

Entrega Vigilada y Controlada

Por *Lorena Rebolledo Latorre**

I. Generalidades**

Esta técnica de investigación criminal tiene su origen en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ratificada por Chile y promulgada mediante decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del día 20 de agosto del año 1990. Se encuentra definida en su artículo 1° letra g) como “la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de drogas o Precursores y Sustancias Químicas Esenciales o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados en la presente Convención.”¹

En nuestro país con la dictación de la ley N° 19.366² en el año 1995, se incorpora a nuestra legislación (artículo 29) esta técnica de investigación, denominada “Entrega Vigilada”, que facultaba al juez del crimen, a solicitud fundada del organismo que investigara los actos preparatorios, de ejecución o consumados de alguno de los delitos sancionados en la ley de la referencia, el poder autorizar la circulación dentro o fuera del país de envíos ilícitos o sospechosos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales con el objeto de individualizar a las personas que participen en la comisión de estos hechos.

Con la reforma al sistema de enjuiciamiento criminal se adecuaron diversos cuerpos legales, entre ellos, la ley N° 19.366. Me referiré en especial a la entrega vigilada que es el tema que nos convoca. La ley N° 19.806 publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2002, sustituyó completamente el artículo 29, dejando en manos del Ministerio Público la autorización para realizar esta técnica investigativa, sin intervención judicial previa. “La eliminación de esta autorización judicial, se debió, según consta en la historia de su establecimiento, a que se entendió que las llamadas entregas vigiladas corresponden a técnicas de investigación, las que como tales no requieren la anuencia que exige la Constitución para la realización de actuaciones que afecten los derechos del imputado o de terceros.”³

Con el proyecto de ley en materia de drogas, actualmente en tramitación, se sustituye completamente

* Abogada Asesora, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, lrebolledo@minpublico.cl

** Este artículo fue realizado sobre la base del proyecto de ley que sustituye la actual Ley de Drogas. Se encuentra pendiente del trámite de control de constitucionalidad en virtud del artículo 82 N° 1 de la Constitución Política de la República.

la ley N° 19.366. Uno de los cambios más profundos que se puede apreciar es con relación a esta técnica de investigación. Se incorpora la entrega controlada, como una variante de la entrega vigilada. Aunque fácticamente ya existía, por faltar norma expresa, hubo tribunales que resolvieron en sentido de estimar que no se configuró esta técnica, porque el traslado de la droga fue hecho por la policía y no por los acusados, razonamiento del cual me haré cargo más adelante.

El concepto de entrega controlada fue aprobado en virtud de indicación hecha por el Presidente de la República. Se estimó que su inclusión “permite erradicar de plano una interpretación judicial reciente que hace inaplicable, en el hecho, este mecanismo cuando la policía reemplaza la droga, con el argumento de que el delito se habría convertido en «imposible»”.⁴

Siguiendo con las modificaciones al artículo 29 (que pasa a ser 23⁵) es importante además destacar (entre otros aspectos que se desarrollarán más adelante) que se admite expresamente la posibilidad de sustitución de la droga por una sustancia inocua, expresándose que ello no obsta a la consumación del delito.

II. Concepto y Clases

La primera acepción de “*entrega vigilada*” que hay que consignar es la legal, así el proyecto de ley, en su artículo 23 dispone:

“El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 2°, o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, las anteriormente mencionadas, los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en esta ley y los efectos de tales delitos, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos”.

De este concepto, podemos señalar que esta técnica investigativa admite dos modalidades, a saber:

1. Entrega vigilada (propiamente tal)
2. Entrega controlada (que a su vez puede ser sustitutiva)

Veamos cada una de ellas:

1. Entrega Vigilada

Se puede definir como *la circulación autorizada por el Ministerio Público, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, sin interferencia de la misma, pero bajo la vigilancia de la autoridad, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos.*

2. Entrega Controlada

Entendemos por entrega controlada *la circulación autorizada por el Ministerio Público, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), bajo el control de la autoridad, de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o de las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, mediando la intercepción de la misma, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de cualquiera de tales delitos.*

2.1 Sustitución total o parcial de la droga

La entrega sustitutiva es una variante de la controlada, es decir, implica que se den todos los presupuestos mencionados a su respecto, pero habilita para realizar la sustitución ***total o parcial de la sustancia ilícita o sospechosa interceptada, por una inocua***.

La posibilidad de sustituir las sustancias estupefacientes o psicotrópicas en la entrega vigilada, nació en virtud de una aclaración hecha por el abogado señor Diban, en la tramitación legislativa de la nueva Ley de Drogas, a fin de evitar fallos contradictorios en la materia, manifestando que “también pueden ser objeto de entregas vigiladas las sustancias por las que se hayan sustituido las drogas, para comprender por ejemplo, el caso de que la policía haya incautado drogas y las reemplace por otras sustancias, realizándose la entrega vigilada respecto de estas últimas”⁶

Esta modalidad de entrega, introducida por el proyecto de ley, se encuentra en armonía con las normas internacionales, en especial cabe destacar lo estatuido por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena el 20.12.1988⁷, en su artículo 11.3: “*Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total y parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan*”.

Por último, es menester hacer presente que, en la historia de ley, a través de una indicación del Ejecutivo se aprobó incorporar la expresión “intercepten”, porque se estimó que “añade la conducta de interceptación, para disipar cualquier duda acerca de si queda comprendida dentro de la sustitución de las sustancias que se permite en forma expresa.”⁸

Breve comentario acerca de la tentativa inidónea

Previo a mencionar un pronunciamiento de nuestro máximo tribunal sobre la materia, haré un breve comentario acerca de la tentativa inidónea o delito imposible.

