

EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS DEL ART. 4º DE LA LEY N° 20.000

ROBERTO NAVARRO DOLMESTCH*

RESUMEN

El presente artículo expone sintéticamente la estructura típica que adoptaron los delitos de tráfico ilícito de drogas después de la reforma introducida por la Ley N° 20.000, que puede ser caracterizada como compleja.

Asimismo, aborda los aspectos problemáticos de las relaciones sistemáticas entre los dos delitos de tráfico ilícito de drogas y los problemas de interpretación del tipo contenido en el art. 4º de la Ley N° 20.000 (tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas) atendida la redacción legislativa del mismo.

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

Palabras claves: Drogas. Tráfico ilícito. Microtráfico. Ley 20.000. Reforma de delitos de drogas. Ley 19.366.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Una forma en que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes se presenta en la cotidianeidad —y a la que el legislador no le había entregado una forma típica— es el tráfico ilícito de esas sustancias,

* Profesor Universidad Andrés Bello, Abogado asesor Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte del Ministerio Público.

Las opiniones contenidas en este artículo se emiten a título estrictamente personal y no representan, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, los criterios generales de actuación del Ministerio Público, sin perjuicio de las coincidencias que con ellos puedan presentarse.

Agradezco a mis compañeros de trabajo, especialmente a D.^a Paula Falcón, D.^a Carolina Garrido Acevedo y D. Diego Villa Vega por sus aportes durante la realización de este trabajo, aunque la responsabilidad por los errores u omisiones de que adolezca sólo me son atribuibles, R.N.

** 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",

pero en unas cantidades escasas o de poca relevancia por su calidad o naturaleza, lo que la práctica, incluso jurisprudencial¹, ha denominado *microtráfico*².

El 16 de febrero del 2005 entró en vigencia la Ley N° 20.000 que sustituyó la Ley N° 19.366. Dentro de esta modificación legal la estructura típica del delito de tráfico ilícito de drogas sufre una sustancial modificación, ya que a una parte importante de los casos que eran subsumibles en esa descripción típica, el legislador ha decidido entregarlos un tratamiento diferenciado: se crea el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias sicotrópicas o estupefacientes (art. 4° de la Ley N° 20.000).

En este trabajo intentaré dar cuenta de los problemas de interpretación y sistematización que plantea la nueva estructura típica. Dentro de ese tema, pretendo abordar como problemas jurídicos los criterios de delimitación típica entre la figura base de tráfico del art. 3° de la Ley N° 20.000, su forma privilegiada prevista en el art. 4° y el consumo personal o autoconsumo³ como elemento negativo de este último tipo de tráfico ilícito de drogas; el rol y la forma que a la determina-

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 ella ha sido publicada; de lo contrario, se señala el número de rol del proceso o el rol único de causa, RUC. "Cp" significa Código procesal penal; "Cp", Código penal. "TCe" se utiliza para referirse al Tribunal Constitucional español y "TSe", al Tribunal Supremo español.

"SR" indica "sentencia de reemplazo" dictada en virtud del art. 18 Cp. La fecha que antecede a la sigla corresponde a la fecha en que fue dictada la sentencia original; mientras que la que sigue a dicha sigla, es la fecha de dictación de la sentencia de reemplazo.

1 Cfr. STJOP Valparaíso (30.09.2004) RUC 0400144608-3, Considerando 9°:

(...) no implica una exculpación del ilícito que se le atribuye al acusado la cantidad neta de la droga o su pureza, circunstancias que a juicio de este Tribunal, no logran alzarse como dudas y menos aún razonables, de la conducta de tráfico del acusado, lo que sólo ameritaría calificarlo de microtraficante, actividad asimismo constitutiva del delito de marras y que lesiona el bien jurídico de la salud pública (...).

También SsTJOP Arica (01.11.2004) RUC 0400118112-8; Copiapó (01.09.2004) RUC 0400055706-k, Considerando 11; La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214-5, Considerando 9°:

(...) es una máxima de experiencia que el microtráfico se efectúa en cantidades pequeñas y que las personas que se dedican a dicho comercio no portan más que lo necesario para comercializarlas (...).

2 Por ejemplo, declaración prestada como testigo por un funcionario policial, en STJOP Arica (25.06.2004), Considerando 5° RUC 0310005316-K; también STJOP Rancagua (28.10.2004) RUC 0400024174-7, Considerando 11°.

