

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000”
Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

**El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.
Un problema concursal de la ley 20.000¹**

Fernando Ruiz Delgado
Abogado
Magíster en Derecho Penal Universidad de Talca
fernandoruizdelgado@yahoo.es²

Resumen

El nuevo tipo penal del artículo 4° de la ley 20.000 ha generado un caso de concurso aparente de leyes penales puesto que la misma conducta parece estar comprendida en tres normas diferentes, debido a la imprecisión del elemento especializante “pequeña cantidad”, que ha debido ser llenado de contenido por los tribunales, llegando incluso a establecer dicho elemento como una invitación al juez a determinar el tipo penal aplicable tomando en consideración los elementos concomitantes del caso Sub lite. Incluso se ha llegado a prescindir del señalado concepto, estableciendo otros elementos para distinguir las conductas, lo que ha creado una confusión doctrinaria y jurisprudencial. La indeterminación de otros elementos comprendidos en la descripción típica, como el “consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo” y las “circunstancias del porte o tenencia” señalados en el artículo 4° tampoco acuden en auxilio de la solución del concurso, debido a su indeterminación.

Palabras clave

Concursos, pequeña cantidad, consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, circunstancias del porte o tenencia.

Abstract

The new offense of Article 4 of Law 20.000 has generated cases of apparent competition of laws because the same criminal conduct appears in three different standards, due to the imprecision of the "small amount" element, whose content must be by courts, even to the point where it becomes an invitation for judges to determine the applicable criminal elements by considering the applicable elements of the Sub lite case. The aforementioned concept has even been omitted by establishing others elements to characterize conducts, creating doctrinary and jurisprudential confusion. The indeterminacy of other comprised elements of the typical description, such as “exclusive personal and close in time use” and

¹ La presente investigación corresponde a la tesis del autor correspondiente al programa de Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca, elaborada entre los meses de julio y septiembre de 2006 y actualizada en 2009.

² Abogado, licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Egresado y titulado del programa de Magíster Centro de Estudios de Derecho penal de la Universidad de Talca. Ex profesor de Derecho Procesal Penal en la Escuela de Investigaciones Policiales y profesor de Derecho Penal Universidad de Las Américas. Actualmente cumple funciones como fiscal adjunto del Ministerio Público de Chile.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

“circumstances of carriage or possession” referred to in Article 4 are also useless for solving this apparent competition, due to their indeterminacy.

Key words

Contests, small amount, exclusive personal and close in time use, circumstances of carriage and possession.

Introducción

A través del presente estudio se intentará realizar un aproximación y análisis crítico de la nueva figura introducida en el artículo 4° de la ley 20.000 vulgarmente denominada “microtráfico de drogas”, figura a través de la cual se buscó solucionar problemas de fondo que ya se advertían bajo la vigencia de la anterior ley 19.366 pero que, lejos de ello, se han acentuado con la incorporación del tipo penal, problemas que a nuestro juicio, se producen al yuxtaponerse y excluirse entre sí, las figuras de los artículos 3°, 4° y 50 de la ley 20.000³

La creación del tipo penal de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en adelante “microtráfico”, y contenido en el artículo 4° de la ley 20.000, obedeció a la necesidad de solucionar problemas de proporcionalidad de penas, dado que el artículo 5° de la anterior ley 19.366, sancionaba con las mismas penas tanto a quien traficaba con grandes cantidades de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, incluso, en muchos casos traspasando controles fronterizos, como a quien comercializaba pequeñas dosis de estas mismas a los consumidores finales, sin contemplar ninguna diferenciación respecto del disvalor de la conducta ni la mayor puesta en peligro del bien jurídico protegido. Empero, también ha contribuido a crear serios problemas concursales, debido a la introducción en el artículo 4° del concepto “*pequeña cantidad*”, elemento destinado a diferenciar esta conducta de la del artículo 3°, elemento de suyo impreciso, como también la de otros elementos estrechamente relacionados con este, como son el “*consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*” y las “*circunstancias del porte, posesión o tenencia*”. Con lo anterior, se dificulta la solución del concurso (aparente) de leyes penales que se presenta cuando un mismo hecho, compuesto de una o varias acciones,

³ Véase también REY HUIDOBRO, Luis Fernando, *El delito de tráfico ilícito de drogas. Aspectos penales y procesales*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, p. 36. También la doctrina y jurisprudencia españolas, mucho tiempo antes, habían advertido los problemas que se derivan de legislaciones de este tipo. Dicho autor, al referirse a este aspecto señala que “(...)Por todo lo expuesto, deslindar la cantidad que puede estimarse para el consumo de la destinada al tráfico es algo, como señala Rodríguez Devesa, muy difícil y que exige estar a cada caso concreto; de ahí que autores como Arroyo (al que siguen Muñoz Conde y Belloch) sean partidarios, por razones de seguridad jurídica, de introducir legislativamente un criterio de mínima cuantía a establecer en función de la dosis media que requiere un toxicómano (...); otros, por el contrario, como García Pablo, entienden, que todo intento de limitar al máximo el arbitrio judicial en este campo “cuantificándolo” va condenado al fracaso, debido a la variedad y heterogeneidad de factores que deben ser tenidos en cuenta y que sugieren la objetivación del arbitrio judicial”.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

parece satisfacer más de un tipo penal, quedando abarcada la conducta por dos o más leyes que se excluyen entre sí.⁴

No obstante, la discusión respecto de la consideración de ciertos delitos como el tráfico de drogas, como casos de concurso (aparente) de leyes no ha sido pacífica, puesto que parte de la doctrina la considera mas bien un problema de delimitación típica. Ello se refleja en la evolución que experimenta la teoría concursal a partir de Schutze,⁵ quien distinguiría entre aquellos casos en donde existiría una simple “*duda de subsunción*” y aquellos en donde efectivamente concurrirían distintas formas punibles de un mismo delito y donde la exclusión de la ley especial por la general sería un ejemplo del primer grupo de casos, dejando reservado el verdadero concurso para aquellos como la absorción de la tentativa y frustración por la consumación, las diversas formas de participación por la autoría o la concurrencia de varias causas de agravación de un mismo delito. Sin embargo, desde la formulación de la teoría por Binding hasta la reforma del Código Penal Alemán, se observa una evolución en el predominio desde quienes consideraban la teoría un problema de interpretación de la ley hasta quienes estimaban que se trataba de un verdadero concurso o subsumibilidad de un hecho en varias leyes penales, siguiendo el planteamiento de Merkel.⁶

Otros autores comprenden el concurso aparente como un simple juego de las normas penales en colisión, determinándose, mediante la actividad interpretativa judicial, si una sola de ellas basta para abarcar todos los elementos de la descripción típica o por el contrario, es necesario recurrir a todas las leyes en cuestión para llegar al mismo resultado.⁷

El problema se origina en la propia naturaleza de los delitos de tráfico ilícito, definidos como delitos de *emprendimiento*, dado que la realización en múltiples ocasiones de una misma conducta no configura varios ilícitos, sino sólo uno de ellos, como en el caso de quien realiza varias ventas de dichas sustancias en días distintos; debido a la consideración de todas esas acciones como una única actividad, cabrá entonces determinar cual es el tipo legal aplicable, cuando en un caso la conducta recae sobre pequeñas cantidades y en otros

⁴ *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, Boletín N° 2439-20, p. 12. Esta situación también había sido advertida con anterioridad a la entrega en vigencia de la ley, en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, por los representantes de Carabineros de Chile, quienes, respecto de los problemas que se advertían con esta figura, señalaron que “(...) Si bien la nueva norma concede al juez la posibilidad de calificar esta conducta, su existencia no aparece suficientemente diferenciada con la del delito de tráfico, ya que no determina cuales serán los factores que permitan hacer un distingo claro y objetivo entre el primer delito y el microtráfico. Con ello, se puede producir un efecto no deseado, cual es que actividades ilícitas que, por las cantidades incautadas perfectamente pueden ser constitutivas de tráfico - con penas de cinco años y un día a quince años- podrían ser calificadas por los sentenciadores como "microtráfico" y aplicar una pena mínima de sesenta y un días”.

⁵ MATUS, Jean Pierre, “La Teoría del concurso (aparente) de leyes penales en la dogmática Alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte)”, *Ius Et Praxis*, N° 2 (2000), p. 304.

⁶ Véase MATUS, “La Teoría”, cit. nota n° 5, p. 315.

⁷ HURTADO POZO, José, “El concurso aparente de leyes penales”, *Revista Derecho Penal* de la Universidad de Friburgo, disponible en <http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/mdp/mdpit3.htm> [visitado el 16.10.2006].