“Entre los actos que aparentemente podrían considerarse de ejecución de un delito, nuestra doctrina y jurisprudencia es prácticamente unánime al considerar la *tentativa absolutamente inidónea o delito imposible* y el *delito putativo* como *hechos impunes*, por no poner en riesgo de manera alguna los bienes jurídicos protegidos penalmente.”⁹

Hay *tentativa absolutamente inidónea*, en general, cuando mediante un juicio *ex ante*, colocándose el juzgador en el momento de la acción y tomando en cuenta las circunstancias concretas y todos los elementos que habían podido estar en conocimiento del agente, se concluye que respecto al hecho concreto de que se trata, falta o es inexistente el objeto de la acción, el medio empleado es absolutamente ineficaz para conseguir el fin a que se le destina, o falta en el sujeto activo una característica personal establecida en la ley: «un hombre que hiere a un muerto creyéndolo dormido; otro que administra una sustancia inofensiva creyéndola venenosa; y un tercero que intenta sustraer una especie de su patrimonio creyéndola ajena, no pueden ser castigados como reos de tentativa».¹⁰

En este sentido, la Excma. Corte Suprema al acoger un recurso de casación en el fondo, absolvió a uno de los acusados en un delito de tráfico de drogas ***por falta de objeto material*** (la defensa señaló que no había delito, porque el acusado no recibió droga).¹¹

Sin embargo, al autorizarse expresamente, en el proyecto de ley (artículo 23 inciso primero) la ***sustitución de la droga***, no podría tener acogida esta alegación por parte de la defensa, máxime si el propio proyecto (artículo 23 inciso final) dispone que “*no obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada, el hecho de que en ella se hayan sustituido las sustancias a que se refieren los artículos 1º y 2º de esta ley.*”

En nivel comparado, en España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el punto 2 de su artículo 263 bis, contempla un concepto de entrega vigilada en que se admite sustitución de la droga: “*se entenderá por circulación o entrega vigilada de droga la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas,*

*así como los bienes y ganancias procedentes de actividades delictivas tipificadas en artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”.*¹²

En este sentido, Delgado Martín señala, que la entrega vigilada supone la concurrencia de ciertos riesgos de pérdida del control de la remesa, por lo que el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de que la operación se realice sustituyendo la droga por una sustancia inocua.¹³

Volviendo a la modalidad de entrega controlada,

La Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, conociendo un recurso de nulidad¹⁴, interpuesto por el Ministerio Público, resolvió que “...La entrega vigilada entendida a la luz del artículo 29 de la ley 19.366, no constituye otra cosa **que una diligencia de investigación** que tiene por objeto lo ya indicado y dado que el legislador no regula la forma material ni la persona que debe ejecutarla físicamente, ya sea el delincuente o el agente encubierto, es dable concluir, al tenor de la norma referida, que **es atribución exclusiva del Ministerio Público** adoptar las medidas necesarias para vigilar las especies objeto del delito, **coordinar y ordenar quien y como debe hacerse esta entrega** para lograr éxito en la investigación y en el caso que nos ocupa, el hecho que la droga haya sido transportada por la policía y no el delincuente, no le resta eficacia a la diligencia, primero, en atención a que así se evita el rompimiento de la cadena de custodia y, segundo, si se está actuando en cumplimiento de órdenes emanadas de la autoridad competente, dentro del marco de una investigación legalmente iniciada, se concluye no sin razón que **estas actuaciones fueron eficaces para lograr el objetivo para el cual se empleó**, esto es, la individualización y detención de los otros partícipes en el delito, circunstancia que de no mediar esta técnica de investigación jamás podría haberse descubierto, quedando entonces frustrada la misma sin posibilidad de concluirla con éxito...”¹⁵ (negrilla y cursiva mías)

Por lo tanto, no deberían generarse pronunciamientos en sentido de estimar inexistente esta técnica investigativa, por efectuarse el traslado de las sustancias ilícitas o sospechosas, *por la policía*, ya que la propia norma en estudio admitirá (de promulgarse tal como está redactada) su **intercepción**.

Por último acorde con el pronunciamiento de la Iltma. Corte, es preciso señalar que el profesor don Guillermo Ruiz Pulido en su Informe en Derecho titulado “**La Entrega Vigilada**” manifiesta que “**...el método, la forma, el procedimiento a seguir con ocasión de una entrega vigilada, es de competencia exclusiva del Ministerio Público, método que adoptará de consuno con la Policía para el éxito de esta “técnica de investigación”**”.

2.2 Entrega Vigilada Internacional

“La entrega vigilada internacional se produce cuando en la operación se ven implicados los poderes punitivos de varios Estados, modalidad ésta que cada vez es más frecuente por el fenómeno de la trasnacionalización del crimen organizado.”¹⁶

El artículo 23 del proyecto de ley dispone que esta técnica de investigación en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales.¹⁷

Clases de entrega internacional¹⁸

Directa y de Tránsito

1. Directa: es aquella en la que sólo existen dos Estados envueltos en la operación de transferencia de la sustancia ilícita, uno el del lugar de partida, el otro el del punto de destino final de la droga.

2. De Tránsito: es aquella en la que intervienen al menos tres Estados, de los cuales uno se encuentra interesado sólo en el tránsito del estupefaciente sobre el propio territorio.

III. Requisitos

1. Autoridad competente para la autorización

El artículo 23 del proyecto de ley, faculta al Ministerio Público (manteniendo la actual redacción del artículo 29 de la ley 19.366) para autorizar esta técnica de investigación criminal.

Si bien, la ley no lo menciona como requisito, debe existir una investigación en curso o que se inicie a partir de la detección de un envío ilícito o sospechoso.

Para que pueda realizarse la entrega es necesario que exista una autorización previa del fiscal competente.

2. Objeto Material sobre el cual puede recaer esta técnica

Esta técnica de investigación puede practicarse sobre alguna de las sustancias indicadas en los artículos 1º y 2º del proyecto de ley, es decir sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud y los precursores o sustancias químicas esenciales; o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y los efectos de tales delitos.

3. Presupuesto de procedencia

Esta técnica de investigación se utilizará cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, la individualización de las personas que participen en la ejecución de los delitos previstos en la ley de drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies reseñadas en el acápite anterior o prevenir y comprobar cualquiera de los delitos sancionados en la ley de drogas.

Norma expresa para el Servicio Nacional de Aduanas

De encontrarse las sustancias, instrumentos y efectos del delito en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.¹⁹

Cabe precisar que en virtud de la potestad aduanera el Servicio Nacional de Aduanas tiene atribuciones para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional, quedando además sujetas a este control las personas que pasen por las fronteras, puertos y aeropuertos.²⁰

IV. Particularidades de esta técnica

1. Detención por flagrancia

Se admite expresamente en caso de peligro para la *vida o integridad* de funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes, el proceder a la detención en virtud de flagrancia.

Cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 39 del proyecto que dispone: “Tratándose de la investigación de los delitos establecidos en esta ley, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo prevenido en el artículo 9º del Código Procesal Penal.”²¹

2. Detención por orden judicial

El Ministerio Público puede disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o

controlada y *solicitar al juez de garantía* que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes.

3. Medidas especiales que puede adoptar el órgano acusador

En esta materia se ha contemplado con carácter de imperativo que el Ministerio Público debe adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes objeto de esta técnica de investigación, como asimismo para proteger a todos los que participen en la operación.

4. Facilitación de la Cooperación y Asistencia Internacional²²

El Ministerio Público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción al procedimiento establecido en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigadas en el país, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes, como asimismo, otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes o elementos de convicción.²³

5. Consumación del ilícito investigado en la entrega vigilada o controlada

Se establece expresamente que no obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de la aplicación de esta técnica de investigación, *el haber sustituido las sustancias*, ni el que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes.

6. Regla de punibilidad

Señala el proyecto de ley en estudio que la intervención de funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes en las entregas vigiladas o controladas no se considerará inducción o instigación al delito (artículo 23, inciso final, última parte).

A fin de entregar una postura exegética de esta norma, primeramente me referiré al concepto de instigación.

En términos generales según CURY para que pueda haber instigación es necesario que el agente haya formado en el instigado la voluntad de obrar, pero no basta con esto, sino que es menester que el instigador obre de manera directa, exigencia que excluye la posibilidad de una instigación omisiva. Para que sea punible la instigación, es necesario que la voluntad de delinquir del autor se exteriorice al menos en un principio de ejecución.

La instigación se refiere a la ejecución de un hecho típico y antijurídico, porque el artículo 15 N° 2 del Código Penal se refiere expresamente de inducir a “ejecutar”, de ello se deduce que sólo existe instigación a la autoría. No es punible, por lo tanto, la instigación a instigar o a prestar una simple colaboración accesoria (complicidad).²⁴

El texto de la nueva Ley de Drogas debe ser interpretado con cautela, porque el contenido real de esta norma es mucho más reducido a lo que podría pensarse en una primera lectura.

En efecto, el proyecto señala que la *intervención* de los agentes (actuando o no como agentes encubiertos, reveladores o informantes) en una entrega vigilada o controlada, no podrá considerarse como una hipótesis de inducción o instigación al delito de tráfico que con dicha técnica se pretende probar.

Se trata, desde luego, de una intervención en la entrega que es posterior a que el sujeto activo haya dado comienzo a su principio de ejecución, es decir, se trata de la participación de los agentes sólo en la realización o materialización de la técnica de investigación, pero nada más que eso.

Lo que la norma contiene es una delimitación de las posibilidades de argumentos de defensa, al cerrar la puerta para una posible alegación de ilicitud de la prueba obtenida, a través de la participación punible (por haberse verificado una inducción) de funcionarios policiales o informantes actuando para

la Policía.

En todo caso, no quedan comprendidas dentro de la parte final del inciso final del art. 23 del proyecto aquéllas hipótesis en que los agentes policiales inducen un tráfico para detectar otros posibles traficantes, ya que la participación o intervención de esos funcionarios que han instigado el tráfico, se produce antes de la realización de la técnica, para en definitiva, crearla.

Notas:

¹ Cfr. Michel Diban Q., *Las Nuevas Técnicas de Investigación Criminal en la Ley N° 19.366* en la obra *Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus A. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile. 2000, p.213-214.

² Cabe hacer presente que la Ley N° 18.403 no contemplaba esta técnica de investigación.

³ Oficio N° 333 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de fecha 11 de julio de 2002.

⁴ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Boletín N° 2439-20, p. 42.

⁵ La redacción del artículo 23 del proyecto del ley (ubicado en el Título II “De las técnicas de investigación”, Párrafo 1° “De las entregas vigiladas o controladas”, es la siguiente:

“El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 2°, o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, las anteriormente mencionadas, los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en esta ley y los efectos de tales delitos, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos.

Se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, el cumplimiento de alguno de los fines descritos en el inciso anterior.

Cuando las sustancias, instrumentos y efectos del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación.

El Ministerio Público podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes. Lo anterior es sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada o controlada apliquen las normas sobre detención en caso de flagrancia.

El Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, para proteger a todos los que participen en la operación. En el plano internacional, la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales.

Sin perjuicio de las facultades que se le confieren en los artículos 47 y siguientes, el Ministerio Público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigadas en el país, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes, como asimismo, otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes o elementos de convicción.

No obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada, el hecho de que en ella se hayan sustituido las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 2° de esta ley, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes. La intervención de estos últimos no será considerada inducción o instigación al delito.”

⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Boletín N° 2439-20, p.33.

⁷ Ratificada por Chile y promulgada mediante decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 20 de agosto de 1990.

⁸ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Boletín N° 2439-20, p.43-44.

⁹ Politoff/ Matus/ Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago- Chile. 2004, p.373-374. (13) En contra, Cury, Enrique, *Tentativa y delito frustrado (el proceso ejecutivo del delito)*, Santiago 1977, 149 y sigs., para quien no debe restarse a la punibilidad estos hechos por la sola inidoneidad del objeto, el medio o el sujeto activo.

¹⁰ Politoff/ Matus/ Ramírez. ob.cit., p.373-374. (14) Fuensalida I, 21.

¹¹ Sentencia de fecha 13 de septiembre de 1995. Gaceta Jurídica año 1995, N° 183, p.100-110.

¹² Joaquín Delgado Martín. *Criminalidad Organizada*. Editorial J.M. Bosch Editor. España. 2001, p. 139.

¹³ Cfr. Joaquín Delgado Martín, ob.cit., p.143.

