustancias traficadas.

5. *Escasa cantidad como criterio de individualización judicial de la pena*⁷³

Por último, tal como lo ha sostenido Matus, “[u]na pequeña cantidad [...] debiera conducir siempre a liquidar la pena partiendo del grado mínimo del

efecto pernicioso, y las niñas que se prostituyen en las villas y poblaciones por conseguir algunas dosis, por ejemplo, es cuantiosa” (*Boletín de la Cámara de Diputados*, Sesión 57^a de 02.05.2001, *Legislatura Extraordinaria* N° 343, pp. 23 - 24).

⁷¹ ZAFFARONI - PLAGIA - BLOCAR, cit., p. 495.

⁷² Haciendo razonable concluir que el legislador no ha pretendido la sanción de esos supuestos insignificantes; o que, aunque sí lo haya pretendido, su opción de política criminal es abiertamente desproporcionada y, por tanto, injusta.

⁷³ La expresión es utilizada en la dogmática chilena por MATUS, cit., pp. 415 - 481 (415

marco penal establecido; mientras una gran cantidad, que ponga en riesgo un mayor número de personas en atención a su capacidad de difusión incontrolada, justificaría en algunos casos la aplicación de una pena más cercana al grado máximo previsto en la ley⁷⁴.

De esta forma, la norma del artículo 69 Cp permite una individualización judicial de la pena en atención a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, una norma que aunque está prevista para los delitos de resultado, nada impide en que se aplique por analogía *in bonam parte* a los delitos de peligro como los de las leyes de drogas.

6. *Relación sistemática entre los tipos de tráfico de los artículos 3º y 4º*

La existencia de dos tipos penales de tráfico ilícito de drogas diferenciados cuantitativamente imponen la necesidad de averiguar si existen entre ellos relaciones de sistematicidad y, específicamente, si hay entre ellos una relación de especialidad y cómo operaría ésta.

a) *Relación de especialidad*. Como lo ha sostenido Matus⁷⁵, la relación de género a especie [es] aquella en que una ley, la especial, contiene en sí todos los elementos de otra, la general, y además algún otro elemento que opere como factor especializante, de manera que la norma general resulta, en principio, necesariamente aplicable a todos los casos en que es aplicable también la norma particular y, además, en al menos un caso en que no puede aplicarse la norma particular⁷⁶.

La existencia en la Ley 19.366 de un único de tipo de tráfico ilícito de drogas, unido a la irrelevancia de la cantidad de las sustancias traficadas, hacía que todos los casos que obedecían a la descripción legal quedarán comprendidos en dicho tipo penal.

Al pasar a ser relevante la cantidad de sustancias traficadas, el panorama es diferente en la nueva ley. En ésta, todos los supuestos de hecho que pueden ser subsumidos en el tipo del artículo 4º, obviando la cantidad que es el elemento especializante, pueden ser también encuadrados en delito del artículo 3º.

De esta forma, el tráfico del artículo 3º es el tipo base; el del artículo 4º es el tipo especial; la cantidad es el elemento especializante⁷⁷.

- 422); MATUS - VAN WEEZEL, *Comentario a los artículos 50 a 73*, en POLITOFF - ORTIZ (dirs.), *Texto y comentario del Código penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.), I, pp. 323 - 382 (323 - 324); POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), pp. 489ss.

⁷⁴ POLITOFF - MATUS, cit., p. 46.

⁷⁵ Aunque la especialidad la ha analizado a propósito de la relación entre los delitos especiales propios e impropios y los delitos comunes, creo que nada obsta a tomar esos mismos elementos para analizar la relación entre dos tipos que no han sido construidos por el legislador como delitos especiales impropios.

⁷⁶ MATUS, Jean Pierre, *Aportando a la reforma penal chilena: Algunos problemas derivados de la técnica legislativa en la construcción de delitos especiales impropios: El error y el concurso*, en *Ius et Praxis* año 5 (Universidad de Talca, 1999), N° 2, pp. 63 - 113 (70 - 71).

⁷⁷ Se llega a la misma conclusión si se sigue el método empleado por Matus (MATUS, cit., pp. 79 ss).

b) *Operatoria de la relación de especialidad.* La relación de especialidad antes descrita se manifiesta en que el tipo del artículo 3º corresponde al tipo penal base, mientras que el del artículo 4º, es el tipo penal especial *privilegiado* respecto del base.