3 Utilizaré la expresión "autoconsumo" para señalar al *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo* a que se refiere el artículo 4° de la Ley N° 20.000.

ción cuantitativa (cantidad de sustancias traficadas) le corresponde desempeñar en estas cuestiones; y cómo la cantidad –junto a otros elementos cuantitativos y cualitativos– puede servir como un importante elemento para diferenciar las formas típicas del tráfico (arts. 3º y 4º) de otras conductas atípicas y, por tanto, penalmente irrelevantes.

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

La Ley N° 20.000 contiene dos tipos penales diferentes que describen, cuantitativamente diferenciados, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes:

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 síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o

pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

A diferencia de lo que ocurría en la derogada Ley N° 19.366, en la que la cantidad de las sustancias traficadas era irrelevante para determinar la tipicidad de la conducta de tráfico (y, por tanto, desde esa perspectiva cuantitativa todas quedaban, en abstracto, sujetas al mismo régimen penológico⁴), la nueva Ley N° 20.000 sí recoge la cantidad como elemento típico relevante, es decir, fundante del injusto disminuido (“que vino a sancionar adecuadamente, con penas más bajas”⁵), de tal forma que una conducta será encuadrable como tráfico del artículo 3° con o sin la privilegiante del artículo 4°, dependiendo fundamental, pero no exclusivamente, de la cantidad de las sustancias

⁴ Bajo la vigencia de la Ley N° 19.366, el tráfico de las sustancias a que se refiere el artículo 1° del DS(Justicia) 565 (las llamadas *drogas duras*) estaba sancionado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio; mientras que para las sustancias a que se refiere el artículo 2° del DS(Justicia) 565 (las *drogas blandas*), se entregaba al tribunal una rebaja facultativa de pena de hasta dos grados.

La Ley N° 20.000 mantiene la misma pena para el tráfico de drogas duras (presidio mayor en sus grados mínimo o medio), pero limitó solamente a un grado de pena la rebaja facultativa para el tráfico de drogas blandas.

Para determinar el marco penal del tráfico de “drogas blandas” existen dos formas alternativas.

La primera, como la que propone MATUS, consiste en la reducción del marco penal original a uno nuevo compuesto por un grado menos (que es el que la ley permite rebajar), contados desde el mínimo del marco penal original, por lo que la pena del tráfico de drogas blandas quedaría reducido a presidio menor en su grado medio (Matus, Jean Pierre. 2000. “Determinación legal de la pena en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes”. En Politoff/Matus (coords.). 2000. Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago: Editorial Conosur, pp. 415-481(455, tomado del ejemplo proporcionado por el autor respecto del delito de cultivo). En este mismo sentido parece inclinarse Cury, Enrique. 2005. Derecho penal. Parte general. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª. ed. ampliada, p. 762.

La segunda alternativa consiste en aumentar hacia abajo la cantidad de grados de pena que la ley autoriza a rebajar, pero manteniendo el máximo original establecido respecto de las drogas duras. De esta forma, el marco penal del tráfico de drogas blandas quedaría compuesto por presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio. Personalmente, estimo que, al ser facultativa la rebaja, el marco penal del delito de tráfico de drogas duras es, entre nosotros, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, ya que la norma del inciso segundo del art. 1° de la Ley (donde se contiene la rebaja), es una norma de determinación legal de la pena, por lo que delimita los rangos máximos y mínimos dentro de los que puede moverse el juez al individualizar la pena. Asimismo, porque como la rebaja es facultativa, el tribunal puede o no acogerla, pero el grado máximo original del tráfico se mantiene siempre como una posibilidad legalmente considerada (aunque es esperable que no sea, en cambio, considerada por los tribunales)

⁵ STJOP Santiago 4° (27.01.2007) RUC 0500414987-6, Considerando 10°.

traficadas. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia de un tercer grupo de casos para los que la solución es su no-punibilidad por concurrir el elemento negativo del tipo consistente en el autoconsumo⁶.

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.

1.1 Punto de partida: la preordenación de las sustancias ilícitas por el sujeto activo

1.1.1 Preordenación al tráfico ilícito / Preordenación al autoconsumo

De la sistematización de los artículos 3º, 4º y 50 de la Ley N° 20.000, puede reconocerse que el punto de partida necesario para una adecuada comprensión de esta estructura típica se haya en la *preordenación* por el sujeto activo de las sustancias ilícitas.