¹⁴ El fallo impugnado resolvió estimando que en la entrega vigilada, *el traslado de la droga debe realizarlo el imputado y no la policía*. Así ha señalado que "...no se ha dado la figura de la entrega vigilada (...) toda vez que el traslado de la droga (...) no se efectuó por el acusado confeso en el ilícito, sino por la Policía de Investigaciones, (...) conforme al tenor de dicha disposición, (artículo 29 Ley 19.366), tal actuación de traslado, guarda y circulación de la sustancia para arribar al destino propuesto con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos conocer sus planes, evitar su uso ilícito, prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos conforme lo dispone tal precepto, debió ser realizada por el imputado y no por la policía a quien sólo competía la vigilancia. Sentencia, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, de fecha 28 de octubre de 2003. RUC 0310000290-5, Considerando Décimo Cuarto. En el mismo sentido Sentencia, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, de fecha 01 de octubre de 2003. RUC 03100013.601-7

¹⁵ Sentencia de Nulidad, Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 19 de diciembre de 2003. ROL 126-2003, Considerando Quinto. En el mismo sentido, Sentencia de Nulidad, Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 12 de enero de 2004. ROL 138-2003

¹⁶ Joaquín Delgado Martín, ob.cit., p.143.

¹⁷ Es así como nuestro país ratificó en 1990, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. También podemos mencionar el Convenio Administrativo entre La República de Chile y La República del Perú sobre Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en virtud del cual las partes " Se prestarán la cooperación necesaria para la realización de operaciones conjuntas en zonas de frontera, con observancia de los derechos inherentes a la soberanía nacional de cada una de las Partes Contratantes, cuando se trate de casos relacionados con la producción, procesamiento, tenencia y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas".

¹⁸ Mario Daniel Montoya. *Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas*. Editorial AD.HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001, p.333.

¹⁹ Sesión 1ª, de 5 de octubre de 2004. Cámara de Diputados, p.16: "El Ministerio Público expresó en la Comisión que, no obstante existir normas que otorgan atribuciones a las autoridades competentes en esta materia, en la práctica se han generado dificultades de los procedimientos de entrega vigilada entre el Servicio de Aduanas y las policías. Por ello, estima necesario explicitar que el Ministerio Público pueda disponer las diligencias procedentes a fin de asegurar el éxito de la investigación, incluso mediante la disposición de drogas que se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera..."

²⁰ Artículo 2.1. Ordenanza de Aduanas (D.F.L. N° 2/97, publicado el 21.07.1998. Ministerio de Hacienda).

El artículo 2.5 define a la zona primaria como: "el espacio de mar o tierra en el cual se efectúan las operaciones materiales marítimas y terrestres de la movilización de las mercancías el que, para los efectos de su jurisdicción es recinto aduanero y en el cual han de cargarse, descargarse, recibirse o revisarse las mercancías para su introducción o salida del territorio nacional."

²¹ Asimismo, cabe precisar que la Cámara de Diputados, en Sesión 1ª, de martes 5 de octubre de 2004, p.125 manifestó: "...De acuerdo con la discusión que sobre este punto se generó y se consigna en el Segundo Informe Complementario del honorable Senado, debe concluirse que la intención fue ampliar el plazo contenido en el artículo 131 inciso segundo, pues de esta forma se cumplen los fines para los que se propuso esa norma, es decir realizar en dicho período las diligencias que sean necesarias, como entrega vigilada o las que deriven de una cooperación eficaz. Sólo así cobra sentido la posibilidad de recurrir al artículo 9º del Código Procesal Penal, como fundamento para ampliar el plazo de la detención." En este mismo sentido, se señaló en el Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Boletín N° 2439-20, p.12: "La Honorable Cámara de Diputados, en el tercer trámite constitucional, lo rechazó por estimar que el plazo que debía ampliarse era el del inciso 2º del artículo 131, es decir el plazo para poner al detenido a disposición del juez de garantía, el que se aumentaría de veinticuatro horas a cinco días."

²² Sobre el particular, a modo de ejemplo podemos mencionar algunos convenios suscritos por nuestro país: DTO-642, publicado con fecha 16 de noviembre de 1988. Promulga El Convenio sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Despachos Judiciales, suscrito entre los gobiernos de las Repúblicas de Chile y de Colombia, en Bogotá, el 17 de junio de 1981. DTO-286, publicado con fecha 19 de junio de 1982. Promulga El Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos entre los gobiernos de las República de Chile y de la República Oriental del Uruguay.

²³ En el Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 350ª, Extraordinaria. Sesión 17ª, de 9 de diciembre de 2003, p.20, se manifestó en torno a esta norma que "...se libera al Ministerio Público de la obligación de tramitar exhortos internacionales por conducto de la Corte Suprema y del Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud de la aplicación de las reglas generales del Código de Procedimiento Civil. En lo sucesivo, el Ministerio Público podrá tanto solicitar como otorgar

cooperación internacional directamente, pero con sujeción a los tratados vigentes sobre el particular.”

²⁴ Cfr. Enrique Cury Urzúa. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.1997, p.244-245.

El tipo penal de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades del artículo 4° del proyecto de nueva Ley de Drogas.

Por *Roberto Navarro Dolmestch**

§ 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 ha denominado *microtráfico*¹.

El Congreso Nacional ha despachado, con su tramitación parlamentaria concluida, el proyecto de Ley que sustituye la Ley 19.366 (Boletín 2439-20)².

Dentro de las modificaciones legales que se proyectan, la estructura típica del delito de tráfico sufre una sustancial modificación, ya que a una parte importante de los casos que eran subsumibles en esa descripción típica, el legislador ha decidido darle una autonomía: Se crea el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias sicotrópicas o estupefacientes.

El presente trabajo pretende dar cuenta de los problemas de interpretación y sistematización que plantea la nueva estructura típica. Este es el tema del presente trabajo. Dentro de él, pretendo abordar como problema jurídico el ámbito de aplicación del autoconsumo como elemento negativo del tipo de tráfico ilícito de drogas y el rol que a la determinación cuantitativa (cantidad de sustancias traficadas) le corresponde desempeñar en la configuración de esta causal, la forma en que desempeña este rol y cómo la cantidad –junto a otros elementos cuantitativos y cualitativos– puede servir como importantes elementos para diferenciar el tráfico (y el microtráfico, según la legislación que se proyecta) de otras conductas atípicas y, por tanto, penalmente irrelevantes.

