

DEL MICROTRÁFICO DE DROGAS Y DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SUS MÁS IMPORTANTES CRITERIOS INDICIARIOS

Luciano Cisternas Velis*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE

ANTOFAGASTA

RESUMEN

El siguiente trabajo investigativo constituye un primer estudio sobre el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, figura penal incorporada a nuestra legislación el año 2005. En él se exponen las principales materias que caracterizan al delito de microtráfico, además de analizar críticamente los principales criterios indiciarios aplicados por nuestros tribunales: la cantidad incautada, la pureza de la sustancia, su forma de ocultamiento y su forma de distribución.

PALABRAS CLAVE: LEY 20.000 - MICROTRÁFICO - PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGAS – JURISPRUDENCIA.

Abstract

The following paper represents a first time study about to the crime of illicit traffic of small amounts of drugs (recently incorporated to Chile's positive law). It exposes the most important questions about this crime and analyzes critically the most important circumstantial evidence that has been accepted in jurisprudence: quantity, purity of the substance, concealment and distribution.

KEY WORDS: LAW 20.000 – MICROTRAFFICKING – SMALL AMOUNTS OF DRUGS - JURISPRUDENCE

I. Introducción**

Con la publicación de la Ley N° 20.000¹, que incorporó la figura del microtráfico, se replanteó en nuestro país el tratamiento jurídico y la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes. Con tipos penales cuyos verbos rectores abarcan con totalidad la cadena de comercialización de la droga, desde la extracción o elaboración de la sustancia hasta su transferencia, se ha buscado erradicar tan nefasta actividad ampliando el *ius puniendi* a estadios anteriores al tráfico mismo. De esta manera, sigue esta ley la senda del autoritarismo², aunque sin alcanzar la exagerada exasperación penológica que sí ha alcanzado en países como Estados Unidos o España.

El tratamiento jurídico de este delito se ha caracterizado por centrar el análisis en cuatro asuntos o temas fundamentales. El primero de ellos dice relación a su identidad con el delito de tráfico, aquel regulado en el artículo 3° de la Ley N° 20.000 (tema, por lo demás, aún controvertido por la Excma. Corte Suprema). El segundo tópico está referido al concepto cardinal en esta materia: la pequeña cantidad. Este conflictivo elemento especializante³, como se verá, implica una importante elección por parte del legislador, que es la de otorgar flexibilidad a los magistrados al momento de juzgar estos delitos, en

* Alumno de 5° año de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte de Antofagasta, quien deja testimonio del valioso y desinteresado aporte de las defensorías regionales de Antofagasta, Valparaíso, Santiago, Bío-Bío y la Araucanía, y de los tribunales de juicio oral en lo penal de Antofagasta, Rancagua, Talca, Linares, Curicó y Puerto Montt, los que proporcionaron gran parte del material jurisprudencial que nutre las páginas de este breve trabajo.

** ABREVIATURAS. Las referencias a sentencias se hacen de la siguiente manera: la palabra “sentencia” se abrevia con la letra S. De esta manera, para referirnos a una sentencia dictada por la Corte Suprema, se abrevia con las letras SCS; si es por la Corte de Apelaciones, SCA; si lo fue por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, STOP; y si lo fue por un Juzgado de Garantía, SJG. A continuación se señala la ciudad en que tiene asiento el tribunal (a excepción de la Corte Suprema), el número del Rol o Rit correspondiente y, entre paréntesis, la fecha en que fue pronunciada. El Código Procesal Penal ha sido abreviado con las siglas CPP, mientras que el Código Penal con las iniciales CP. Si la referencia no es a un código nacional, se han agregado las primeras tres letras del país de origen a continuación de la abreviatura: por ejemplo, CPCol. (Código Penal Colombiano). Por último, la referencia a nuestra Carta Fundamental se ha abreviado de la siguiente manera: C. Pol.

¹ Publicada el 16 de febrero del 2005.