De esta forma, *en principio*, sólo tienen relevancia aquéllas conductas que realice el sujeto activo y que estén descritas en la ley penal como formas de comisión del delito de tráfico, en las que exista de parte del agente una preordenación por él mismo de dichas sustancias al tráfico ilícito; y en sentido contrario, en aquéllas en las que se halla una preordenación al autoconsumo o a la atención de un tratamiento medicamentoso son, en principio, irrelevantes.

Tanto el carácter fáctico del criterio de la preordenación como sus caracteres poco definidos, suponen como problema la complejidad que la prueba de dicha preordenación puede provocar, lo que impacta tanto en la actividad del órgano de persecución penal, como también en la seguridad de los ciudadanos respecto de la tipicidad de sus conductas que, en materia de tráfico ilícito de drogas, deben siempre partir de los principios de la libertad y pluralismo axiológico inherente al sistema democrático.

El criterio de la preordenación como elemento diferenciador de la tipicidad/atipicidad de las conductas ha sido recogido por la jurisprudencia.

⁶ Emplearé la expresión "autoconsumo" para referirme abreviadamente al elemento negativo del tipo consistente en el uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, establecido en la parte final del inciso primero del artículo 4º de la nueva Ley de Drogas.

dencia. El TJOP de Arica, conociendo de una acusación por delito de tráfico respecto del porte de 2,7 gramos de clorhidrato de cocaína, recalificó la conducta a la falta prevista en el art. 41 de la Ley N° 19.366 (art. 50 Ley N° 20.000), argumentando que la falta de porte de drogas en lugares públicos tiene elementos en común con el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, toda vez que requiere del porte de la sustancia, que ésta sea de alguna de aquellas prohibidas por la ley y que el agente carezca de la autorización correspondiente para portarla. La diferencia se produce en el destino de la misma, que en el caso del delito se presume que está destinada a ser suministrada a terceros y, en el evento de la falta, que ella esté destinada al consumo personal; siendo la figura del delito de tráfico una presunción legal contenida en el inciso segundo del artículo 5° de la ley de drogas que, como tal, puede ser desvirtuada con prueba en contrario, que no puede provenir sino de la misma imputada⁷.

La preordenación por el sujeto activo entendida en sentido material como aquí se hace es una cuestión de hecho sobre la cual debe recaer la actividad probatoria del órgano de persecución penal⁸.

1.1.2 Carácter mixto (material/normativo) de la preordenación por el sujeto activo como criterio delimitador de la relevancia penal de las conductas

El carácter de la preordenación por el sujeto activo no es exclusivamente material, es decir, para su determinación no sólo cuenta

⁷ STJOP Arica (06.09.2004) RUC 0310005969-9, Considerando 9°. En sentido similar, STJOP Iquique (29.11.2004) RUC 0400008002-6, Considerando 8°. En el mismo sentido, STJOP Arica (15.03.2005) RUC 0400135239-9, Considerando 7°:

(...) no se ha justificado que el alcaloide encontrado en su poder haya contado con la autorización competente, ni que por las circunstancias de su incautación ni por su forma de dosificación se pueda racionalmente concluir que haya estado destinada a un tratamiento médico ni permita suponer que estaba destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, sino que, por el contrario, las circunstancias de su posesión son indiciarias del propósito de traficar (...).

⁸ En este sentido, STJOP Iquique (10.09.2004) RUC 0300042984-7:

que, atendido el tipo de droga que ocultaban los acusados, pasta base de cocaína, que sólo produce efectos tóxicos y adictivos y ninguno de naturaleza adictiva, y unido a la cantidad de la sustancia ilícita que les fue decomisada, casi veinte kilos netos, puede descartarse un propósito medicamentoso para su tenencia, más aún si se considera la forma y el lugar en que la mantenían escondida [en botellas plásticas dentro del estanque de combustible del automóvil en el que los condenados se movilizaban], circunstancias que de la misma manera, permiten descartar que pretendieran destinar el alcaloide para su consumo personal y próximo en el tiempo. A la inversa, la finalidad de traficar con la sustancia aludida, queda demostrada con los dichos de los funcionarios de aduanas que efectuaron el procedimiento que culminó con la detención de los acusados y el decomiso de la droga (...) (Considerando 9°).

aquél destino que el sujeto activo le haya otorgado a las sustancias ilícitas sobre las que recae su conducta, sino que este concepto tiene un carácter mixto, compuesto tanto por elementos materiales (es decir, la destinación efectiva otorgada por el sujeto activo), como por elementos normativos, vale decir, ciertos criterios que el legislador sanciona a título de tráfico ilícito aunque el sujeto activo haya preordenado las sustancias a su autoconsumo.