Para lograr este objetivo, creo necesario hacer una exposición de la estructura típica del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en la Ley 19.366 y, luego, poner de relieve las modificaciones que se pretenden incorporar.

* Abogado asesor, Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público. rnavarro@minpublico.cl

** Tabla de 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 dictación de la respectiva sentencia, y luego se señala la fuente de publicación si dicha 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; y “Cp”, Código penal.

§ II. La reforma de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes por la nueva Ley de Drogas.

La nueva Ley de Drogas contiene dos tipos penales diferentes que describen, cuantitativamente diferenciados, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes:

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.

Artículo 4º.- 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 química, 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 del delito tráfico del artículo 3º de la nueva Ley de Drogas en el que la conducta es independiente de la cantidad de sustancias traficadas (y, por tanto, desde esa perspectiva cuantitativa todas quedan, en abstracto, sujetas al mismo régimen penológico³), el nuevo artículo 4º sí recoge la cantidad como elemento típico relevante, es decir, fundante del injusto, de forma tal que una conducta será encuadrable como tráfico del artículo 3º o del artículo 4º, dependiendo fundamental, pero no exclusivamente, de la cantidad de dichas sustancias; 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.

1. 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 3º y 4º de la nueva Ley de Drogas, pueden reconocerse tres grupos de casos perfectamente diferenciados:

Primer grupo: Tráfico de grandes cantidades de sustancias (narcotráfico o tráfico propiamente tal), dentro del cual existen dos variantes:

- a) Tráfico de grandes cantidades de drogas duras; y
- b) Tráfico de grandes cantidades de drogas blandas.

Segundo grupo: Tráfico de *pequeñas cantidades* de sustancias (microtráfico, sólo en las hipótesis de posesión, transporte, guarda, porte consigo, adquisición, transferencia, suministro o facilitación); y

Tercer grupo: Posesión, transporte, guarda y porte atípico de sustancias (autoconsumo y destinación

a tratamiento medicamentoso).

1.1 Criterios de distinción.

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

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 de microtráfico o ser atípica por autoconsumo, cuando esa poca cantidad no pueda ser considerada para el autoconsumo *próximo en el tiempo* 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.

1.2 Contenido del delito de tráfico del artículo 4º.

Aunque en el trámite parlamentario 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 *infra* 2.2.4.2 y 5.2. 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.

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

Artículo 4º.- 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) adquieran, transfieran, suministren o faciliten a cualquier título pequeñas cantidades de estas 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) 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.

2. 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° 19.366⁵, la nueva Ley de Drogas sí hace relevante la *cantidad de sustancias* traficadas para la fundamentación positiva del injusto.

Según el artículo 4º de la nueva Ley de Drogas, son típicas 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* y *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 descripción penal que contiene el artículo 4º de la nueva Ley de Drogas, plantea problemas de determinación de la conducta típica, tanto en lo que se refiere a su contenido y alcance, como en la relación este tipo penal con el tráfico ilícito del artículo 3º, cuestiones que pasan a analizarse.

2.1 Criterio cualitativo de caracterización típica del microtráfico: La cantidad de las sustancias traficadas.

Aunque existen otras posibilidades disponibles –como lo demuestra la propia historia legislativa de la nueva Ley de Drogas⁶– el legislador ha optado por otorgarle al microtráfico básicamente una fisonomía cuantitativa.

El legislador ha optado por entregarle al microtráfico una estructura basada fundamentalmente en la *escasa cantidad* 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 *pequeñas cantidades* de sustancias estupefacientes 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 (las llamadas *presunciones de tráfico*⁷ o *hipótesis de tráfico*⁸), descartando otras. De esta forma, dentro de las conductas seleccionadas por el legislador, el tráfico de pequeñas cantidades es encuadrable en el tipo del artículo 4º.

2.2 “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.

2.2.1 “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 reconducibles a juicios de verdad o falsedad fáctica”⁹ y “que reclaman una *especial valoración para configurar la tipicidad del hecho*”¹⁰.

2.2.2 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” se 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 contenido¹¹. Así se puede afirmar que la Torre Eiffel es pequeña comparada con las Torres Petrona de Kuala Lumpur, pero menos pequeña que la Torre Entel. Sin embargo, 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 lo que debe considerarse *pequeño*. El artículo 4º no hace ni lo uno ni lo otro: Ni establece un elemento de comparación ni un estándar de cantidad.

2.2.3 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 sostuve antes (ver *infra* 2.4.2), 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 afectación del bien jurídico. De esta forma, el fundamento del privilegio penológico que la ley ha establecido para los supuestos 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.

2.2.4 Toma de posición.

2.2.4.1 Inexistencia de un estándar cuantitativo.

A excepción del Poder Legislativo, no existe ningún órgano constitucionalmente habilitado para determinar el contenido del elemento del tipo de tráfico del artículo 4º 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 Penal¹². 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.

2.2.4.2 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”¹³ o “escasa”; ni menos como 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 pueden existir supuestos de hecho que por la cantidad de las sustancias traficadas no puedan ser considerados destinados al autoconsumo, pero sigan siendo una *pequeña* cantidad de droga para efectos de calificar la conducta como típica del tráfico del artículo 3º.

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 para el consumo humano; 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.

2.2.4.3 Efectos prácticos de la inexistencia de un criterio para definir una “pequeña cantidad”: Relación sistemática con el delito de tráfico del artículo 3º. Remisión.

La imposibilidad de proporcionar un estándar cuantitativo tiene, en todo caso, una importante consecuencia práctica: Nada obsta a interpretar el tipo penal de tráfico del artículo 4º en relación con su similar del artículo 3º en el sentido que, respecto de las conductas e hipótesis a que se refiere el primero, éste opera como tipo base, mientras que el segundo (el del artículo 3º), como tipo especial agravado; de forma que, tratándose las conductas que el legislador ha seleccionado para el tráfico del artículo 4º, pueda afirmarse que todas las conductas son encuadrables en dicho tipo penal y sólo cuando la cantidad de sustancias traficadas no sea pequeña, la conducta pasa a ser encuadrable en el tipo penal especial del artículo 3º. La hipótesis anterior cobra más sentido aún cuando se acepta la distinción “pequeña cantidad” (destinable al tráfico)/“mínima cantidad” (destinable al autoconsumo).