² Como ya lo advirtiera, a propósito de la Ley 19.366, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Las sucesinas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo*, en POLITOFF – MATUS (coordinadores), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Edit. Conosur, 2000), pp. 69ss. En este sentido, la Ley N° 20.000 viene a ser la quinta que regula la materia, luego de las leyes 17.155 (del 11 de junio de 1969), 17.934 (del 16 de mayo de 1973), 18.403 (del 4 de marzo de 1985) y la 19.366 (del 18 de octubre de 1995). Una síntesis histórica sobre la evolución legislativa en esta materia, puede consultarse en HOFFMANN, Valeria – ROJAS, Orlando, *Drogas y lavado de dinero: análisis de la Ley 19.366, modificada por la Ley 19.393* (Santiago, Edit. Jurídica Congreso, 1998), p. 69-75.

³ Así lo consignan POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* (Santiago, Edit. Jurídica, 2006), p. 585.

aras de la justicia y en desmedro de la igualdad y la seguridad jurídica. Un tercer asunto está referido a establecer los elementos sistemáticos que estructuran al delito de microtráfico. Y un cuarto aspecto dice relación al sistema de criterios indiciarios que se ha creado en nuestra jurisprudencia, en función de los dos elementos sistemáticos contenidos en el artículo 4° de la ley, para deslindar o distinguir el tráfico de pequeñas cantidades del tráfico (en los términos del citado artículo 3°) y del consumo de drogas. La falta de uniformidad en la definición de estos criterios indiciarios es la principal falencia del actual tratamiento que se le ha dado a esta materia.

En este trabajo se analizará cada uno de los temas ya esbozados, deteniéndonos latamente –cuanto nos permita las reglas de esta publicación– en los principales criterios indiciarios sostenidos por la jurisprudencia. En este sentido, se presentarán interesantes posiciones doctrinarias; la validez que les otorgan los tribunales en sus sentencias a los indicios antes referidos y la evolución que han presentado hasta hoy.

II. Consagración jurídica del microtráfico

La inclusión del microtráfico en la ley citada es una de las tantas modificaciones que tuvo la regulación del tráfico de drogas en nuestro país⁴. No puede negarse que se trata del más importante aporte que nos ofrece la ley que sustituyó a la anterior Ley N° 19.366⁵, sin perjuicio de los reproches que merece (i) la técnica legislativa empleada en la consagración jurídica de este delito que, por medio de la tipificación de conductas cuya afectación al bien jurídico resulta discutible⁶, adelanta la barrera punitiva equiparando tentativa y consumación; (ii) el empleo de un cardinal concepto jurídico indeterminado, carente por sí mismo de contenido, entregado al arbitrio judicial que, en definitiva, precisa la conducta punible, tarea, en principio, reservada al mismo legislador⁷; y (iii) la determinación de las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, entregada a la potestad reglamentaria.

Sabido es que su regulación obedeció a dos supuestos derivados de que la Ley 19.366 sancionaba únicamente el tráfico de drogas, sin hacer distinciones en cuanto a la

⁴ Vid. Oficio del Fiscal Nacional N° 48, del 26 de enero del 2005. Disponible en el sitio web del Ministerio Público.

⁵ Publicada el 30 de enero de 1995.

⁶ Crítica que se formula, en los mismos términos, en otras legislaciones. En este sentido, aunque referido a la regulación del tráfico de drogas en España, vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (4ª ed., Pamplona, Edit. Aranzadi, 2005), pp. 1892 y ss.

⁷ Se trata del concepto “pequeña cantidad”. En este sentido vid. GONZÁLEZ WITTIG, Marcos, *Análisis de la consagración normativa del delito de microtráfico de drogas* (Tesis de la Pontificia Universidad Católica de Chile para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2007), p. 110.

cantidad traficada. El primero de los supuestos fue que los traficantes de cantidades que hoy pueden considerarse pequeñas, debían ser sancionados con las penas propias del tráfico. Así, al traficante que importaba o exportaba grandes cantidades de drogas, o las transportaba a determinada localidad dentro de su cuerpo, correspondía sancionar con la misma severidad que al callejero vendedor que poseía o vendía algunos papellitos⁸. Ante esta severidad ciega, derivó de ello un segundo supuesto, en que algunos jueces optaron por absolver suponiendo que las cantidades estaban destinadas al consumo personal.