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

casos de una mayor, quedando entonces aparentemente abarcado el hecho por dos leyes penales, como son los artículos 3° y 4° de la ley 20.000. En estos casos, pareciera ser preferente la solución del caso conforme al principio de consunción, por quedar comprendidas las conductas de microtráfico en el delito más general de tráfico de grandes cantidades, ya sea como actos anteriores o posteriores copenados o simplemente subsumidos en virtud del principio de insignificancia, dado que además, la pena es inferior en el caso del artículo 4°. También, el hecho de realizarse una sola vez la conducta incriminada generará dudas respecto a la ley aplicable, dado que para determinar si nos encontramos frente a un supuesto del artículo 3° ó 4°, habrá que atenerse al elemento especializante, en cuyo caso podrá solucionarse el concurso conforme al principio de especialidad. Sin embargo, es forzoso reconocer que en casos como estos, parecen cobrar fuerza las críticas respecto a que el concurso (aparente) de leyes penales se refiere no a un verdadero concurso sino a un problema de delimitación de la conducta, cuyos elementos son comprendidos en la descripción típica de las normas en juego. Por otra parte, cabe tener presente que la naturaleza del delito en cuestión recuerda, en muchos aspectos, el tratamiento doctrinal del delito continuado, sin que exista identidad entre ambos y a las normas sobre reiteración de delitos (como las de los artículos 351 del Código Procesal Penal y 451 del Código Penal), sin que parezca existir claridad respecto de cuando nos encontraremos frente a una reiteración en esta clase de delitos.

1. Esquema general del delito de “microtráfico”.

El artículo 4° de la ley 20.000 sanciona con una pena inferior a la del tráfico ilícito del artículo 3° a quienes trafiquen con “*pequeñas cantidades*” de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Así, en opinión de Matus⁸ esta figura viene a constituir un tipo privilegiado respecto del contenido en el artículo 3° de la misma ley,⁹ en atención al elemento “*pequeña cantidad*”, que viene a constituir entonces, el elemento “especializante”¹⁰ del microtráfico

⁸ MATUS, Jean Pierre, “El delito de microtráfico de estupefacientes del artículo 4° de la ley 20.000 como figura privilegiada del de tráfico, en sentido amplio y estricto, de su artículo 3°, atendida la “pequeña cantidad” de las sustancias en que recae”, en: *Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la ley 20.000*. Informe al Fiscal Nacional del Ministerio Público, Santiago, 2005, p. 2.

⁹ La jurisprudencia nacional ha debido pronunciarse a este respecto, debido a la aplicación del artículo 18 del Código Penal, por estimarse el artículo 4° como una nueva ley más favorable al condenado que el derogado artículo 5° de la ley 19.366, estimando que, efectivamente, el delito de *microtráfico* es una figura privilegiada del delito del artículo 3° y no un delito distinto, toda vez que, las conductas descritas tanto en los artículos 3° y 4° de la ley 20.000 son las mismas, con la diferencia que esta última contempla el elemento “pequeña cantidad” y, con relación a dicho elemento, la sanción de la conducta a título de falta cuando está destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Véase a este respecto, el fallo de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 19 de julio de 2005, dictada en causa rol 1990-2005, el cual afirma en el considerando cuarto; “Que los verbos rectores utilizados tanto en el artículo 5° de la ley 19.366 (actual artículo 3° de la nueva ley) son los mismos que hoy repite la norma del artículo 4° de la ley 20.000 (actualmente reproducido, pero la nueva sanciona con pena menor en la situación que describe y sobre lo cual se hará causal oportunamente, de modo que no resultan ser delitos distintos”.

¹⁰ Utilizaremos aquí la expresión elemento “*especializante*” refiriéndonos a la exigencia planteada por Honig de un elemento *especializante* en la ley preferente, por lo cual la relación de especialidad fue definida por este

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

respecto al delito sancionado en el artículo 3°.¹¹ Por ello, en opinión de dicho autor, el tipo general de los delitos de la ley 20.000 sería el contemplado en el artículo 3° y las conductas básicas incriminadas, la “*inducción, promoción o facilitación*” –vale decir– la difusión a terceros de dichas sustancias.¹² Así, quien incurre en hipótesis de tráfico tales como importar, exportar, transportar o transferir sustancias estupefacientes o psicotrópicos, recibirá una pena que va de presidio mayor en su grado mínimo a medio, salvo, que se trate de una “pequeña cantidad”, en cuyo caso la pena aplicable será la de presidio menor en sus grados medio a máximo. Sin embargo, la ley va más allá de la simple incriminación de la conducta y sanciona al sujeto activo simplemente como autor de la falta contemplada en el artículo 50, cuando, por las “*circunstancias de la posesión, guarda, transporte o porte*” o “*pureza de la sustancia*”, se presuma que esta se encuentra destinada a un “*consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*”.

1.1. Conceptos relevantes: la “pequeña cantidad” y el “consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”.

Habiendo planteado el problema y delimitado el campo de análisis del mismo, cabe preguntarse las razones del porqué el legislador contempló como único elemento *especializante* la “*pequeña cantidad*”, cuando ciertamente pueden advertirse otros que, de igual manera, pueden concurrir en auxilio del elemento *especializante*, para tipificar la conducta como tráfico, microtráfico o porte o tenencia destinada al consumo. Nos referimos, principalmente a la pureza o idoneidad de la sustancia para afectar el bien jurídico protegido,¹³ que la norma del artículo 4° contempla sólo como elemento

último como aquella que existe “cuando la *lex specialis* contiene todos los elementos de la *lex generalis* y además uno o varios otros elementos *especializantes*”. Véase MATUS, “La Teoría”, cit. nota n° 5, p. 321.

¹¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile., 1ª Ed., p. 583.

¹² Sin embargo, como veremos posteriormente, el profesor Matus realiza su análisis partiendo de una regulación legal distinta a la nuestra, como resulta ser la española, donde el tráfico es el delito general al cual están encaminadas las demás conductas, consideradas entonces con relación al primero, como meros actos preparatorios, por lo cual la conducta sancionada será la de tráfico, entendiendo absorbidas en este ilícito las demás conductas desplegadas por el autor. En cambio, en nuestra legislación estos delitos se encuentran tipificados con autonomía del tráfico, por entender que esta conducta no es la única mediante la cual puede verse afectado el bien jurídico protegido, vale decir, la salud pública.

¹³ Lo que no significa llegar a los forzados razonamientos que han efectuado algunos tribunales, como es el caso de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que en causa Rol N° 1978-2004, señaló en el acápite primero de la parte considerativa de la sentencia; “Que, el hecho que se le atribuye al procesado consiste en portar y mantener sustancias estupefacientes –clorhidrato de cocaína- en cantidad de 269 gramos, pero con una pureza del 11%, lo que arroja un total de 29,5 gramos de droga(...)”. Si bien es cierto, el grado de pureza no es otra cosa que la cantidad de principios activos, metabolitos o componentes productores del efecto alucinógeno por cada 100 partes de la sustancia, no por ello se ha de presumir que 269 gramos resultan ser sólo 29, dado que, no puede descartarse que las otras 71 partes puedan también producir graves efectos tóxicos. Esta discusión, llevada al plano legislativo, implicó la introducción del artículo 43 de la ley 20.000, que obliga a los Organismos encargados de efectuar las pericias farmacognoscicas, a señalar la presencia de otros componentes tóxicos y psicoactivos asociados, presentes en las sustancias incautadas. Asimismo, debe reconocerse que los principios activos de la droga de que se trata pueden ser separados intelectualmente por el tribunal mediante esta simple operación aritmética pero no materialmente, de suerte que lo que adquiere el consumidor final es el “todo”.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

discriminante entre el microtráfico y el porte o tenencia destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Asimismo, no podemos dejar de referirnos a las circunstancias relativas al sujeto activo y a las modalidades de ejecución del delito, tales como la condición patrimonial, lugar de comisión del delito, forma de distribución de la droga, etc., elementos que la jurisprudencia ha utilizado, cuando la referencia a la cantidad, por sí sola, no resulta suficiente para encuadrar la conducta en un determinado tipo penal.¹⁴