En otras palabras, la preordenación material o real por el sujeto activo no puede ser considerada como único criterio para decidir la tipicidad/atipicidad de las conductas, ya que deben considerarse tres criterios que ha establecido el propio legislador: a) La hipótesis de tráfico que verifique el sujeto activo; b) La proximidad temporal y exclusividad personal del autoconsumo; y c) El lugar de comisión del porte o del consumo de drogas.

1.1.2.1 Criterio legal 1: Las hipótesis de tráfico que no admiten preordenación al autoconsumo.

La *promoción* y la *inducción* como variantes de tráfico ilícito en sentido amplio y la *importación*, la *exportación* y la *sustracción*, de tráfico en sentido estricto, son conductas típicas de tráfico ilícito, independiente de la preordenación que haga el sujeto activo de ellas⁹. Es decir, el ingreso o la salida de droga al país (importación y exportación, respectivamente) es siempre una conducta típica de tráfico ilícito (art. 3°), independiente de la preordenación a su autoconsumo que el sujeto activo haya efectuado de dichas sustancias.

1.1.2.2 Criterio legal 2: Proximidad temporal y exclusividad del autoconsumo

Asimismo, fuera de los casos analizados en el párrafo anterior, sólo opera como criterio delimitador de la tipicidad de las conductas subsumibles en el delito de tráfico, aquella preordenación por el sujeto activo a su autoconsumo próximo en el tiempo y exclusivamente personal. Por ejemplo, el porte de dos mil gramos de clorhidrato de cocaína es típico de tráfico ilícito, aunque el sujeto activo haya preor-

⁹ En el mismo sentido, STJOP Arica (15.07.2005) RUC 0410010028-8, Considerando 16°: la Ley N° 20.000, en su artículo 4°, mantiene las modalidades de comisión de poseer, transportar, guardar y portar sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas [excluyendo las demás seguramente por estimar que son propias de traficantes mayores], permitiendo sancionar con pena menor a la del delito común cuando se tratara de pequeñas cantidades de drogas (...).

denado dicha sustancia a su autoconsumo, por no quedar comprendido dentro del concepto legal de *autoconsumo*¹⁰ por exceso temporal; por la misma razón, tampoco opera el porte de dos gramos de la misma sustancia, preordenado por su portador al consumo colectivo.

1.1.2.3 Criterio legal 3: El lugar de comisión del porte o del consumo de drogas

Por último, la preordenación material por el sujeto activo debe considerar también el lugar de comisión del porte, porque si éste se verifica en un lugar público, la conducta es típica de la falta prevista en el artículo 50 de la Ley N° 20.000, con su correspondiente calificación del art. 51¹¹.

¹⁰ Sobre el autoconsumo como causal de atipicidad, ver *Infra*, 3.2.1.

¹¹ El sistema de las faltas previstas en la Ley N° 20.000 puede reconstruirse de la siguiente forma:

1. Para determinar un punto de partida, debe tomarse en cuenta el derecho a la libre opción que los ciudadanos en un sistema democrático tenemos. Este punto de partida es políticamente incuestionable y sirve para decir que, en materia de control penal de drogas, el consumo de drogas es una conducta, en principio, atípica.

2. Sin embargo, el legislador ha considerado sacar determinadas hipótesis de la regla general de atipicidad, entregándoles relevancia al describirlas como conductas punibles.

Tales conductas son:

(a) Porte para consumo o consumo personal o colectivo en lugares públicos o abiertos al público;

(b) Consumo personal colectivo en lugares o recintos privados, previo concierto.

Estas son las conductas básicas de punibilidad del consumo de drogas.

3. Junto a estas conductas básicas, la ley describe ciertas formas agravadas de consumo:

(c) Consumo en lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un recinto educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores; y

(d) Porte o consumo por personal militar, de Carabineros, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería.

Y, a su vez, la ley establece una forma súper agravada de la conducta (d), consistente en

(e) Consumo por personal militar, de Carabineros, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería o conscriptos realizado en un recinto militar.

(a) Porte para consumo o consumo personal o colectivo en lugares públicos o abiertos al público (art. 50)

La primera figura básica de porte o consumo sanciona el hecho que la conducta se desarrolle en un *lugar público o abierto al público*.