De tal modo, resultó imprescindible una regulación que permitiera atender a este *modus operandi*, sancionando con penas más justas y proporcionales a los microtraficantes. Y, si bien la idea primigenia fue establecer una atenuación atendiendo *a la escasa potencialidad con que obró el imputado*, finalmente se aprobó sancionar con una pena menor aquel tráfico que tuviera por objeto “pequeñas cantidades” de droga⁹.

Este repentino cambio de rumbo en la tramitación del proyecto provocó que el tratamiento del microtráfico, luego de su consagración, no haya estado exento de polémicas. Desde el 2005, año en que entró en vigencia la ley, defensores, fiscales, jueces y penalistas se han esmerado por dilucidar algunos tópicos básicos en esta materia, entre los que se cuentan 1) si el microtráfico es un delito distinto al tráfico propiamente tal, 2) qué debe entenderse por pequeña cantidad, 3) cuáles son los elementos sistemáticos que estructuran este delito, y 4) cuáles son los criterios indiciarios válidos para orientar la distinción o deslinde entre los supuestos de tráfico, microtráfico y consumo.

III. ¿Es el microtráfico un delito distinto al tráfico propiamente tal?

Hasta octubre del año 2008, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema fue unánime y uniforme opositora de la tesis que sostenía la autonomía del microtráfico respecto del tráfico propiamente tal, asilando, por el contrario, aquella corriente argumentativa en virtud de la cual la figura descrita en el artículo 3° de la Ley N° 20.000 se diferenciaba únicamente del microtráfico en la cantidad incautada.

La discusión se produjo en los juicios que tuvieron la oportunidad (y el deber) de revisar, en virtud de la aplicación de los artículos 1° transitorio de la Ley N° 20.000, el artículo 18 del CP. y 19 N° 3, inciso 7° de la CPol., aquellos supuestos en que la ley en comento resultara más beneficiosa para el condenado, con el fin de excepcionar el principio de irretroactividad de la ley penal. Al respecto, en el año 2005 la Excma. Corte Suprema

⁸ Art. 1° de la Ley N° 19.366: «*presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales*».

⁹ Vid. SCS Rol N° 6788-07 (08.10.08), cons. 9°, que pasa revista al Mensaje del Presidente de la República N° 232-341, de fecha 2 de diciembre de 1999, con el que se inicia el Proyecto de ley que sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Sobre la historia fidedigna del establecimiento de la ley, consúltese el sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional.

despejó toda duda, declarando que el art. 4º de la Ley N° 20.000 no creaba una nueva figura delictual, y que en los supuestos que el tráfico se refiriera a pequeñas cantidades era posible sancionárselo con una pena más benévola que la prevista para el tráfico del artículo 3º, inciso primero¹⁰. Se entendía que se trataba, en definitiva, de una forma atenuada de tráfico de drogas, mas no de un delito autónomo.

De este modo, en esta primer etapa jurisprudencial se concluyó que los verbos rectores empleados en el artículo 4º, a saber: poseer, transportar, guardar, portar, adquirir, transferir, suministrar y facilitar, se encontraban comprendidos en el delito de tráfico de drogas, y el legislador decidió aplicarles únicamente a esos supuestos un tratamiento más benigno cuando se traficara pequeñas cantidades. Por lo mismo, también se concluyó que en los casos de exportación o importación de drogas en pequeñas cantidades debía condenarse por tráfico, ya que la figura del microtráfico no estaba dirigida a aplicarse, conforme lo impedía su tenor literal y la historia fidedigna de su establecimiento, a estos supuestos¹¹⁻¹².