¹⁴ Del análisis de la jurisprudencia nacional, pueden colegirse las variopintas circunstancias que se han tomado en consideración para determinar la ley penal aplicable. Así, el criterio “*geográfico*” puede apreciarse en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, dictada en causa rol único 0300141731-1 de 9 de mayo de 2005, donde el sentenciador concluye que “Asimismo, en comparación con las cantidades que se transan en la provincia y que son de público conocimiento, no resulta una cantidad excesiva, por lo que no se aprecia que la persona del acusado R.C. constituya un gran distribuidor de sustancias estupefacientes” (10.58 gramos distribuidos en 89 papelillos); El criterio de la “*prognosis de peligrosidad*” de la conducta, que se encuentra íntimamente relacionado con el criterio *económico* o de *distribución*, el cual puede ser apreciado en la sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta, de 5 de marzo de 2005, dictada en causa rol único 0500157739-4, al señalar, en su parte considerativa que “(...) Además, acreditado que en su poder se encontraron 88 papelillos, 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 papelillos 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 del consumo. Así, una y otra razón, a su turno, dan cuenta de que la actividad desplegada por el acusado importó un grave peligro para la salud pública y, específicamente, para un elevado número de potenciales consumidores, Como se ve, no puede relativizarse el peligro que para la salud pública representaba la droga incautada en el procedimiento que motivo el juicio, ni menos puede sostenerse que por la situación del imputado la pena impuesta aparezca como desproporcionada o injusta, todo lo cual lleva necesariamente a determinar que no puede decirse que este poseía una pequeña cantidad de sustancias estupefacientes”; el criterio basado en atención a la *naturaleza de la droga incautada*, puede apreciarse en la sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Valparaíso, de 10 de marzo de 2005, dictada en causa rol único 0400228372-2, la que señala en su parte considerativa que “Estos 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 las “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 solo a la cantidad o gramaje de la droga en cuestión, sino también, a su naturaleza, es decir, 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”. Sin embargo, esta última sentencia introduce un elemento erróneo, cual es la naturaleza de la droga, dependiendo de sí esta es capaz de provocar o no graves efectos tóxicos, lo cual, a nuestro juicio, provoca un vicio de nulidad de la misma, al hacer errónea aplicación de la ley, contradiciendo el texto expreso de la misma, toda vez que el inciso 1° del artículo 4° de la ley, señala expresamente que esta norma se aplica tanto a las sustancias del inciso 1° como a las del inciso 2° del artículo 1°, al paso que, además, introduce en la praxis la confusión de hacer aplicable la rebaja establecida en el inciso 2° del artículo 1° a los casos de tráficos de pequeñas cantidades de cannabis sativa, sin tener en consideración que el legislador ya hizo una rebaja de pena, atendida la pequeña cantidad, sin hacer distinciones de otra naturaleza. Finalmente, más progresista y en la línea del presente estudio, se ha pronunciado el Tribunal Oral en Lo Penal de Rancagua, el cual ha contemplado en forma conjunta diversos criterios para estimar si estamos o no frente al delito de microtráfico. Así, en sentencia de 2 de marzo de 2005, dictada en causa rol único 0400237773-5 señaló que “(...) La presencia de elementos ajenos en el clorhidrato de cocaína no hicieron pensar a este tribunal Oral que se debió a una modificación hecha por el acusado; entendió que compró cierta cantidad de droga con esos aditamentos y luego subdividió su contenido en varios papelillos, o bien, compró a otra persona la cantidad de papelillos que portaba para su venta

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

Ello también ha sido reconocido, de cierta manera, por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha diecinueve de julio de 2005, que ha entregado al juez la facultad de determinar, conforme a los elementos concurrentes en el caso concreto, el tipo penal aplicable.

Tratándose de la materia en cuestión, esta sentencia es referencia obligada, debido a la errónea interpretación que, a nuestro juicio, ha realizado la Excelentísima Corte Suprema, del concepto de “*pequeña cantidad*”, al entenderlo no como un elemento normativo de la conducta, si no como un elemento “*regulativo*”, refiriéndose a aquellos elementos que, contemplados en la descripción típica de la conducta por el legislador, implican un mandato para el juez de decidir el caso a partir de sus particularidades concretas, renunciando entonces el legislador a regular la conducta, o como refiere dicha sentencia, reproduciendo a Henkel:

“si el legislador utiliza una cláusula regulativa, ello no significa dación de norma, sino que implica, al contrario, una renuncia a establecerla. Es la negación de la norma legislativa acompañada de la instrucción de desarrollar la norma judicial a partir del caso que se juzga”.¹⁵

Resulta evidente que, en este ámbito, dicha sentencia no hace sino solucionar la cuestión acerca de, cuando debe darse aplicación a la norma del artículo 4° de la ley 20.000, renunciando a solucionar ella misma el problema de su aplicación y por tanto, entregando la misma a la decisión absoluta del juez. En otras palabras, dice la sentencia de la Corte Suprema, la aplicación del artículo 4° no depende de la “*pequeña cantidad*” sino que este elemento es un llamado al juez para que determine soberanamente, tomando en consideración una multiplicidad de circunstancias “que, incluso, resulta difícil de imaginar” señala la sentencia. Se intenta precisar el contenido de un elemento y se indica que, precisamente, este elemento carece de contenido porque es un llamado al juez para que tome los particulares del caso *sub Iudice* y los aplique en la solución del mismo. Si bien es cierto, se ha planteado aquí, la necesidad de reconocer algunos elementos como necesarios para determinar el tipo penal aplicable, ello no significa dejar entregada la determinación de esos elementos al propio juez, dado que, según se ha dicho, estos pueden resultar innumerables. Por lo anterior, razón llevan quienes critican esta forma de interpretar el elemento “*pequeña cantidad*”, señalando que se vulnera el principio de tipicidad, al no determinarse la conducta sancionada e incluso, yendo más lejos, torna imposible la aplicación de la presunción de conocimiento de la ley, toda vez que esta se

posterior. No se le puede imputar, porque no se probó, que la adulteró, ni que poseyera la implementación necesaria para agregar a la marihuana elementos químicos(...) para otorgarle mayor poder adictivo, ni que formara parte de una red de narcotraficantes vinculados a sujetos que comercian con cantidades superiores de droga, a esos que están en la mira del legislador penal para aplicarles con todo el rigor las penas que merecen y que se establecen en el articulado de la ley 20.000; ni el nivel que ocupa en la distribución de la droga, si es importante o es el último engranaje(...)”.

¹⁵ HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Trad.: GUZMÁN DÁLBORA, José, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2005, VII, pp. 126 y 127. Citado también en sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de julio de 2006. Causa Rol N° 2005-05.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

construye en el propio caso por el sentenciador, *a posteriori* de la ejecución del hecho. Por otra parte, se hace una equivocada interpretación del elemento “*pequeña cantidad*”, puesto que, se otorga al juez la facultad de echar mano de un sinfín de elementos en donde la imaginación puede no llegar a tener límites, con el propósito de llenar de contenido el referido concepto. Dos cosas distintas son, por un lado, reconocer el elemento “*pequeña cantidad*” como pivote de la solución del concurso de leyes, reconociendo otros elementos como la pureza de la droga o algunas circunstancias del delito, cuando la sola referencia a la cantidad no basta y otra muy distinta es pretender que, a través de estas últimas, se determine lo que debe entenderse por pequeña cantidad; precisamente lo que pretende decirnos la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, a través de la introducción de los “elementos regulativos”. Finalmente, un último argumento cabe agregar a lo ya señalado; con la doctrina de los elementos regulativos, se torna casi imposible solucionar *a priori* el concurso aparente de leyes penales que se suscita entre las normas en estudio, dado que prácticamente desaparece el elemento especializante, al ser indeterminado: a título ejemplar, podría parangonarse a lo que sucedería si el legislador hubiese contemplado, en el delito de parricidio, en vez de la designación específica de los parientes respecto de los cuales se comete dicho delito, simplemente la expresión “El que matare a otro con quien estuviere ligado por vínculos familiares”, sin especificar a qué tipo de vínculos se refiere o que debe entenderse por “vínculo familiar”. Solo el sentenciador estaría en condiciones de solucionar el concurso aparente de leyes penales, no así el intérprete de la ley.¹⁶

Respecto al contenido del concepto “*pequeña cantidad*”, de por sí incierto,¹⁷ aparte de la sentencia ya expuesta, muy pocas opiniones se han vertido a este respecto, destacando aquella que relaciona el concepto de “*pequeña cantidad*” con la necesaria sólo para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo,¹⁸ lo cual, si bien arroja algunas luces

¹⁶ Esta situación ha llevado a que nuestros tribunales prescindan absolutamente del elemento “pequeña cantidad” para determinar el tipo penal aplicable. Véanse las sentencias dictadas en las causas rol único 0800389797-5 y 0800890227-6 dictadas por el 2º tribunal oral en lo penal de Santiago, en donde se condena a los acusados por infracción al artículo 4º, afirmando en las sentencias que “al determinarlo de esta forma, el Tribunal desestima la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación del Ministerio Público, pues, el deslinde entre una conducta de microtráfico y una de tráfico propiamente tal no es una cuestión meramente cuantitativa, de gramos más o menos, se precisa entonces discernir dicha distinción recurriendo a criterios cualitativos y contextuales. Entre ellos, creen estos jueces de mayoría, que merece atención aquel que vincula el microtráfico a una conducta asociada a la venta en pequeñas cantidades al consumidor final, a venta al menudeo, que suele efectuarse en contenedores compatibles a dicha venta, con una sustancia que suele no ser de alta pureza, mismas que se efectúan regularmente desde el domicilio de los involucrados y a los adictos del sector, criterios que se encuentran ampliamente satisfechos con los antecedentes probatorios vertidos en la audiencia”. En estos fallos, el tribunal prescinde completamente del elemento especializante, sobre todo si se tiene en cuenta que las cantidades incautadas fueron de 250 y 492 gramos respectivamente.

¹⁷ NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 4º de la ley N° 20.000”, *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXVI, Semestre I (2005), p. 265. El autor afirma el carácter “relacional” del elemento “pequeña cantidad”, es decir, un término no absoluto que es incapaz de explicarse a sí mismo, requiriéndose de otros elementos para explicar su contenido.