El concepto "lugar público" que el legislador ha incluido como elemento de la falta contemplada en el artículo 41 de la Ley 19.366 es un concepto jurídico indeterminado, al no haber disponible para el intérprete una definición legal. Hay que recurrir, por tanto, al sentido normal de las palabras: según el Diccionario de la RAE, un "*lugar*" (sustantivo) es "2. m. Sitio o paraje" y el adjetivo "*público*" es: "4. adj. Perteneciente o relativo a todo el pueblo". De modo que un lugar público es un sitio perteneciente o relativo a todas las personas.

En este sentido, un centro de cumplimiento penitenciario bien puede ser considerado un *lugar público* para efectos de determinar la tipicidad de los portes en dichos lugares, siendo procedente la agravación de la pena que para este tipo de lugar contiene el art. 51, respecto de personas ajenas a él.

1.1.3 Recapitulación

En suma, del diseño contenido en la Ley N° 20.000 puede concluirse que hay tres grandes grupos de casos:

a) El primero, no relevantes para el derecho penal, constituido por aquellas conductas que, aunque típicas, recaen sobre sustancias preordenadas por el sujeto activo al autoconsumo;

(b) Consumo personal colectivo en lugares o recintos privados, previo concierto (art. 50, inciso final).

Al contrario, un lugar privado debería ser un lugar que no pertenece a todos, sino que sólo a algunos. Se plantea aquí el problema de la confusión que existe entre la naturaleza de pública/privada de un lugar y su protección o no por el derecho a la intimidad. Si se acepta que ambos conceptos son diferentes puede concluirse, entonces, que, por ejemplo, un auto estacionado en una calle es un lugar público para efectos de la tipicidad de la falta, pero protegido por el derecho a la intimidad, para efectos de determinar la necesidad de un control de identidad y de proceder conforme al artículo 134 Cpp.

(c) Consumo en lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un recinto educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores (art. 51).

Se establece en esta norma una agravación del marco penal de la falta base, atendido el *lugar de comisión* de la falta.

Sentado que nadie puede "pertener" a un lugar y que, en principio, todos somos ajenos a un lugar, la expresión "personas ajenas a un lugar de detención, recinto militar o policial" debe entenderse como aquellas personas que no mantienen un vínculo o no tienen la posibilidad de disponer respecto de dicho lugar. En cambio, sí tiene dicho vínculo o dicha posibilidad, por ejemplo, los gendarmes respecto del lugar de detención o los carabineros respecto del recinto policial.

Esta expresión fue incorporada al actual art. 51 en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados (Primer Informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados) por las diputadas señora Soto, y de las señoritas Sciaraffia, y Saa, y de los diputados señores Delmastro, y Valenzuela. Sin embargo, no fundamentaron la necesidad de incorporar esta expresión. Al respecto, quedó cuenta en el informe:

e) De las diputadas señora Soto, y de las señoritas Sciaraffia, y Saa, y de los diputados señores Delmastro, y Valenzuela, para sustituir el artículo 49, por el siguiente:

"Artículo 49.- Si la falta de que se hace mención en el artículo anterior se cometiere en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores, la sanción pecuniaria se aplicará en su máximo". (Cfr. Primer Informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados, Sesión 48ª de 03.04.2001).

En la discusión de este artículo, se señaló que el consumo de drogas realizado por un profesor dentro del establecimiento educacional está sancionado como falta; pero, por la gravedad que reviste ese hecho, debe ser considerado dentro de los delitos especiales y sancionado como tal, igual como se sanciona el consumo de drogas, por ejemplo, por parte del personal de las fuerzas armadas o de carabineros.

Se planteó que también es negativo que los alumnos consuman drogas al interior de los establecimientos educacionales, por lo que esta falta debe sancionarse con una pena más grave, sin dejar de lado la consideración de la edad de los mismos.

Esta norma debe considerar el último estudio realizado por el Conace sobre consumo de drogas por parte de la población escolar, el que ha proporcionado cifras alarmantes. Es necesario tener presentes los factores de protección, que, en el caso de los menores, son muy relevantes.

b) El segundo, constituido por aquellas conductas descritas como típicas por la ley y que recaen sobre sustancias ilícitas preordenadas a su tráfico ilícito en cualquiera de las formas previstas en la ley; y

c) El tercero, constituido por aquellos casos en los que, aunque hay preordenación al consumo, la ley de todas formas los considera típicos de tráfico ilícito y que corresponden a los supuestos analizados en el apartado anterior¹².

De esta forma, tanto los casos descritos en b) y c) anteriores, sí son relevantes para el derecho penal y, por tanto, están sujetos a régimen de penalidad.

Lo anterior, porque la preordenación por el sujeto activo de las sustancias ilícitas no es un concepto solamente material, sino que también adopta caracteres normativos fijados por el legislador.