La relación del microtráfico con el autoconsumo plantea también cuestiones problemáticas sobre el contenido tanto del tipo penal como del elemento negativo del tipo, en el sentido de cuáles son los casos que quedan comprendidos en uno y en otro. Este problema será analizado a propósito de las relaciones sistemáticas entre las dos formas de tráfico que contempla la ley (ver *Infra*, número 5)

2.2.5 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 español¹⁴).

El contenido de la agravante se ha determinado jurisprudencialmente¹⁵ 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 Judicial¹⁶, 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 organizada¹⁷.

2.3 Causal de atipicidad I: 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 el delito de tráfico ilícito de drogas¹⁸, consistente en la destinación por el sujeto activo de las sustancias traficadas para 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 las hipótesis de tráfico del nuevo artículo 4º, en términos similares a la regulación anterior.

Sobre los efectos de este elemento negativo del tipo, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ estiman que, aunque está formalmente situado dentro del tráfico ilícito en sentido estricto (art. 5º, inciso segundo de la Ley 19.366), éste alcanza también a las hipótesis de tráfico en sentido amplio y a las del delito de cultivo de especies vegetales del tipo cannabis previsto en el art. 2º de la Ley 19.366¹⁹, conclusión que es perfectamente predicable para la nueva Ley.

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. De esta forma, ambos textos legales recurren 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.

Cuando el autoconsumo ha sido alegado como argumento de defensa en juicio, los Tribunales han exigido que la actividad probatoria de su concurrencia²⁰ se enfoque a dos aspectos fundamentales: a) 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 b) 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.

2.3.1 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 comercializadas²¹.

Aunque en los supuestos de escasa cantidad de sustancias ilícitas los Tribunales son proclives a establecer una relación mucho más cercana con el autoconsumo²², 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 del sujeto activo de dichas sustancias al autoconsumo²³.

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 tiempo²⁴, o fundándose en la cantidad de dosis que se podrían haber obtenido de la cantidad incautada²⁵. 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 traficada²⁶, el porte por el sujeto activo de elementos propios de consumidores²⁷ y su forma de ocultamiento²⁸ 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 tráfico²⁹.

2.3.2 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 exclusivo³⁰.

Y que

(...) la sola condición 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

concurran ambas calidades, las que (...) no son incompatibles³¹.

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(...) ³²

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 meses³³.

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 autoconsumo³⁴.

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 desarrollando³⁵.

2.3.3 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 futuros consumos (...) ³⁶

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 temporal ³⁷, 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 meses, no se compadecen con dicho concepto³⁸.

2.4 Atipicidad II: La *escasa cantidad* (Principio de insignificancia).

2.4.1 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

importancia³⁹

de forma tal que –parafraseando a ROXIN⁴⁰– 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 conducta⁴¹.

El desplazamiento “dogmático”⁴² (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 ocurre en la Ley N° 19.366.

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.⁴³

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 Derecho⁴⁴.

Por el contrario, 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 *telos* del derecho penal”⁴⁵ 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.

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 1 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 imputado^{46 - 47}.

2.4.2 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 traficadas⁴⁸.

Existe consenso en la doctrina en que el bien jurídico protegido directamente por el delito de tráfico ilícito de drogas es la *salud pública*⁴⁹, es decir,

la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas⁵⁰,

en el que

debe consecuentemente requerirse, para la existencia de tráfico punible, que del acto singular de entrega pueda suponerse el riesgo de incontrolabilidad de difusión de la droga prohibida⁵¹.

¿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? 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 Estado⁵²

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 drogas⁵³⁵⁴, aumento que podría verificarse por 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 sicotrópicas⁵⁵.

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 difusor⁵⁶.

Los Tribunales ha 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 detrimento personal, afectarán a la comunidad mediante este vicio, pues dejarán de ser ciudadanos productivos y aún más en muchos casos se tornarán en delincuentes 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 doctrina.⁵⁷

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 lesividad del bien jurídico protegido, sino en la necesidad de establecer penas que aparezcan razonables para asegurar la efectiva aplicación práctica de la ley⁵⁸, porque así como

no es racional que arrancar un cabello sea una lesión⁵⁹

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 lesividad⁶⁰, ésta 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 pequeñas o grandes cantidades de sustancias sicotrópicas. Y por tanto, el recurso al principio de insignificancia está conceptualmente vedada 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.

3. 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 consecuentemente 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.

4. Escasa cantidad como criterio de individualización judicial de la pena⁶¹.

Por último, tal como lo ha sostenido MATUS,

[u]na pequeña cantidad (...) debiera conducir siempre a liquidar la pena partiendo del grado mínimo del 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 ley⁶²

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.

5. 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..

5.1 Relación de especialidad.

Como lo ha sostenido Matus⁶³,

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 particular⁶⁴

La existencia en la Ley 19.366 de un único 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 quedaran 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 especializante*⁶⁵.

5.2 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 mínimas o equiparables a las preordenables al microtráfico, se aumentan considerablemente los supuestos que pueden quedar encuadrados en el tipo especial privilegiada. En otras palabras, no existe ninguna buena razón para suponer anticipadamente que el tipo base será aquél que se verificará con mayor incidencia; y que bien puede ocurrir que, desde una perspectiva fenomenológica, el tipo especial constituya la regla general de ocurrencia y al tipo especial sólo se verifique en mucho menos ocasiones que las que podrían pensarse de un tipo base.

§ III. Adenda: Historia legislativa del artículo 4º 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 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 4º:

Art. 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 sustituyó la redacción anterior del art. 4º por la siguiente:

Artículo 4º.- 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 09.10.2001, 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 09.10.2001, 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 modificaciones⁶⁶:

Artículo 4º.- El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o 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.

Notas:

¹ Por ejemplo, declaración prestada como testigo por un funcionario policial, en STJOP Arica (25.06.2004), Considerando 5º.

² El 30.11.2004 la Cámara de Diputados, en tanto Cámara de Origen, remitió el proyecto de ley al Poder Ejecutivo para su aprobación según lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución (Oficio N° 5277).