¹⁰ Vid. SCS Rol N° 2005-05 (19.07.05), cons. 1º: «Que lleva razón la recurrente cuando sostiene que constituye un error la afirmación de la sentencia impugnada referente a que lo contemplado en el artículo 4º de la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes es un tipo de delito nuevo y distinto del que se consagraba en el artículo 5º, inciso primero, de la antigua Ley N° 19.366 (descrito hoy en el artículo 3º inciso primero del nuevo texto legal), a causa de lo cual no podría considerárselo respecto de aquella disposición como una ley más benigna y, en consecuencia, tampoco dar aplicación en su caso a lo preceptuado en el artículo 18 del Código Penal. En efecto, el artículo 4º de la Ley N° 20.000 no crea una figura delictual diferente del tráfico de estupefacientes contemplado antes en el artículo 5º inciso primero de la Ley N° 19.366, y ahora, en la misma forma, en el artículo 3º inciso primero de la nueva normativa, sino se limita a disponer que, si en el caso concreto ese tráfico se refiere a pequeñas cantidades de droga, puede sancionárselo con una pena más benévola que la prevista ordinariamente para tal delito. *Dicho de otro modo, de lo abarcado por la descripción del comportamiento en que consiste el tráfico de estupefacientes en general, el legislador ha fraccionado un grupo de situaciones a las cuales, no obstante satisfacer las exigencias de ese tipo delictivo, quiere someter a un tratamiento distinto y, ciertamente, más benigno, si concurre la circunstancia de que verse sobre una cantidad de droga pequeña*» (cursiva agregada). En igual sentido, vid. SCS Rol N° 1990-05 (27.07.05), SCS Rol N° 4401-2005 (24.04.06), SCS Rol N° 3819-06 (25.01.07) y, recientemente, la SCA de Santiago Rol N° 15.374-2006 (08.09.08), que también aplicó el artículo 18 del Código Penal.

¹¹ En igual sentido, Oficio del Fiscal Nacional N° 49, del 26 de enero del 2005. Disponible en el sitio web del Ministerio Público.

¹² Respecto a estos supuestos de microtráfico transfronterizo, vid. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, "Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000", *Revista Ius et Praxis* (vol. 11 n. 2, Talca, 2005), pp. 333-350, quien opina que «[l]a "omisión" en este artículo 4º del uso de los verbos rectores "importar" y "exportar" carece de la trascendencia práctica que parece asignársele en el Instructivo N° 2 de la Ley N° 20.000, sobre el tipo penal contemplado en el artículo 4º de la Ley N° 20.000 que sustituye la ley 19.366, Oficio 49-2005 del Fiscal Nacional de 26.01.2005, pues en ambas conductas está implícita la adquisición o transferencia y, particularmente, el porte y transporte. Otra cosa es que, en la práctica, estas conductas, cuando se realizan traspasando fronteras de países suelen ser constitutivas de tráfico a gran escala, pero es perfectamente imaginable el supuesto de microtráfico transfronterizo realizado por jóvenes en busca de "oportunidades" en países distintos al natal».

Sin embargo, desde el fallo Rol N° 6788-07, la Excma. Corte Suprema se ha apartado de aquella doctrina. Interpretando los principales pasajes que gestaron la ley, sostiene que el microtráfico es un delito autónomo¹³, declarando que el texto efectivamente aprobado creó un delito distinto, lo cual se manifestaría en los siguientes aspectos:

(i) El art. 3° señala como conducta base la de traficar, pero sanciona también a quienes induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de las sustancias prohibidas, así como a quienes importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten dichas sustancias. En cambio, el art. 4° no contempla las acciones de quienes induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de drogas, como tampoco de quienes las importen o exporten, por lo que ellas jamás podrán ser constitutivas de microtráfico;

(ii) En lo tocante al volumen de droga traficada, en el microtráfico debe tratarse de una “pequeña cantidad”, especificación cuantitativa que no se hace en el art. 3°; y

(iii) En el art. 4° se contempla una especial causal eximente de responsabilidad, que es la justificación por parte del agente que la droga está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, situación que no está prevista respecto a al art. 3°.

Sin duda, se trata de una favorable, pero muy tardía respuesta a las pretensiones del Ministerio Público. Luego de casi cuatro años de uniforme jurisprudencia, que conllevó la rebaja de la pena en aquellos casos que se recalificaran los hechos a microtráfico, el máximo tribunal declaró que el microtráfico es un delito distinto al tráfico de drogas, lo cual es erróneo¹⁴.