¹⁸ En contra NAVARRO DOLMETSCH, “El delito de tráfico ilícito”, cit. nota n° 17, pp. 271, 272 y 280. Para quien la pequeña cantidad no es sinónima de una cantidad mínima o escasa, incluso criticando la

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

sobre el tema, no soluciona el problema que aquí nos ocupa, puesto que el concepto de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo es también indeterminado y difícil de cuantificar: ¿Cuanta cantidad de una determinada sustancia estupefaciente o psicotrópica, se puede admitir como destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo? Naturalmente, esta pregunta no pueden ser contestada desde el ámbito de la dogmática penal y por tanto, deberá reconducirse su estudio y búsqueda hacia ciertas disciplinas científicas, como la farmacología, y el estudio de la toxicomanía. Una cosa es cierta; no puede pretender el legislador sancionar con una mayor pena a quien no puede justificar una mayor dependencia del consumo de las drogas y menos a quien consume más.^{19 20} Algunos estudios han intentado aportar parámetros objetivos, principalmente en lo concerniente a la relación existente entre cantidad de droga y número de dosis que se pueden obtener de esta, pero estos informes y estudios no han logrado resolver el dilema, sirviendo simplemente de modelos ilustrativos.²¹

Si bien es cierto, conforme a esta idea, parece resultar coherente la definición de “*pequeña cantidad*” como la necesaria para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, atendida la lógica relación existente entre tráfico, microtráfico y consumo, desde el punto de vista práctico, resulta altamente inconveniente, dado que es necesario reconocer que, si el legislador contempló la “*pequeña cantidad*” como único elemento especializante, ello

denominación de “microtráfico” no contemplada en la ley, por lo que la “pequeña cantidad” no es aquella asimilable a la que puede ser consumida en forma personal exclusiva y próxima en el tiempo.

¹⁹ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal*, cit. nota n° 11. Esta crítica también ya había sido adelantada por estos autores, respecto a la destinación de la sustancia para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, debido a que primerizos en el consumo no podrían acreditar esta circunstancia, a diferencia de avezados “dealers”, que podrían justificar la tenencia de pequeñas cantidades destinadas al tráfico, debido a su condición de consumidores habituales. Ello, evidentemente siempre que el delito de tráfico no resulte acreditado por otros medios de prueba más directos. En este mismo sentido se refiere Rey Huidobro al señalar que “La exención de responsabilidad alcanza a todo poseedor consumidor y no sólo al que reúne la cualidad de toxicómano; como dice la Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 15 de febrero de 1983: “(...) no sólo la posesión del drogadicto es acto impune, dado que, además de los sujetos adictos al consumo de estupefacientes en estado de dependencia, también se abastecen de tales sustancias quienes todavía no se han iniciado en su uso y desean hacerlo, así como aquellos que, aún iniciados, no han adquirido el hábito de su consumo”. REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico ilícito*, cit. nota n° 3, p. 25.

²⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 3ª Ed., 1997, Tomo IV, p. 308. Este autor es más radical, pues en su concepto, el consumidor, derechamente y sin excepción (al menos, no parece desprenderse del texto lo contrario), es un enfermo.

²¹ Cabe anotar aquí que, tratándose de sustancias psicotrópicas que normalmente son expandidas con receta cheque oficial y que se encuentran controladas por la ley 20.000 y su reglamento, resulta más fácil la determinación de lo que deba entenderse por consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, si se tiene presente que las prescripciones de dichas sustancias se encuentran referidas a un determinado lapso de tiempo, que es el necesario para realizar el tratamiento y con una determinada posología, es decir, relación número de psicotrópicos/lapso de tiempo. En este sentido, véase a título ejemplar el artículo 236F del Código Penal de la República de Panamá, introducido por el texto único de la ley de Drogas de dicho país, el cual señala que “Si el que adquiere o posee drogas, depende física o psíquicamente de las mismas y la cantidad es escasa, de modo que acredite que son para su uso personal, se le aplicarán únicamente medidas de seguridad. *Se entenderá por cantidad escasa destinada para su uso personal, la medida posológica limitada a una dosis, la cual será establecida por el médico forense del Ministerio Público* ” (el destacado es nuestro).

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

solamente obedece a que se trata de un elemento más fácil de tipificar que otros. Sin embargo, al considerar esta sólo como la necesaria para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, se restringe la aplicación de la figura del artículo 4º, toda vez que, dicha cantidad debería estimarse como exigua, si entendemos que la droga que normalmente porta una persona es aquella que ésta puede consumir dentro un mismo contexto espacio-temporal.²² Así, podría no considerarse como destinada al consumo aquella droga que porta un sujeto destinada a ser consumida en una fiesta que tendrá lugar dentro de una semana, pero sí aquella que porta el sujeto que sale a divertirse un fin de semana. Por ello, como señalamos anteriormente, la intención del legislador al contemplar la norma del artículo 4º fue acertadísima, pero los elementos y la forma de describir y diferenciar las conductas incriminadas ha sido, a nuestro juicio, erradas, al no contemplar otros elementos que, en subsidio o complemento de la cantidad, puedan solucionar el problema de interpretación legal, sin por ello caer en un casuismo excesivo. Se podrá argumentar en contrario, que la *ratio legis* de la figura del artículo 4º es aplicar una pena inferior solo en razón de la menor cantidad traficada, debido a que, bajo la vigencia de la ley 19.366 se producía una grave desproporción de penas. Sin embargo, este argumento debe ser mirado con reservas, debido a que, durante la discusión parlamentaria de la ley 20.000 se hizo presente la necesidad de otorgar cierta flexibilidad al juez y al fiscal para ponderar los hechos. También se tuvo presente la dificultad que significa determinar en abstracto lo que debe entenderse por “pequeña cantidad destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”, como sí lo han hecho otras legislaciones, como la venezolana.²³ Por lo pronto, al parecer poco se aprendió de las discusiones en la doctrina y

²² MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Venta de cantidades mínimas de droga; insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVI (2003), pp. 45 y 46. Se refiere la autora, al pleno del Tribunal Supremo Español, de 24 de enero de 2003, destinado a resolver la tipicidad o atipicidad de la venta de cantidades mínimas de drogas, estableciéndose en el mismo un cuadro relativo a 6 (seis) sustancias con indicación de datos sobre dosis de abuso habitual, dosis de consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva (*mdp*). Las sentencias que se han basado en dicho cuadro, utilizan el *mdp* como límite entre la tipicidad y atipicidad de las ventas de cantidades pequeñas de droga.

²³ En efecto, esta legislación es una de las pocas en las cuales puede advertirse el modelo alternativo no contemplado por nuestra legislación, de establecer cantidades y modalidades especiales de comisión del delito; para ello basta referirse al artículo 36 de la ley orgánica de Control de sustancias Estupefacientes y psicotrópicas de Venezuela, el cual señala; “El que ilícitamente posea las sustancias, materias primas, semillas, resinas, plantas a que se refiere esta ley, con fines distintos a los previstos en los artículos 3º, 34 y 35 y al del consumo personal establecido en el artículo 75, será sancionado con prisión de cuatro a seis años. A los efectos de la posesión se tomarán en cuenta las siguientes cantidades: hasta dos gramos, para los casos de posesión de cocaína o sus derivados, compuestos o mezclas con uno o varios ingredientes; y hasta veinte gramos, para los casos de cannabis sativa. En la posesión de otras sustancias estupefacientes o psicotrópicas, el juez considerará cantidades semejantes de acuerdo a la naturaleza y presentación de las sustancias. En ninguno de los casos se considerará el grado de pureza de las mismas. Los jueces apreciarán las circunstancias del culpable del hecho y la cantidad de sustancias decomisadas para imponer la pena en el límite inferior o superior, conforme a las reglas previstas en el artículo 37 del Código Penal”. Con algunos matices puede advertirse como habría quedado el artículo 4º redactado si se hubiesen contemplado cantidades mínimas o máximas como elementos especializantes del delito, como ha pretendido hacerlo el Tribunal Supremo español, lo cual también hubiese sido un desacierto, porque, convéngase, la excesiva indeterminación del artículo 4º restringe tanto la aplicación de la privilegiante como una norma *numerus clausus*. Advuértase también que, a diferencia de lo aquí planteado, la legislación venezolana excluyó como circunstancia ha

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

jurisprudencia comparadas, donde estos problemas fueron advertidos mucho tiempo antes de la entrada en vigencia de la ley 20.000.

2. Régimen general de concursos en la ley 20.000.

La doctrina mayoritaria considera, absorbidos en el mayor disvalor de injusto de delitos como el de tráfico ilícito de drogas del artículo 3°, aquellos ilícitos de menor entidad, como son los casos de la elaboración, producción, transformación, extracción, etc., de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o de la plantación, siembra, cultivo o cosecha de especies vegetales del género *cannabis sativa*, ya sea, porque se piense que son actos preparatorios de un delito general, como es el tráfico ilícito, ya porque se estime que la concurrencia de estos configura un concurso aparente de leyes penales. De esta manera, en el régimen concursal de los delitos de la ley 20.000, cobra relevancia la aplicación del principio de consunción. Sin embargo, en el tratamiento de los concursos en este tipo de delitos, parece orientarse la doctrina, de preferencia, hacia el estudio de la reiteración de conductas que por sí mismas, consideradas individualmente, son constitutivas de tráfico, pero que consideradas en su conjunto, como manifestación de una sola empresa criminal, la ley sanciona como un solo delito, vale decir, lo que ha devenido en llamarse *delitos de emprendimiento*.²⁴

El problema que se pretende tratar aquí, es enfocado en forma precisa por Matus,²⁵ al señalar que:

“Ello demuestra (refiriéndose a la concurrencia de diversas figuras penales que pueden estar en relación de especialidad, ejemplificándolo con la relación entre parricidio y homicidio), como ya sostuviera Baumgarten,²⁶ que la relación lógica

considerar entre el tráfico y el consumo, expresamente el grado de pureza de las sustancias, al parecer, por el mero hecho de la fijación de cantidades, lo cual, a nuestro juicio, resulta erróneo.