³ Para el caso de tráfico de las sustancias a que se refiere el artículo 1º del DS(Justicia) 565, la pena en abstracto es presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Para el caso de tráfico de las sustancias a que se refiere el artículo 2º del DS(Justicia) 565 (“drogas blandas”), la nueva Ley de Drogas faculta al tribunal para rebajar la pena hasta en un grado respecto de la pena anterior.

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 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).

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.

No sólo el principio de interpretación *in dubio pro reo* puede ayudar a inclinarse por la forma de hacer la rebaja propuesta

por MATUS, sino que también, una adecuada interpretación literal del inciso segundo del artículo 1º de la nueva Ley de Drogas que contiene la autorización para hacer la rebaja. En efecto, esta norma legal utiliza la palabra “rebajar” (“... el tribunal podrá *rebajar* la pena hasta en un grado”) y “rebajar” significa hacer más bajo el nivel de un objeto. Por ello, ampliar el marco penal hacia abajo pero manteniendo incólume el tope máximo del tráfico según la segunda fórmula no implica, de hecho, una *rebaja*, la que sólo se verifica cuando el nuevo marco penal se compone de la cantidad de grados que autoriza la ley a disminuir contados desde el grado mínimo del marco original. En este mismo sentido parece inclinarse CURY (Cury, Enrique. 1997. **Derecho penal. Parte general. Tomo II.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, reimp. 2ª. ed., p. 387).

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 el artículo 5º de la Ley 19.366, inciso final, parte final y en el artículo 4º de la nueva Ley de Drogas.

⁵ El artículo 5º de la Ley 19.366 sanciona 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 es, en principio, irrelevante, en la medida que pueden ser subsumida en dicho delito cualquiera conducta 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 que autoriza a la 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. 1998. **Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP.** Barcelona: Bosch, p. 45))

No obstante lo anterior, en términos de la disminución o eliminación del injusto en el tráfico ilícito de drogas, la irrelevancia inicial de la cantidad de las sustancias traficadas debe 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 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. 1999. “Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes”. En Politoff/Matus (coords.). 1999. **Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes.** Santiago: Editorial Conosur, pp. 87-264(144ss).; 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 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 tiene 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 19.366 no haya contenido un concepto de *microtráfico*, ello no ha sido obstáculo para él haya sido empleado en la jurisprudencia o en los procesos como argumento de defensa (Ver en este sentido, SsTJOP 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)).

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 normativa, 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 consigo 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, ver *infra* §4)

⁷ Politoff/Matus/Ramírez. 2004. Ob. cit., pp. 593-598. STJOP Arica (22.11.2004) RUC 0410001975-8, Considerando 19º.

⁸ Cfr. Fiscal Nacional del Ministerio Público, Instructivo General N° 16 de 02.11.2000, sobre delitos previstos en la Ley N° 19.366, su investigación y el ejercicio de la acción penal pública. También STJOP Punta Arenas (05.11.2004) RUC 0300153678-7, Considerando 10º.

⁹ Poitoff/Matus/Ramírez. 2003. Ob. cit., p. 186.

¹⁰ Poitoff/Matus/Ramírez. 2003. Ob. cit., p. 186.

¹¹ 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.”

¹² Sobre las reglas de valoración del artículo 297 del Código Procesal Penal, ver Falcón Cartes, Paula. 2004. “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**, número 03, julio-septiembre, pp. 83-113.

¹³ 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”.

¹⁴ Cuyo tenor literal es: «Art. 369. 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, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior».

¹⁵ Al respecto, ver Aránguez Sánchez, Carlos. 1999. “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://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-04.html

¹⁶ Ver acuerdo del Pleno de la Segunda Sala del Tribunal Supremo español, adoptado el 19.10.2001 que fija las cantidades que deben hacer 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:	
		CLORHIDRATO DE COCAÍNA 750 grs.	
HEROÍNA	300 grs.	DERIVADOS DE CANNABIS:	
MORFINA	1000 grs.	-MARIHUANA	10 Kg.
METADONA	120 grs.	-HACHÍS	2'5 Kg.
BUPRENORFINA	1'2 grs.	-ACEITE DE HACHIS	300 gr.
	300 grs.	L.S.D. (DIETILAMINA DEL ÁCIDO ISÉRGICO)	
		300 mg.	
PENTAZOCINA	180 gras.	Fenetilaminas de anillo sustituido (Drogas de síntesis)	
FENTANILO	50 mg.	MDA	240 grs.
DIHIDROCODEINA	180 grs.	MDMA	240 grs.
LEVOACETIL-METADOL	90 grs.	MDEA	240 grs.
PETIDINA	150 grs.		
TRAMADOL	200grs.		

¹⁷ Cfr. Art. 222-35, Código penal francés.

¹⁸ Politoff/Matus/Ramírez. 2004. **Lecciones de Derecho penal, parte especial**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 562ss.

¹⁹ Politoff/Matus/Ramírez. 2004. Ob. cit., pp. 562-563.

²⁰ 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 4º.

²¹ STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214-5, Considerando 9º. En el mismo sentido, SsTJOP Antofagasta (16.02.2004), RUC 0300079675-0, Considerando 10º; Arica (24.02.2004) RUC 0200109379-K, Considerando 7º; Iquique (01.03.2004) RUC 0300082257-3, Considerando 11º; Iquique (19.03.2004) RUC 0300097041-6, Considerando 10º, respecto de casi 10 kilogramos de pasta base de cocaína; Iquique (04.04.2004) RUC 0300101942-1, Considerando 15º, respecto de 253,9 gramos de marihuana y 49,6 gramos de pasta base de cocaína; Iquique (22.05.2004) RUC 0300181710-7, Considerando 14º, respecto de 51,5 gramos clorhidrato de cocaína; Iquique (03.06.2004) RUC 0300155061-5, Considerando 8º: "Que respecto de los seis envoltorios con clorhidrato de cocaína encontrados 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 esta 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.

²² 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 neopren 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).

²³ 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 acusado 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)

²⁴ Cfr. STJOP Iquique (12.06.2004) RUC 0300047630-6, Considerando 10º.

²⁵ 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”.

²⁶ STJOP Viña del Mar (08.11.2004) RUC 0400185288-K, Considerando 10º.

²⁷ 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.

²⁸ 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 (...)