En primer lugar, todos los verbos rectores empleados en el art. 4° se encuentran comprendidos en el art. 3°, idéntica norma al art. 5° de la Ley 19.366 que, como se señaló, tipificaba el tráfico de drogas sin distinguir las cantidades. De la norma aprobada sólo se desprende un hecho: se ha regulado, de forma especial, una faz del delito de tráfico de drogas, mas nunca se ha creado una nueva figura típica, pues en el art. 4° no se emplea ninguna conducta que no se encuentre ya presente en el art. 3°. En segundo lugar, obviamente el art. 3° no hace referencia a volúmenes, ni especifica que se trata de grandes cantidades, pues el microtráfico constituye la figura privilegiada. Todo supuesto que no calce en el art. 4°, se subsume en el art. 3°. Por último, que en el art. 3° no se haga referencia a las

¹³ Vid. SCS Rol N° 6788-07 (08.10.08), cons. 11°. En igual sentido la SCS Rol N° 4192-2008 (03.12.08) y la SCS Rol N° 2763-2008 (21.01.09). A pesar de la interpretación del máximo tribunal, persisten (a nuestro juicio, con acierto) fallos que niegan tal autonomía. En este sentido, vid. el cons. 11° de la reciente SCA de Concepción Rol N° 31-2009 (03.03.09).

¹⁴ En igual sentido MATUS ACUÑA, cit. (n. 12), pp. 333 y ss.

causales o supuestos de atipicidad de estar la droga destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, no ha impedido a los mismos tribunales de justicia hacer referencia a estas circunstancias cuando se ha analizado un juicio referido al tráfico de drogas, en los términos de este artículo¹⁵⁻¹⁶. Y ello se explica porque, de acuerdo al art. 340 del CPP., el Ministerio Público debe acreditar siempre, más allá de toda duda razonable, que las drogas estaban destinadas al tráfico, aún cuando se trate de cantidades que no es posible estimarlas, *a priori*, como pequeñas y susceptibles de tales elementos excluyentes de la tipicidad.

IV. ¿Qué debe entenderse por pequeña cantidad?

A continuación, un segundo aspecto del microtráfico está referido a lo que debemos entender por pequeñas cantidades. Como bien señala MATUS¹⁷, citado por gran parte de los fallos referidos a la materia, toda la cuestión radica en determinar qué es una pequeña cantidad. En la SCS Rol 2005-05 (19.07.05) se sostuvo que esta expresión consiste en un concepto o principio regulativo¹⁸, de carácter puramente formal, que se

¹⁵ Vid. la STOP de Antofagasta Rit N° 224-2008 (10.12.08) que en su considerando octavo declaró «[q]ue los hechos antes descritos son constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes toda vez que, habiéndose encontrado en poder de los acusados sustancias a las que se refiere el inciso 1° del artículo 1° de la Ley N° 20.000, no se justificó su transporte y posesión mediante la autorización de la autoridad competente, sin perjuicio que por el tipo de sustancia incautada –pasta base de cocaína-, con una pureza de 25% y 32%, su cantidad 44.223,60 gramos, y su forma de distribución y ocultamiento –en paquetes enhuinchados, todos ellos guardados al interior de tres bolsos tipo deportivo-,unido a lo expuesto por los acusados [...], ha de concluirse de manera lógica e inequívoca que su destino no pudo ser otro que su comercialización, transferencia o distribución a terceros, no existiendo antecedente o indicio alguno que permita siquiera presumir que la droga estuviese destinada a la atención de un tratamiento médico o a un uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo». En igual sentido STOP de Antofagasta Rit N° 220-2008 (31.12.08), STOP de Antofagasta Rit N° 217-2008 (24.12.08), STOP de Antofagasta Rit N° 190-2008 (15.10.08).

¹⁶ Cfr. con NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la Ley 20.000”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Semestre I, XXVI, 2005), p. 278, quien opina que «los efectos desplazantes [sic] de la tipicidad producidos por el autoconsumo [consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo] sólo comprenden a las conductas que *prima facie* son encuadrables en el art. 4°, pero nunca a las que lo son en el art. 3°. En efecto, a esta conclusión no sólo puede llegarse por la ubicación formal del elemento negativo (previsto en el art. 4°, inciso primero), sino que la cantidad de las sustancias sobre las que recaen las conductas del art. 3° (no-pequeñas cantidades) hacen impensable que esas sustancias estén destinadas al autoconsumo porque siempre rebasarían el límite de la proximidad temporal de dicho elemento negativo. Por esa razón, el elemento negativo consistente en el autoconsumo lógicamente no puede operar como desplazante [sic] de la tipicidad de las conductas subsumibles en el art. 3°» (cursiva en el original).