²⁴ MATUS, Jean Pierre, “Comentarios preliminares a los artículos 74 y 75. Régimen concursal en la Ley chilena”, en: ORTIZ QUIROGA, Luis; POLITOFF L., Sergio (Dirs.), *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1ª Ed., 2003, p. 387. Se refiere este autor a “una clase de delitos que se encuentran a caballo entre el delito permanente y los delitos de varios actos (aquellos en que la descripción típica sugiere la realización de dos o más acciones, como sucede, por ej., en el hurto con fuerza), donde distintas conductas que pueden realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que este participa una y otra vez. El criterio de unificación aquí es la identidad subjetiva del autor que opera dentro de una empresa criminal existente o iniciada por él (...) Aquí, la pluralidad de realizaciones típicas, aunque se encuentren separadas espacial y temporalmente, constituyen un único delito, tal como lo ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia”.

²⁵ MATUS, Jean Pierre, “Dogmática relativa a los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”, en: POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre (Coords.), *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago: Editorial Lexis Nexos, 1999, pp. 247 y 248.

²⁶ Se refiere el autor al penalista alemán Arthur Baumgarten, quien a comienzos de 1930, acuñara la célebre frase relativa a la distinción entre hecho y acción; “Una acción, un delito, quien cuente de otra manera lo tendría que hacer con la cooperación de una tabla de multiplicar bruja”. BAUMGARTEN, Arthur, *Die Idealkonkurrenz*, Tomo II. p. 189, citado por MUÑOZ HORMENT, Humberto, “Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, N° 2, (1986), p. 355.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

existente en abstracto entre dos figuras penales no determina por sí sola la relación concursal que existirá en concreto, pues entre figuras en relación de especialidad bien puede darse un concurso ideal como uno de leyes, por especialidad, si en el caso concreto se realizan una sola vez los presupuestos de la figura básica, o incluso por consunción...”

2.1. El concurso aparente de leyes penales entre los artículos 3° y 4° de la ley 20.000.

En nuestro país, la doctrina mayoritaria considera el concurso (aparente) de leyes penales un problema de interpretación de la ley. Así, en opinión de Cury:

“Hay un concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”.^{27 28}

Al tratar aquí solo los delitos que constituyen modalidades especiales del delito de tráfico, relativo a las conductas de promover, inducir o facilitar sustancias estupefacientes o psicotrópicas (que son los verbos rectores de las conductas básicas sancionadas por el legislador y respecto de las cuales, las demás señaladas en los artículos 3° y 4° vienen a ser presunciones simplemente legales de autoría, tales como exportar, importar, transferir, suministrar, portar, guardar, poseer, transportar, etc.), surge el problema de determinar el título de incriminación aplicable cuando un mismo hecho, compuesto de una o varias acciones, diferenciadas espacio-temporalmente, satisface los requisitos de más de un tipo penal, como parece ocurrir con los delitos de los artículos 3° y 4° de la ley, configurando de esta forma, un concurso (aparente) de ley penal, debido al ya tantas veces mencionado elemento de la “*pequeña cantidad*”.²⁹

²⁷ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª Ed. ampliada, 2005, pp. 667 y ss. Véase también lo referido por el autor en p. 668, respecto del concurso aparente de leyes, donde señala que “se trata en realidad de un problema de interpretación, como en efecto ya se anticipó. Lo que se plantea es un conflicto entre varias disposiciones, cada una de las cuales parece adecuada en principio para normar el hecho, no obstante lo cual es preciso, mediante la aplicación de los recursos hermenéuticos, determinar cual es la que de veras se acomoda precisamente a todas sus particularidades fácticas y aprehende por completo su significado de valor”. Esta es la posición casi unánime de nuestra doctrina nacional. Véase también ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. nota n° 20, t. II, p. 122.

²⁸ Sobre el punto anterior, confróntese también a GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 4ª Ed. actualizada, p. 456.

²⁹ Véase CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General*, cit. nota n° 27, p. 281. Señala el autor que “En principio, esta clasificación tiene un valor relativo (se refiere el autor a la distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo). La verdad es que, desde el momento en que un concepto es incorporado al tipo, adquiere un significado normativo y jurídico, cuya precisión requiere de valoraciones”. Véase también ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, Sociedad Anónima Editora. 6ª Ed., p. 368. Para este autor, los elementos normativos requieren de una valoración ética o jurídica. Para nosotros, la distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo penal no siempre resulta tan clara. Parece haber sido la intención del legislador establecer un elemento especializante más o menos objetivo, que no requiriese mayores operaciones cognoscitivas para su determinación, para lo cual, necesariamente, se habría requerido un punto de comparación, dado que la legislación no señala que debe entenderse por pequeña o gran cantidad.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

Concordamos con lo expuesto por Matus,³⁰ quien aprecia en el concurso (aparente) de ley penal un verdadero concurso y no un problema de interpretación de la ley por consideraciones político-criminales. Sin embargo, no en todos los casos podremos echar mano de la misma solución. Conforme ya señalamos en la parte introductoria, no pueden solucionarse de la misma forma los casos de quien realiza solo una vez la conducta típica, porque, de estimarse concurso aparente, habrá que recurrir al principio de especialidad, conforme a la formulación de Merkel, para determinar la ley penal aplicable, pero recuerde el lector que, en estos casos se discute la existencia del concurso (aparente) de ley penal, por quienes, no sin alguna razón,³¹ afirman que sólo nos encontramos frente a un problema de interpretación, de delimitación de los tipos penales o de subsunción de la conducta en una sola de las leyes concursales,³² y de quien realiza habitualmente conductas de tráfico, en unos casos de cantidades que podrían estimarse pequeñas y en otros, de cantidades mayores. En estas situaciones, parece cobrar vigencia la aplicación del principio de consunción, en donde la ley penal aplicable será aquella que contemple el disvalor de los actos anteriores y/o posteriores copenados en su descripción típica.³³ Ello significa necesariamente determinar cual de los dos tipos penales comprende el valor delictivo del otro y por consiguiente, absorberlo. Sin embargo, para ello, deberemos referirnos necesariamente a la cantidad y al referirnos a dicho elemento, pareciera darse a entender la existencia de una suerte de especialidad negativa, donde la ley general absorberá a la especial, precisamente por no contener el elemento especializante o siguiendo los lineamientos de Honig, para quien se configura la absorción cuando existiendo identidad del bien jurídico protegido - la pretensión de protegerlo por medio de una disposición legal

¿Pequeña con relación a qué? Resulta ser la pregunta que cabe formularse. Sin embargo, atendida la construcción del tipo, resulta casi forzoso reconocer el carácter de elemento normativo de la pequeña cantidad, toda vez que este no puede comprenderse por sí solo sin recurrir a valoraciones culturales, axiológicas e incluso jurídicas, reflejando con ello la complejidad y deficiencia de la técnica legislativa. En este mismo sentido NAVARRO DOLMESTCH, “El delito de tráfico ilícito”, cit. nota n° 17, p. 265.

³⁰ MATUS, “La Teoría”, cit. nota n° 5, p. 295.

³¹ Véase a este respecto las ideas de Köstlin sobre la consideración como concursos meramente aparentes de los actos que realizan una especie de delito y pueden subsumirse al mismo tiempo bajo la descripción de un delito genérico en KÖSTLIN, Cristián, *System des deutschen Strafrechts. Erste Abteilung, At*, Tübingen: 1885.

³² Pese a que se aprecia en este sector de la doctrina, principalmente Alemana, cierta tendencia a contemplar únicamente como casos de concurso aparente aquellos en donde efectivamente hay pluralidad de hechos, como en el tradicional ejemplo del robo con fuerza, en donde la conducta satisface los tipos penales de daños, violación de morada y hurto.