1.1.4 Subclasificación de los grupos de casos relevantes para el derecho penal.

Dentro de los dos grupos de casos relevantes para el derecho –b) y c) anteriores– puede aún establecerse otra subclasificación:

Primer subgrupo: Tráfico de cualquier cantidad de sustancias siempre que no sean *pequeñas* en el sentido del art. 4º, ya sea en

Cuando en un establecimiento educacional hay bajo porcentaje de consumo de drogas, éste difícilmente sube. En el caso contrario, aumenta en forma muy rápida.

–Cerrado el debate y puesta en votación la indicación signada con la letra e), fue aprobada por cuatro votos a favor y una abstención.”

La historia legislativa no entrega luces sobre el sentido y alcance de la expresión, pero una interpretación sistemática con la disposición del art. 14 de la Ley N° 20.000 puede ayudar. De esta forma, la conducta del interno que consume o porta para su consumo drogas al interior de un centro penitenciario es típica de la falta del art. 51.

(d) Porte o consumo por personal militar, de Carabineros, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería (art. 14).

Si respecto del art. 51 la agravación penológica se fundamentaba en el lugar de comisión de la falta, en el caso del art. 51 se trata de una agravación típica fundada en la condición especial del sujeto activo que ejecuta la conducta, condición que actúa como especializante, de forma que si esta norma no existiera, la conducta del personal militar, policial o de gendarmería que consume o porta para su consumo droga, debería ser encuadrada en la figura básica del art. 50, y no en la agravada del art. 51, porque en ellos no concurre la ajenidad al lugar de comisión de la falta.

(e) Consumo por personal militar, de Carabineros, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería o conscriptos realizado en un recinto militar (art. 14).

Por último, se contempla una hiperagravación para el caso de consumo o porte de drogas por parte de personal militar, superior a la agravación anterior (de ahí *hiperagravación*), fundado en el lugar de comisión.

¹² Ver *supra*, 1.1.2.1 y 1.1.2.2.

(...) 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 desarrollando⁶⁷.

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

3.2.2.1 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 importancia⁶⁸ de forma tal que –parafraseando a Roxin⁶⁹– 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 conducta⁷⁰.

El desplazamiento “dogmático”⁷¹ (es decir, no previsto formalmente por la ley) de la tipicidad de conductas de tráfico de escasas o pequeñas cantidades de droga o de drogas de baja pureza (y, por tanto, de una disminuida capacidad sicotrópica o estupefaciente) puede plantearse cuando las concretas conductas de tráfico ilícito de drogas hayan sido sancionadas por el legislador de igual forma y con un mismo marco penal, sin atender a las diferencias sustanciales que muchas de ellas puedan presentar en la vida real, como ocurría en la Ley N° 19.366. Es decir, cuando la ley penal responde de igual forma a un grupo de casos, prescindiendo de la materialidad de unos diferen-

⁶⁷ STJOP Iquique (30.06.2004) RUC 0300104205-9, Considerado 10°.

⁶⁸ Roxin, Claus. 2000. Política criminal y sistema del derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 73-74.

⁶⁹ Roxin. 2000. Ob. cit., p. 74.

⁷⁰ 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, Joshí. 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.

⁷¹ Luzón Peña. 1996. Ob. cit., p. 565.

tes niveles de lesividad, una respuesta positivista requiere necesariamente la aplicación de dicha ley; en cambio, una respuesta "desde el *telos* del derecho penal"⁷² autoriza una absolucón y, por tanto, la sentencia no sería anulable por el mismo argumento que sí lo sería en el caso de la respuesta positivista.

En cambio, si el legislador prevé las diferencias materiales entre varias conductas y decide penalizar en sí mismas conductas de bagatela, el desplazamiento de la tipicidad fundado en el principio de la insignificancia no podría plantearse, ya que éste no puede operar negando la tipicidad cuando la propia ley penal ha configurado —equivocadamente— un tipo que en su totalidad describe una conducta insignificante, pues en ese caso sólo cabe solicitar su supresión de *lege ferenda*, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del legislador⁷³.

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 absolucón 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 Derecho⁷⁴.

El principio de insignificancia se utilizó como argumento de absolucón 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 concurren-

⁷² 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.

⁷³ Luzón Peña. 1996. Ob. cit., p. 565.

⁷⁴ 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.

tes todos los supuestos para dar por acreditada la existencia del delito imputado⁷⁵⁻⁷⁶.