De esta forma, todos los supuestos de tráfico son primeramente encuadrables en la descripción típica del artículo 3º, y en la medida que concurra el elemento especializante, es decir, que se trate de un tráfico de pequeñas cantidades, la conducta es encuadrable en el tipo penal del artículo 4º.

Debo destacar, en todo caso que la forma en que opera esta relación de especialidad es meramente descriptiva, ya que no señala en qué consiste específicamente el elemento especializante. Sobre el particular, al sostenerse que la expresión “pequeña cantidad” no puede interpretarse restrictivamente en el sentido de “cantidad mínima” o “equiparables a las preordenables al microtráfico”, se aumentan considerablemente los supuestos que pueden quedar encuadrados en el tipo especial privilegiado⁷⁸. En otras palabras, no existe ninguna buena razón para suponer anticipadamente que el tipo base se verificará con mayor incidencia que el privilegiado; y que bien puede ocurrir que, desde una perspectiva fenomenológica, el tipo especial constituya la regla general de ocurrencia y el tipo especial sólo se verifique en mucho menos ocasiones que las que podrían pensarse de un tipo base.

c) *El problema de la tipicidad de las conductas de tráfico de pequeñas cantidades en sentido propio sin la concurrencia del elemento subjetivo.* Una situación especial en el que la relación sistemática de especialidad entre el tipo del art. 4º y el del art. 3º se pone en tela de juicio, es el que se plantea en el caso de las conductas de tráfico en sentido propio de pequeñas cantidades de sustancias (inciso segundo del art. 4º) cuando el sujeto activo no verifica el elemento subjetivo del tipo, es decir, el suministro con el objetivo de que las drogas sean usadas o consumidas por otro.

En este caso, si se afirma la relación de especialidad del art. 4º respecto del tipo del art. 3º de la Ley N° 20.000, debería concluirse que las conductas que no son típicas del art. 4º por faltar el elemento subjetivo, deberían ser típicas del art. 3º, el tipo penal residual.

El delito de tráfico en sentido propio de pequeñas cantidades de sustancias del inciso segundo del art. 4º tiene, a diferencia del inciso primero, dos circunstancias especializantes: i) La pequeña cantidad (que comparte con el del inciso primero del art. 4º); y ii) El elemento subjetivo del tipo.

El problema que se plantea es que, al ser un elemento subjetivo del tipo cofundante del injusto, es más razonable que su presencia dé lugar a una agravación de la pena y no a una atenuación, como ocurre con la Ley N° 20.000, descriterio legislativo que es preciso denunciar. Así, cuando concurre el elemento subjetivo del tipo (supuesta también la pequeña cantidad) se pasa al tipo privilegiado; pero la operación inversa (pasar del tipo privilegiado al tipo base

⁷⁸ Ver, por ejemplo, SsTJOP Puerto Montt (12.02.2005) citada en nota 13; Rancagua (02.03.2005) citada en nota 11.

agravado por no concurrir el elemento subjetivo, supuesta la pequeña cantidad de sustancias) es repudiable por carecer de sentido, no sólo porque pugna con el sentido de justicia material, sino porque, además, no tiene sentido dogmático.

En este caso, estimo que la relación de especialidad cede, y debe optarse por la atipicidad de la conducta de quien adquiere, transfiere, suministre o facilite pequeñas cantidades de drogas sin el objetivo de que sean consumidas por otro, en el evento que esa misma conducta no sea reconducible a la segunda variante del tráfico (tráfico de pequeñas cantidades por conductas asimiladas a tráfico propio, inciso primero del art. 4°).

APÉNDICE SOBRE LA HISTORIA LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 4° DE LA NUEVA LEY DE DROGAS

El Mensaje del Presidente de la República con que se inició la tramitación del proyecto de ley no contenía ningún tipo penal de microtráfico.

La Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados, en su primer informe, ya incluyó una previsión expresa para el caso del microtráfico, argumentando que el proyecto sobre el tipo penal de tráfico (similar al de la Ley 19.366) contiene dos materias distintas y es en ellas donde se debe discriminar. Una materia dice relación con el tráfico propiamente tal. Actualmente, la normativa sobre tráfico deja en la impunidad a muchas personas que efectivamente trafican en pequeña escala. Así es como diversos especialistas han señalado que es necesario establecer normas específicas para aplicar a los microtraficantes, ya que los propios jueces reconocen que las actuales normas no se aplican, por tener una penalidad muy severa y rigurosa (Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 48ª de 03.04.2001, Legislatura Extraordinaria N° 343ª, p. 139).