³³ Reconocemos que esta materia es discutible, pero con respecto al principio de consunción, puede presentarse el caso de quien comercializa pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes como la cannabis sativa y luego, en virtud de la escala ascendente en los modos de comisión que pueden apreciarse en estos delitos, realiza un tráfico de grandes cantidades de las mismas o de otras sustancias, de suerte que, en principio, no nos encontraremos frente a dos delitos, uno de microtráfico y otro de tráfico, si no que el disvalor del último delito, absorberá los actos anteriores copenados por merecer menor reproche legal. Lo anterior refleja una de las características de estos ilícitos, cual es, su naturaleza de delito de emprendimiento.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

es más completa que a través de otra, disposición esta última que quedaría comprendida en la primera”.³⁴

Asimismo, parece resultar innecesario referirnos a la aplicación de los principios de alternatividad y subsidiariedad, por cuestionarse la verdadera utilidad de estos y por no parecer aplicables al caso que nos ocupa.^{35 36}

Por otra parte, si bien es cierto, el concurso de leyes puede dar paso, en la realidad, a un concurso ideal de delitos, como afirma Cury³⁷ al señalar que “(...) la decisión relativa a cual de los tipos recibirá aplicación en el caso de que se trata, está precedida por la de sí, en realidad este ha de ser regido por una sola de ellas o si, más bien nos hallamos ante una auténtica pluralidad de delitos con unidad de hecho, esto es, ante un concurso ideal”, cabe descartar, en la especie, la procedencia del concurso ideal, teniendo presente lo señalado en el párrafo precedente y además, porque no pueden aplicarse ambas normas, sin riesgo de vulnerar el principio del “Non bis in idem” dado que la existencia del concurso ideal, conforme al artículo 75 del Código Penal, implica un efecto penológico que resulta injustificado e improcedente, debido a que la sanción final comprenderá el disvalor del injusto de ambos delitos, al paso que el hecho en sí, satisface una sola de las descripciones

³⁴ CURY URZUA, *Derecho Penal. Parte General*, cit. nota n° 27, pp. 668 y 669. También lo entiende de esta forma y así lo expresa al señalar que “Hay un concurso ideal (aparente de leyes) de delitos cuando el hecho parece ser captado por dos normas, pero estas se encuentran en relación de género a especie y es la ley especial la que lo aprehende de manera más perfecta en todas sus particularidades. En tal caso, la norma general será desplazada y el hecho será regulado solo por la especial”.

³⁵ Sin perjuicio de lo cual, si el legislador hubiese tipificado el delito de microtráfico como subsidiaria de la figura del artículo 3°, que habría quedado desplazada cuando concurriera el elemento “pequeña cantidad”, ello no habría significado sino un argumento circular de la ley, porque nuevamente el concurso se habría solucionado conforme al principio de especialidad. Por ello, es que resultan acertadas algunas críticas, especialmente las formuladas por ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. nota n° 20, t. II, pp. 127 y 128. Este autor observa que el principio de subsidiariedad carece completamente de autonomía. En este mismo sentido GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte General*, cit. nota n° 28, quien señala que el principio de subsidiariedad “Se refiere a aquellos casos en que una ley, expresa o tácitamente, dispone que corresponde aplicarla exclusivamente cuando no hay otra norma referente al caso. Se trata de preceptos de carácter subsidiarios, que por mandato legal sólo se aplican en ausencia de una norma genérica, común o específica. Constituyen aplicación expresa del principio de especialidad cuando se refiere a una norma en particular, o del principio de la consunción cuando alude en forma genérica a otras disposiciones legales.”. En forma relativa MATUS, “Comentarios preliminares”, cit. nota n° 24, pp. 389 y 390, autor que señala; “Este principio es rechazado por la doctrina mayoritaria, considerando que se refiere a situaciones abarcables por el principio de especialidad o el de consunción, o a simples delimitaciones del alcance de ciertas normas, sin contenido material. Sin embargo, aunque es cierto que las reglas de los artículos 8, 16 y 17 pueden verse de esa última manera, no lo es menos que existen una serie de casos no abarcables por esas reglas ni por las de especialidad o consunción, que van más allá de ciertas consideraciones “puramente utilitarias” de “política criminal”. Son los casos en que la relación entre dos preceptos legales, por lo menos un caso concreto que es subsumible en uno de dichos preceptos lo es también en el otro, y por lo menos un caso concreto que es subsumible en el primero no lo es en el segundo, y viceversa, siempre que ambos preceptos tengan en común al menos una misma propiedad jurídico penalmente relevante”.

³⁶ Al mismo respecto Welzel reconoce la vigencia del principio, junto al de especialidad y consunción, sin referirse siquiera al de alternatividad, reconociendo que la subsidiariedad puede ser expresa o tácita. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Trad.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YAÑEZ PÉREZ, Sergio, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 4ª Ed., 1997, p. 277.

³⁷ CURY URZUA, *Derecho Penal. Parte General*, cit. nota n° 27, p. 668.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

típicas y el concurso de leyes consiste, precisamente, en determinar cual de las dos es la que colma por completo el hecho. No debe olvidarse que, en el concurso ideal si bien se aplica la pena de uno solo de los delitos, el hecho satisface dos o más leyes penales, las que no quedan desplazadas como ocurre en el caso del concurso aparente.³⁸

Tampoco resulta ser una solución al problema concursal, la distinción efectuada por el legislador, entre las presunciones de autoría para los delitos de tráfico y microtráfico, pues no se ve razón alguna para negar participación a título de microtráfico respecto de quien importa o exporta sustancias estupefacientes o psicotrópicas en pequeñas cantidades. Como bien reconoce parte de la doctrina nacional,³⁹ es perfectamente concebible el transporte de pequeñas cantidades de drogas por parte de personas que cruzan las fronteras de otros países buscando mejores expectativas, puesto que subyacente en ambas hipótesis, se encuentra el transporte de la droga. Sin embargo, tampoco parece ser político-criminalmente correcto hacer equivalentes estas conductas, pues se corre el riesgo de poner el acento de la persecución penal en el transportista que, generalmente no tiene la posesión de la droga y no en quien ha puesto todos los medios materiales, económicos o humanos para la eficaz ejecución del tráfico ilícito transnacional, es decir, en términos comerciales, por un lado, el exportador o importador- dueño de la droga- quien la transfiere de un país a otro y la hace transportar por terceros- y por otro lado- quien la adquiere y recibe. La dificultad de la determinación del título de incriminación radica en que ambas hipótesis suponen el transporte y el porte consigo de las sustancias y como veremos, tratándose de pequeñas cantidades, entran en juego otras circunstancias como es la destinación de la droga a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo y por ello, tratándose de microtraficantes que además, tienen la calidad de consumidores, se dificulta la determinación del título de incriminación si no se cuenta con la existencia de otras circunstancias que aludan a la finalidad del transporte.

Respecto de las hipótesis de suministro, facilitación o transferencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, siempre estará presente la entrega a un tercero y por tanto, la conducta realizará el peligro de lesión del bien jurídico protegido al haber difusión de las mismas, por lo cual la conducta será siempre punible, sea a título de tráfico del artículo 3° o a título de microtráfico, lo que dependerá únicamente de la cantidad (lo que nos reenvía nuevamente al problema de la determinación de lo que debe entenderse por “pequeña

³⁸ Respecto de esta materia, diversos han sido los criterios para determinar cuando estamos frente a un concurso aparente de leyes penales y cuando frente a un concurso ideal; uno de dichos criterios es sostenido entre otros por Von Buri, quien introdujo el criterio de la cuantía de la pena para estimar si nos encontramos o no frente a una relación concursal; cuando un delito sirve de medio para la comisión de otro, o fuere uno de peligro y otro de lesión, se entenderá absorbido el delito medio o el de peligro abstracto siempre que la medida de la pena con que la ley sanciona la conducta absorbente contemple el marco penal de la absorbida; Habermaas introduce el criterio del bien jurídico protegido, negando la aplicación del concurso de leyes cuando hay pluralidad de bienes jurídicos violados o una pluralidad de violaciones del mismo bien jurídico protegido (lo que no se condice entonces con la naturaleza del delito de tráfico y en la hipótesis de habitualidad, se llegaría entonces a la afirmación de la existencia de un concurso real o ideal). Citados por MATUS, “La Teoría”, cit. nota n° 5.

³⁹ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal*, cit. nota n° 11, p. 625.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

cantidad”). Aquí resulta irrelevante si el que ejecuta la conducta además es consumidor, puesto que el tráfico se ha acreditado mediante otro medio de prueba más directo como es la entrega a un tercero de las sustancias controladas. Así también lo estima Navarro Dolmestch, respecto de las conductas que implican circulación, es decir, entrega de la droga a un tercero.⁴⁰

Con relación a las hipótesis de guardar, portar consigo (que supone necesariamente el transporte de las sustancias) y posesión, se les aplica el mismo razonamiento señalado en el párrafo anterior, con la excepción de que, si estas cantidades están destinadas a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, no serán punibles a título de microtráfico si no que operará la causal de justificación del inciso 3° del artículo 4° lo que remite la sanción de la conducta al artículo 50 de la ley 20.000. Pero ello será objeto de estudio del apartado siguiente. Con relación a la hipótesis de adquisición, la determinación de la sanción es quizás la más difícil, junto a la del transporte de pequeña cantidad, puesto que ella implica determinar el dolo del sujeto activo. Por ello, el inciso 2° del artículo 4° señala que la conducta será sancionable a título de microtráfico cuando la sustancia adquirida esté destinada a ser consumida por un tercero. Y decimos que la determinación de la sanción será más compleja, por cuanto, a diferencia de las demás hipótesis ya vistas (transferencia, suministro y facilitación), aquí no hay entrega de la droga a un tercero.⁴¹

Finalmente, respecto de la hipótesis de sustracción de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, esta ha sido sancionada, a nuestro juicio correctamente, sólo en la figura del artículo 3°, dado que atendida la penalidad de los delitos contra la propiedad, que normalmente, en los casos más comunes parten en presidio mayor en sus grados mínimo a medio (robo con violencia o intimidación y robo en lugar habitado, de los artículos 436 inciso 1° y 440 del Código Penal) está será equivalente a la sanción del delito de la primera de las normas mencionadas, por lo que, con ello se busca evitar la desproporción de penas que existiría al sancionar la sustracción de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas destinadas al tráfico. No obstante lo señalado, esta norma responde solo a criterios de persecución político-criminal, al desincentivarse lo que, en la jerga vulgar se denomina “mexicana”, puesto que, siendo el derecho penal accesorio y fragmentario, no puede este reconocer dominio sobre sustancias ilícitas, atendido lo dispuesto en el artículo 1464 del Código Civil.^{42 43}

⁴⁰ NAVARRO DOLMESTCH, “El delito de tráfico ilícito”, cit. nota n° 17, p. 278.