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

3.2.2.2 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 traficadas⁷⁷.

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

⁷⁵ SJG Coquimbo (20.03.2004) RUC 0310002069-5, Considerandos 6° y 7°; revocada por SCA La Serena (13.04.2004). En el mismo sentido, STSe (28.10.1996):

el ámbito objetivo del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal.

⁷⁶ 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 3°), criterio que [el] Tribunal no comparte, por cuanto basta el solo hecho del porte (...) de la droga para incurrir en la conducta tipificada en el artículo 5° de la ley 19.366 (...). Por la vía legislativa se ha plasmado inequívocamente que el poseedor se dedica a la actividad de tráfico, a menos que, se acredite que la droga estuviese destinada a su consumo personal y próximo en el tiempo, no estableciéndose por el legislador un mínimo de droga necesario para configurar el delito. (...) De otra parte en este caso a juicio de estas sentenciadoras sí se ha atentado contra la salud pública teniéndose presente que estamos frente a un delito de peligro. En efecto el consumo de drogas estupefacientes produce graves consecuencias en la psiquis del ser humano, es justamente este peligro colectivo el que ha querido precaver el legislador penal a fin de impedir la extensión del mal que dicho tráfico engendra por lo que no se requiere necesariamente de grandes cantidades de droga ni de su venta para que estemos frente al delito de tráfico ilícito de estupefacientes (Considerando 8°).

⁷⁷ 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.

*pública*⁷⁸, es decir, la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas⁷⁹, 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 prohibida⁸⁰.

¿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?⁸¹ 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

⁷⁸ Lo que no es excluyente de otros bienes jurídicos protegidos, de forma más o menos inmediata que la salud pública.

⁷⁹ 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).

⁸⁰ Politoff/Matus. 1998. Ob. cit., p. 17.

⁸¹ En el mismo sentido, STJOP Valdivia (20.10.2004) RUC 0400019417-k:

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

la existencia de una afectación real del bien jurídico protegido (...) como fundamento de la intervención penal del Estado⁸².

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 drogas⁸³ - ⁸⁴, 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 sicotrópicas⁸⁵.

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 difusor⁸⁶.

⁸² Mera Figueroa, Jorge. 1998. Derechos humanos en el Derecho penal. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, p. 147.

⁸³ En sentido similar, STJOP Punta Arenas (05.11.2004) RUC 0300153678-7: Con la limitación del autoconsumo en forma personal y exclusiva

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

⁸⁴ Y de allí, entonces, el carácter de delitos de peligro abstracto que tienen los delitos de tráfico. En este sentido, SsTJOP Antofagasta (14.01.2004) RUC 0300082478-9, Considerando 8°, Calama (20.03.2004) RUC 0300108123-2, Considerando 18°; Temuco (13.05.2004) RUC 0200139420-K, Considerando 9°; Talca (06.04.2004) RUC 0200116075-6, Considerando 5°; Copiapó (14.06.2004) RUC 0300086391-1, Considerando 5°.

⁸⁵ 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*.

⁸⁶ En contra, STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214-5, Considerando 9°:

(...) en cuanto que las pequeñas cantidades no afectan la salud física, el concepto con el que la doctrina alude a la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, y el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados a consecuencia de la eventual dependencia física o síquica a la que el consumo frecuente de

Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto:

“El delito de tráfico de estupefacientes, como se desprende de la ley que lo sanciona es un delito de peligro, es decir no requiere la concreción del riesgo, ni la culminación del tráfico, entregando la droga a terceros, sino que basta su tenencia en cantidades que no puedan justificarse para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo ni que estén destinados a la atención de un tratamiento médico para que su sola tenencia sea sancionada, siendo así evidente que la importación, transportación, porte y posesión de una cantidad considerable de sustancia ilícita, como ocurre en el caso sublite debe penalizarse. El carácter de delito de peligro del tráfico de estupefacientes, deviene de la circunstancia de que se trata de una conducta que tiene por objetivo no el daño de una persona concreta, sino que objetivamente muchas personas, las que pueden convertirse en adictos o dependientes y por lo tanto en consumidores habituales que mantienen el negocio y la actividad ilícita, dañando gravemente no sólo la salud individual, sino también la pública, ya que estos individuos, además de su 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”⁸⁷.

Otro asunto es que, como opción de política criminal, es deseable que el marco penal del delito de tráfico reconozca diferencias dependiendo de la cantidad de sustancias traficadas, no ya fundado en una diferente aptitud sensibilizadora del bien jurídico protegido, sino en la necesidad de establecer penas que aparezcan razonables para asegurar la efectiva aplicación práctica de la ley⁸⁸, porque así como no es

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.