En este primer informe, la Comisión propuso el siguiente texto para la norma del artículo 4°: “Los que posean, porten o guarden consigo sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, sin que justifiquen fundadamente que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo o próximo en el tiempo, serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo./ El consumo de drogas, tanto en lugares públicos como privados, estará regulado por el artículo 55. No obstante, se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo cuando la cantidad de droga poseída, portada o guardada haga irracional su inmediato consumo o se desprenda de las circunstancias del porte su disposición para la venta”.

Este informe fue aprobado en general por la Cámara de Diputados (Cfr. Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 60ª de 08.05.2001, Legislatura Extraordinaria N° 343ª, p. 37).

En el debate del segundo informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara, por indicación del Diputado Sr. Orpis, se substituyó la redacción anterior del art. 4° por la siguiente: “Si quien porte o posea tales sustancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin su consumo personal y exclusivo e inmediato, sufrirá las penas de presidio menor en su grado mínimo a presidio

menor en su grado medio./ Si quien porte o posea tales sustancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin el microtráfico, sufrirá las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo” (*Boletín de la Cámara de Diputados*, Sesión 4ª de 9.10.2001, *Legislatura Extraordinaria* N° 345ª, p. 56).

Como fundamento de esta indicación se señaló que la redacción aprobada por la Comisión en su primer informe: “[...] no sanciona de manera efectiva el llamado microtráfico, puesto que los microtraficantes, si bien constituyen el último eslabón de la cadena de distribución, son parte de verdaderos carteles de traficantes y cada día utilizan nuevas estrategias para vender la droga. Actualmente no portan la droga, sino que ella está oculta en otros lugares, por lo que al vendedor se le paga y la droga es retirada en otro lugar, de manera tal que la norma contenida en el proyecto no será efectiva en la represión de estas conductas” (*Boletín de la Cámara de Diputados*, Sesión 4ª de 9.10.2001, *Legislatura Extraordinaria* N° 345ª, p. 56).

En la discusión particular de este segundo informe, la Cámara de Diputados rechazó la propuesta de la Comisión y aprobó como texto del art. 4º el siguiente:

Artículo 4º.- Los que porten o guarden consigo sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, que no estén destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, serán sancionados con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si la condena fuera a presidio menor en su grado mínimo, el tribunal podrá, con el consentimiento del condenado, sustituirla por participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas. El tribunal deberá indicar el tipo de actividades, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargado de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del condenado.

Se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la cantidad de droga portada o guardada, no permita suponer que está destinada a su inmediato consumo o que de las circunstancias del porte, se desprenda el propósito de traficar a cualquier título.

Despachado el proyecto por la Cámara de Diputados, se inicia su Segundo Trámite Constitucional en el Senado. Es en esta instancia cuando el tipo penal de microtráfico adquiere definitivamente una fisonomía cuantitativa, al estructurarse el tipo de injusto sobre la base de la escasa cantidad de sustancias ilícitas traficadas.

En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se propuso el siguiente texto del artículo 4º, que fue despachado por la Sala sin modificaciones⁷⁹: “ El que, sin la competente autori-

⁷⁹ En esta primera discusión en la Comisión, el artículo fue objeto de la siguiente indicación sustitutiva del artículo 4º, presentada por el Senador Sr. Espina, que fue posteriormente

zación posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio o máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, 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./ En igual pena incurrirá el 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 entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, 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” (*Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, en segundo trámite constitucional).

Fue en esta etapa del trámite legislativo cuando la descripción legal del delito de microtráfico adquirió su forma definitiva que probablemente se transformará en ley, tanto en lo que se refiere a la conducta típica descrita, como al marco penal asignado.

[Recibido el 14 y aceptado el 30 de abril de 2005]

retirada: Artículo 4º: “*Los que, sin contar con la autorización competente, trafiquen con pequeñas cantidades de alguna de las sustancias a que se refiere el artículo 1º, serán castigados con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifiquen que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En este último caso, se aplicarán las normas de los artículos 49 y siguientes./ No concurrirá la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la cantidad o la calidad o pureza de las sustancias o drogas o materias primas, permitan estimar fundadamente que no están destinadas únicamente a dicho uso o consumo; o cuando las circunstancias del hecho sean indiciarias de que su importación, transporte, adquisición, sustracción, posesión, guarda o porte, está destinada a traficar a cualquier título con ellas o a inducir, promover o facilitar, por cualquier medio, su uso o consumo por otros*”.