⁴¹ REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico ilícito*, cit. nota n° 3, p. 38. Se refiere el autor a las diversas sentencias en que el Tribunal Supremo Español, se ha hecho cargo de la exigencia de un “*animus*” especial en quien porta sustancias estupefacientes o psicotrópicas, atendido el principio de inocencia que debe favorecer al imputado y al hecho de que, el último acto del “ciclo de la droga” es impune, como es el consumo personal. Así, en sentencia de 03 de febrero de 1998, ha señalado que “Es preciso acudir a la prueba indiciaria para alcanzar la inferencia acerca del destino que pretendía darse a las sustancias psicotrópicas halladas en poder de los acusados, en cuanto entraña un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra forma que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia”.

⁴² La regla general en este tipo de delitos es que el porte o tenencia de sustancias psicotrópicas se encuentra prohibido, salvo que se cuente con la autorización competente, pero ello no hace perder el carácter tóxico a la

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

3. El concurso aparente de leyes penales entre los artículos 4° y 50 de la ley 20.000.

Conforme a la redacción del artículo 4° de la ley 20.000, el imputado podrá *acreditar* que la pequeña cantidad portada, guardada o poseída, se encuentra destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.⁴⁴ Nótese que esta posibilidad de probar la destinación de la droga al consumo personal se encuentra contemplada sólo para el tráfico del artículo 4° y no respecto de la figura del artículo 3° porque ello significaría romper la lógica de la estructura del tipo penal, toda vez que no se puede justificar la destinación al consumo de cantidades mayores de droga, lo cual evita las argumentaciones que, bajo la vigencia de la ley 19.366 intentaban probar la destinación de la sustancia para un consumo personal pero prolongado en el tiempo. Sin embargo, la determinación de la destinación se hará en atención al grado de pureza de la droga y a las circunstancias de la posesión, porte, guarda o tenencia de la misma. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha hecho aplicables las mismas circunstancias para distinguir las conductas de los artículos 3° y 4°. Ahora bien, se discute sobre quien recae la carga de probar que la droga esta destinada a ser consumida en forma personal y próxima en el tiempo; si es del propio sujeto activo, dado que, conforme a la tipicidad del artículo 4°, esta resulta ser la figura base respecto de la falta del artículo 50 y, a menos que justifique la circunstancia ya señalada, corresponde sancionar la conducta a título de microtráfico o del ente acusador, al establecer el principio de inocencia como principio rector del derecho penal. Al menos, desde el punto de vista meramente exégetico, los tribunales han acogido la primera de las alternativas propuestas.

En búsqueda de una solución a esta discusión, se ha introducido el concepto de la *preordenación* del porte para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, también conocida como teoría de la *consunción inversa*, introducida por Jakobs, según la cual, un acto anterior o acompañante de un acto lícito, como lo es el porte respecto del consumo, que en principio sería impune, debe estimarse también lícito. Sin embargo, esta teoría parte del supuesto errado de presumir la intencionalidad del sujeto activo y choca con la necesaria prueba que este debe rendir para acreditar que las sustancias estupefacientes o psicotrópicas se encontraban destinadas a ser consumidas por él mismo (ni siquiera por un tercero por que, según se dijo, esto constituye tráfico al haber puesta en peligro del bien jurídico salud pública), concepto que ha sido esgrimido casi como una *presunción de jure a*

sustancia, por lo que puede afirmarse que, efectivamente existe objeto ilícito en la adquisición de estas sustancias, si no se cuenta con la referida autorización, pues ello implica que su destinación no es para un fin lícito, como sería el uso terapéutico o farmacológico, sino, para el consumo propio o de terceros.

⁴³ El artículo 1464 del Código Civil señala que “Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1° De las cosas que no están en el comercio” dentro de las cuales claramente se encuentran los estupefacientes. Respecto de los psicotrópicos, estos se rigen por normas especiales, de conformidad a los decretos del Ministerio de Salud números 404 y 405, publicados en el Diario Oficial de 20 de febrero de 1984.

⁴⁴ No parece existir acuerdo en la doctrina respecto a la naturaleza de este elemento negativo del tipo penal. Para NAVARRO DOLMESTCH, “El delito de tráfico ilícito”, cit. nota n° 17, p. 277, la destinación de la droga a un “autoconsumo” haría la conducta atípica. En cambio, para POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, *Lecciones de Derecho Penal*, cit. nota n° 11, p. 586, sería esta una causal de justificación de la misma, dado que en principio, la conducta sería típica pero justificada.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

favor del sujeto activo, lo que trastoca el sentido y alcances de las normas en estudio. Nótese que el artículo 4° de la ley hace recaer en el sujeto activo la carga de probar la destinación de la droga, porque, según lo ya dicho, la figura básica en relación con el porte o tenencia es la del artículo 4° y en principio, quien alega destinación de la droga para su propio consumo, debe probar su calidad de consumidor. Sin embargo, no siendo objeto de este estudio, podemos afirmar que esta idea se fundamenta en la eterna discusión político-criminal de la despenalización del consumo de drogas. El punto de partida es la incorrecta redacción de la norma del artículo 50 de la ley 20.000, que parece dar protección a la salud individual, bien jurídico que ha sido desprovisto de protección penal por la doctrina mayoritaria, puesto que la injerencia del Estado en este ámbito implicaría violentar el campo de libertad y autodeterminación individual de las personas, reconocido por la constitución y las leyes. A contrario sensu, los intentos de darle coherencia a la punición del consumo han agregado ciertos elementos a la descripción típica, como es el caso de la *ostentación pública* de la droga, como si con ello pretendiera el legislador sancionar una especie de “inducción” al consumo. Sin embargo, con la consunción inversa parecen quedar impunes, los casos en que, habiendo consumo privado no concertado, este se hace frente a terceras personas, por ejemplo, menores de edad, y en donde, de seguirse la tesis expuesta, cabría reconocer el riesgo de imitación de la conducta por estos, al paso que, tampoco parece dar una solución al problema, la teoría de la *preordenación o consunción inversa*, porque esta tesis contradice el texto expreso del inciso final del artículo 4°, que contempla la obligación de prueba del sujeto activo, aunque es necesario reconocer que esta interpretación se encuentra en mejor pie para dar solución al problema, al reconocerse la lógica: ejecución de un acto preparatorio-porte o tenencia de drogas en lugares públicos- de un acto impune-consumo privado no concertado (distinción que no hace la ley). Asimismo, deben separarse las aguas en esta discusión, puesto que dos cosas muy distintas son, por un lado, sancionar el consumo, de suyo cuestionable, y por otra, que el Estado ponga los esfuerzos en evitar que sustancias estupefacientes o psicotrópicas lleguen a manos de los consumidores finales, dados los efectos conocidamente dañosos para la salud; adviértase al lector que, con lo dicho, no se hace referencia al intento de algunas legislaciones europeas que, a comienzos de los años 60 adoptaron políticas públicas de control del consumo de drogas, con el objeto de evitar la existencia de mercados negros y redes criminales, nacionales e internacionales dedicadas al narcotráfico, como en Holanda e Inglaterra (este último, con la dictación de las “*Dangerous Drug Regulations*” y las “*Supply to Addicts Regulations*”), sistema que, matices más o menos, evita el riesgo de difusión incontrolada de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, riesgo que, en gran parte fundamenta la punibilidad de las conductas de tráfico en las legislaciones en general.⁴⁵

Sin embargo, a estas alturas poco esfuerzo costará al lector advertir que, nuevamente la piedra de tope a la solución del concurso es el significado del concepto del “*consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*”, porque, además, prácticamente se deja a

⁴⁵ DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Una propuesta alternativa al discurso de la criminalización/descriminalización de las drogas” *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N°2 (1995), pp. 213-225. Véase este artículo para más información sobre este tema, tan arduamente debatido por la doctrina y en la jurisprudencia.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

criterio del sujeto activo la calificación de la conducta, en tanto más consumidor aparenta o demuestra ser, más cantidad de droga puede portar o poseer, con el riesgo inevitable de la difusión incontrolada.⁴⁶

Siguiendo la lógica de la norma, podemos preguntarnos, qué quiso decir el legislador con las *circunstancias del porte, tenencia o posesión* de las sustancias; pareciera hacerse una oblicua referencia a ciertas conductas “*sospechosas*” del sujeto activo, de las cuales podría el sentenciador deducir que la droga estaba destinada a ser consumida por terceros o mejor dicho, traficada por el agente; si la droga está o no dosificada, es algo de lo cual las sentencias en la materia se han hecho cargo reiteradamente, según vimos; la existencia de acompañar al porte de droga, la tenencia de otros objetos tales como dinero en billetes de baja denominación; bolsas dosificadoras, balanzas digitales, armas de fuego, ocultamiento de la droga en zonas genito-anales (en los típicos casos de tráfico en recintos de detención o penitenciarios), la circunstancia de encontrarse el sujeto activo en lugares faltos de vigilancia, que favorecen la clandestinidad necesaria e inherente al tráfico, etc., son todas circunstancias que han sido reconocidas por la jurisprudencia para probar el microtráfico y descartar la destinación al consumo personal.