²⁹ STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214-5, Considerando 9º.

³⁰ STJOP La Serena (06.02.2004) RUC 0300033034-4, Considerando 6º.

³¹ STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214-5, Considerando 9º.

³² 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.

³³ STJOP Ovalle (14.05.2004) RUC 0300068718-6, Considerando 6º.

³⁴ STJOP Temuco (01.06.2004) RUC 0300096714-8.

³⁵ STJOP Iquique (30.06.2004) RUC 0300104205-9, Considerado 10º.

³⁶ STJOP Punta Arenas (05.11.2004) RUC 0300153678-7, Considerando 13º.

³⁷ STJOP Temuco (01.06.2004) RUC 0300096714-8, Considerando 6º, citada *supra* nota al pie número 34.

³⁸ STJOP Punta Arenas (23.06.2004) RUC 0300202224-8, Considerando 9º.

³⁹ Roxin, Claus. 2000. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 73-74.

⁴⁰ Roxin. 2000. Ob. cit., p. 74.

⁴¹ 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. 1996. **Curso de Derecho penal, parte general I**. Madrid: Universitas, p. 565), parece aceptarse que la insignificancia lesiva de la conducta desplaza su tipicidad. En este sentido, Joshi. 1999. Ob. cit., p. 42; Luzón Peña. 1996. Ob. cit., p. 565; Zaffaroni/Alagia/Blocar. 2003. **Derecho penal, parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2ª ed., pp. 562-564.

⁴² Luzón Peña. 1996. Ob. cit., p. 565.

⁴³ Luzón Peña. 1996. Ob. cit., p. 565.

⁴⁴ 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 *inaplicación* 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.

⁴⁵ García Vitor. Enrique. 1993. “Insignificancia y delitos de bagatela”. En *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales, tomo XL, vol. 1, Santiago, pp. 60-68(62). Para los fundamentos del principio de insignificancia, ver páginas 62 a 64.

⁴⁶ SJG Coquimbo (20.03.2004) RUC 0310002069-5, Considerandos 6º y 7º; 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.

⁴⁷ El principio de la insignificancia, como desplazante de la antijuricidad de la conducta típica ha sido esgrimido –sin éxito– como argumento de defensa. 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 antijuricidad y en consecuencia no se configura delito atendida la escasa cantidad de droga, 5,2 gramos, y su pureza de un 31%” (Considerando 3º), “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 5º de la ley 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 8º).

⁴⁸ Cfr., durante la discusión parlamentaria del Boletín 2439-20, Boletín Cámara de Diputados, Sesión 57ª de 02.05.2001, p. 20; Boletín Cámara de Diputados, Sesión 59ª de 03.05.2001, p. 22.

⁴⁹ Lo que no es excluyente de otros bienes jurídicos protegidos, de forma más o menos inmediata que la salud pública. Ver *supra*, nota al pie número **Error! Marcador no definido..**

⁵⁰ Politoff/Matus. 1998. Ob. cit., p. 14.

JOSHI proporciona una concepción del bien jurídico “salud pública” con componentes normativos del bien jurídico: Consiste en

la presencia de un 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. 1999. Ob. cit., p. 41).

donde su lesión consiste en

destruir los presupuestos para que cada uno de los ciudadanos puedan disfrutar del nivel óptimo de salud, así como también destruir los fundamentos de las relaciones interindividuales (Joshi, Ujala. 1999. Ob. cit., p. 41).

⁵¹ Politoff/Matus. 1998. Ob. cit., p. 17.

⁵² Mera Figueroa, Jorge. 1998. **Derechos humanos en el Derecho penal**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, p. 147.

⁵³ En sentido similar, STJOP Punta Arenas (05.11.2004) RUC 0300153678-7: Con la 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 13º)

⁵⁴ 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 8º, Calama (20.03.2004) RUC 0300108123-2, Considerando 18º; Temuco (13.05.2004) RUC 0200139420-K, Considerando 9º; Talca (06.04.2004) RUC 0200116075-6, Considerando 5º; Copiapó (14.06.2004) RUC 0300086391-1, Considerando 5º.

⁵⁵ Sobre los caracteres del modelo holandés, van Swaaningen. 2000. “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, pp. 119-143. Modelos de control, desde una perspectiva crítica, Bustos Ramírez, Juan. 1995. **Coca Cocaína**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, *passim*.

⁵⁶ En contra, STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214-5, Considerando 9º:

(...) 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 química 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

⁵⁷ STJOP Temuco (20.05.2004) RUC 0300089941-K, Considerando 11º.

⁵⁸ 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 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 57ª de 02.05.2001, Legislatura Extraordinaria N° 343, pp. 23-24).

⁵⁹ Zaffaroni/Alagia/Blocar. 2003. Ob. cit., p. 495.

⁶⁰ Haciendo razonable concluir que el legislador no ha pretendido la sanción de esos supuestos insignificantes; O que, aunque sí lo ha pretendido, su opción de política criminal es abiertamente desproporcionada y, por tanto, injusta.

⁶¹ La expresión es utilizada en la dogmática chilena por Matus. 2000. Ob. cit., pp. 415-481(415-422); Matus/van Weezel. 2002. Comentario a los artículos 50 a 73. En Politoff/Ortiz (dirs.). 2002. **Texto y comentario del Código penal chileno, t. I**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 323-382(323-324); Politoff/Matus/Ramírez. 2003. **Lecciones de Derecho penal, parte general**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 489ss.

⁶² Politoff/Matus. 1998. Ob. cit., p. 46.

⁶³ Aunque la especialidad la ha analizado a propósito de la relación entre los delitos especiales propios e impropios y los delitos comunes, creo que bada 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.

⁶⁴ Matus, Jean Pierre. 1999. “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**. Universidad de Talca, año 5, número 2, pp. 63-113(70-71).

⁶⁵ Se llega a la misma conclusión si se sigue el método empleado por Matus (Matus. 1999. Ob. cit., pp. 79ss).

⁶⁶ En esta primera discusión en la Comisión, el artículo fue objeto de la siguiente indicación sustitutiva del artículo 4°, presentada por el Senador Sr. Espina, que fue posteriormente retirada:

Artículo 4°.- 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.