⁸⁷ STJOP Temuco (20.05.2004) RUC 0300089941-K, Considerando 11°.

⁸⁸ 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.

racional que arrancar un cabello sea una lesión⁸⁹ 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.

(...)

El artículo 4º pretende sancionar efectivamente el denominado microtráfico, ya que debido a la interpretación que la mayoría de los jueces ha hecho hasta ahora del artículo 5º 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 4º pretende corregir esta realidad. (Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 56ª de 19.04.2001, Legislatura Extraordinaria Nº 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 Nº 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 Nº 343, pp. 23-24).

⁸⁹ Zaffaroni/Alagia/Blocar. 2003. Ob. cit., p. 495.

En suma, aunque es posible reconocer a los jueces la posibilidad de prescindir de la pena en supuestos de mínima lesividad del bien jurídico cuando el legislador ha desconocido esta diferencia material, sancionando esos casos de la misma forma que otros supuestos de una mucho mayor sensibilización del bien jurídico⁹⁰, esta posibilidad sólo es admisible cuando sea posible establecer una relación en concreto entre la conducta y su aptitud lesiva para el bien jurídico protegido.

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

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

La progresión hacia unos mayores niveles de tolerancia social de las conductas de tráfico de drogas y de su consumo, puede producir 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.

⁹⁰ 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.

5. Escasa cantidad como criterio de individualización judicial de la pena⁹¹

Por último, tal como lo ha sostenido Matus,

“Una 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 ley”⁹².

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

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

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.

6.1 Relación de especialidad

Como lo ha sostenido Matus⁹³, 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

⁹¹ 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, PG, pp. 503 ss.

⁹² Politoff/Matus. 1998. Ob. cit., p. 46.

⁹³ Aunque la especialidad la ha analizado a propósito de la relación entre los delitos especiales propios e impropios y los delitos comunes, creo que nada obsta a tomar esos mismos elementos para analizar la relación entre dos tipos que no han sido construidos por el legislador como delitos especiales impropios.

aplicable también la norma particular y, además, en al menos un caso en que no puede aplicarse la norma particular⁹⁴.

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*⁹⁵.

6.2 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 mínima" o "equiparables a las preordenables al microtráfico", se aumentan considerablemente los supuestos que pueden quedar encuadrados en el tipo especial privilegiado⁹⁶. En otras palabras, no existe ninguna buena

⁹⁴ 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).

⁹⁵ Se llega a la misma conclusión si se sigue el método empleado por Matus (Matus. 1999. *Ob. cit.*, pp. 79 ss).

⁹⁶ Ver, por ejemplo, SsTJOP Puerto Montt (12.02.2005) citada en nota al pie número 28; Rancagua (02.03.2005) citada en nota al pie número 26.

razón para suponer anticipadamente que el tipo base se verificará con mayor incidencia que el privilegiado; y que bien puede ocurrir que, desde una perspectiva fenomenológica, el tipo especial constituya la regla general de ocurrencia y al tipo especial sólo se verifique en mucho menos ocasiones que las que podrían pensarse de un tipo base.

6.3 El problema de la tipicidad de las conductas de tráfico de pequeñas cantidades en sentido propio sin la concurrencia del elemento subjetivo

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

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

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

El problema que se plantea es que, al ser un elemento subjetivo del tipo confundante del injusto, es más razonable que su presencia dé lugar a una agravación de la pena y no a una atenuación, como ocurre con la Ley N° 20.000, descriterio legislativo que es preciso denunciar. Así, cuando concurre el elemento subjetivo del tipo (supuesta también la pequeña cantidad) se pasa al tipo privilegiado; pero la operación inversa (pasar del tipo privilegiado al tipo base agravado por no concurrir el elemento subjetivo, supuesta la pequeña cantidad de sustancias) es repudiable por carecer de sentido, no sólo porque pugna con el sentido de justicia material, sino porque, además, no tiene sentido dogmático.

En este caso, estimo que la relación de especialidad cede, y debe optarse por la atipicidad de la conducta de quien adquiere, transfiere,

suministre o facilite pequeñas cantidades de drogas sin el objetivo de que sean consumidas por otro, en el evento que esa misma conducta no sea reconducible a la segunda variante del tráfico (tráfico de pequeñas cantidades por conductas asimiladas a tráfico propio, inciso primero del art. 4°).