Conclusiones

Lo expuesto precedentemente, nos permite arribar a una primera e importante conclusión; la sola referencia que la ley ha hecho a la “*pequeña cantidad*”, no basta por sí sola para solucionar el concurso de leyes cuando atendida la cantidad traficada, no pueda determinarse, mediante una simple operación cognoscitiva, la norma legal aplicable, siendo necesario reconocer la existencia de otros elementos que puedan ser determinantes a la hora de ayudar al fiscal y al juez a dilucidar el problema. Sin embargo, no puede el sentenciador, a la hora de resolver el caso “*sub iudice*”, prescindir de este elemento, como ha acontecido en nuestra jurisprudencia, bajo amenaza de violentar el principio de tipicidad, puesto que más allá de la buena o mala técnica legislativa, es el elemento discriminante entre las figuras de los artículos 3° y 4° de la ley 20.000. Debe tenerse en cuenta que, si bien, la jurisprudencia de nuestros tribunales, por un lado ha reconocido la existencia de estos elementos, por otro ha desistido de la búsqueda de un significado de los conceptos “*pequeña cantidad*” y “*consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*”. Ello no significa, como lo ha sostenido la Corte Suprema, que el concepto de “*pequeña cantidad*” sea un concepto vacío de contenido y tan solo una invitación al juez a buscar la solución en los elementos concomitantes del caso concreto, porque ello crea incertidumbre jurídica,

⁴⁶ REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico ilícito*, cit. nota n° 3, pp. 32 y 33, autor que señala - acertadamente - que: “los hechos de la pura y simple tenencia (o aquellos que la conllevan como el transporte, etc.) del producto, no consiguen por sí solos, cualificar al poseedor como consumidor o traficante, y ello por el obvio motivo de que los hechos objetivos del consumo personal o del tráfico están por venir, debido a lo cual, no se puede más que confiar o atender al único elemento que en esta lógica puede ayudar a la calificación del sujeto, que son sus intenciones(...) con el riesgo notorio que supone centrar la tipicidad del hecho exclusivamente sobre un dato psíquico.”. A este respecto también, la sentencia del Tribunal Supremo Español de 28 de julio de 1981, que centró la discusión en un tema de prueba de cargo de la intencionalidad del sujeto al tráfico, destruyendo de paso la presunción de inocencia del sujeto activo.

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

vulnera el principio de tipicidad de las conductas incriminadas e impide determinar *a priori* la norma legal aplicable al hecho punible, al vaciar de contenido el elemento especializante.

Asimismo, desde esta perspectiva, la jurisprudencia nacional ha sido errática respecto a la forma de solucionar, en general, los problemas concursales que pueden darse entre diversos tipos penales de la ley 20.000 o entre un tipo penal base y uno privilegiado. Prueba de ello son las variopintas soluciones de aquellos casos de concurrencia en un mismo hecho tanto de tráfico de sustancias del inciso 1° del artículo 1° como de aquellas que no producen dependencia física o psíquica, graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, sancionando en algunos casos como un único delito, aun cuando estemos en presencia de una variedad de sustancias y en otros casos, ha estimado la existencia de un concurso, sin dar mayores luces respecto de que tipo de concursos se trataría. Nuestra posición a este respecto, dice relación con la existencia de un único delito de tráfico, independiente de la variedad de sustancias sobre las cuales pueda recaer este, toda vez que, tratándose de un delito de emprendimiento, resultará irrelevante cuantas veces se realicen las conductas típicas y sobre que sustancias recaigan estas. Asimismo, aún cuando puedan ser consideradas como un solo delito, las conductas producirán el efecto de excluir la aplicación de la rebaja facultativa del inciso 2° del artículo 1°, dado que para su aplicación (aún cuando no se desprende del tenor literal de la ley) no debe haber tráfico de sustancias que produzcan los efectos del inciso 1°. La razón de ello, parece derivar de la propia tesis contraria: de estimarse que nos encontramos frente a un concurso de delitos, este debería sancionarse conforme al artículo 75 del Código penal, por cuanto, si nos encontramos frente a una sola acción que da lugar a la aplicación de dos preceptos legales, debe aplicarse la pena más alta del delito que tenga asignada en la ley la pena más grave, es decir, en el caso concreto la de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, lo cual representa una interpretación *In malam parte*. Por demás, dicha solución se condice de mejor manera con la naturaleza del ilícito, por cuanto, al estimar que nos encontramos frente a un concurso y no a un único delito, se deja abierta la puerta para la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal, lo cual, a todas luces resulta perjudicial para el sujeto activo. Cabe tener presente que a nuestro juicio, el artículo 1° inciso 2° no contempla una figura privilegiada del tráfico de drogas, sino solamente una regla de atenuación de la pena, en atención a la naturaleza de la sustancia traficada, a contrario de lo que sucede con la norma del artículo 4° de la ley 20.000.

La teoría de los “elementos regulativos del tipo penal” contenida en una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema (véase p. 6), deviene en ayuda del juez a la hora de ponderar las conductas, pero no puede reemplazar los elementos descriptivos y normativos contenidos en la descripción típica, error en el cual han caído algunos de los fallos comentados en el presente trabajo. Por otra parte, el establecimiento de cantidades mínimas o máximas a las cuales podría estar tentado el legislador de echar mano para delimitar los tipos penales parece no ser una solución por el momento, debido a que disciplinas como la farmacología y la toxicomanía no se encuentran desarrolladas y debidamente integradas en el campo jurídico. Por demás, una regulación de este tipo obligaría a contemplar ciertas excepciones relativas al grado de dependencia del consumo de drogas que cada sujeto

RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Un problema concursal de la ley 20.000”

Polít. crim. N° 8, 2009, A4 – 8, pp. 1 – 21.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf]

activo podría presentar, lo que debería ser determinado por rigurosos exámenes psiquiátricos y/o psicológicos.

A la hora de determinar la solución del concurso de leyes, no puede desatenderse el tenor literal de la norma, pues en ella reside la solución del conflicto. Bastaría una simple modificación de la redacción de la norma del artículo 4° para precisar que pequeña cantidad solo es aquella que puede estar destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, pero, y aquí esta la novedad, no puede ser esta una cantidad única y establecida en la ley, puesto que, según se señaló, muy pocos casos quedarían comprendidos en ella.

En esta materia, en aras de buscar soluciones, se ha complejizado el problema puesto que se ha desatendido el espíritu subyacente en la creación de esta figura. En efecto, debido a que las circunstancias del porte, tenencia o posesión se han analizado a la luz de los artículos 3° y 4° y no a la luz del consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, se ha producido una confusión que ha llevado a que, verbigracia, el grado de pureza sea usado como un elemento discriminante del artículo 4° en relación con el 3°. Si en el caso concreto, el juez analiza si las circunstancias del porte, posesión o tenencia o el grado de pureza de la sustancia pueden llevarle a concluir que estas, racionalmente, pueden ser destinadas a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, entonces cabrá la sanción conforme al artículo 4° o 50 según si el sujeto activo acredita que estaban destinadas efectivamente para su consumo. Esta será entonces la “pequeña cantidad” del caso concreto. Si no pueden estar destinadas a este consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, cabrá analizar la conducta entonces a la luz de lo prescrito en el artículo 3°. En este análisis, no puede desatenderse las circunstancias personales del autor, como son su grado de dependencia del consumo de drogas, cantidad de dosis, habitualidad, tipo de sustancias que consume, etc. Ello implica entonces que, la “pequeña cantidad” es un elemento a determinar “ex post” y no “ex ante”. La diferencia con el criterio de los elementos regulativos del tipo es que ellos son los señalados en el inciso final del artículo 4° en relación con el consumo, los que permiten llenar de contenido el elemento “destinación al consumo” pero no buscan llenar de contenido directamente el elemento “pequeña cantidad”. Este último será una consecuencia del primero. Esta es la interpretación que nos permitiría, a nuestro juicio, dar una mejor solución al problema concursal aquí planteado

Finalmente, como señalásemos en un párrafo precedente, el establecimiento de cantidades mínimas o máximas a considerar es inconveniente debido a las dificultades del juzgamiento del caso concreto y a la escasa integración de concepto extrajurídicos en esta materia. Si bien respecto de los psicotrópicos, podría pensarse que constituye una “pequeña cantidad” aquella destinada a un tratamiento médico para un lapso de tiempo no superior al indicado para el tratamiento en cuestión, no debe olvidarse que la destinación a un tratamiento médico también está establecida en el artículo 3°, por lo que no puede servir de ayuda para determinar este concepto, al ser aplicable también a cantidades mayores a las destinadas a un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.