¹⁷ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n. 3), p. 585.

¹⁸ Sobre este concepto vid. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (7ª ed., Madrid, Edit. Marcial Pons, 2000), traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González, p. 137, quien señala que «cuando el legislador utiliza una cláusula regulativa ello no significa creación de norma, sino,

contraponen a los principios o conceptos normativos. Siguiendo el razonamiento de la Corte, este tipo de conceptos buscan orientar la resolución del juez en el caso concreto, y abandonan a la decisión de los magistrados los espacios imposibles de regular con una fórmula abstracta.

La opción del legislador obedece a que la conducta que decidió punir depende de una multiplicidad de factores que no es posible determinarlos utilizando una forma generalizada que resultara aplicable a la variedad de hipótesis concretas. Y la opción ha implicado dejar en manos de los jueces determinar cuándo estamos frente a una pequeña cantidad, con una aparente flexibilidad puesto que igualmente deben observar el artículo 297 del CPP.

Sin embargo, detrás de estos argumentos esbozados se esconde la recóndita intención del legislador. Si la intención fue castigar el tráfico de pequeñas cantidades de drogas, bien pudo señalarse expresamente qué cantidad se entiende por tal. Por ejemplo, en países como Perú y Colombia han establecido penas de acuerdo a las distintas cantidades traficadas¹⁹. El inciso 3° del artículo 298 del CPPer. entrega un parámetro preciso hasta donde se entiende que hay una pequeña cantidad en el caso de la pasta base de cocaína (100 grs.), de clorhidrato de cocaína (25 grs.), de marihuana (200 grs.) y los derivados de esta última (20 grs.)²⁰. Por su parte, en Colombia el código regula el tráfico ilícito de estupefacientes en sus artículos 375 y siguientes. En su artículo 376 establece un tipo base bastante amplio y sus dos incisos establecen tipos privilegiados en razón de cantidades específicas que dependen del tipo de sustancia traficada²¹. Ambas legislaciones –y esto es lo que rescatamos– han resguardado la seguridad jurídica y el principio de legalidad, determinando las cantidades específicas que constituyen pequeña cantidad. De esta manera, abandonan toda posibilidad de otorgar algún grado de discrecionalidad a los jueces en la determinación del castigo, puesto que si una persona posee una cantidad un poco superior a la del tipo privilegiado, inmediatamente pasa a la del tipo superior.

por el contrario, renuncia a la norma, negación de la norma legal, indicando que a partir del caso concreto desarrolle la norma el juez».

¹⁹ Nos apoyaremos en esta exposición en GONZÁLEZ WITTIG, Marcos, cit. (n. 7), pp. 163-167.

²⁰ El inciso final del artículo citado indica que el Poder Ejecutivo determinará, mediante decreto supremo, las cantidades correspondientes a las demás drogas.

²¹ Art. 375, inciso 2°: «Si la cantidad de droga no excede de mil (1000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos punto sesenta y seis (2.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes». El inciso 3° agrega: «Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3000) gramos de hachís, dos mil (2000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento treinta y tres (133) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

Sin embargo, nuestro legislador descartó esta engorrosa y rígida posibilidad. A nuestro juicio, la intención fue que por medio de este concepto, de esta renuncia a dar una norma como declara la Corte Suprema en el fallo citado, de esta entrega a los jueces de la facultad de determinar cuándo estamos frente a una pequeña cantidad, se encuentra el propósito de permitir a los magistrados una mayor flexibilidad al momento de enjuiciar estos delitos. La cantidad se transforma en un elemento importante a considerar, mas no el único. En aras de la justicia y la proporcionalidad de la pena, las particulares circunstancias concomitantes al tráfico deben ser consideradas. De esta manera, el principal efecto que se consigue con esta flexibilidad entregada a los jueces es la de evitar que los individuos se escuden en una determinada cantidad para ser sancionados directamente como microtraficantes. Y, de hecho, este ambiguo concepto ha provocado que, actualmente, ninguna persona, ni el fiscal, ni el defensor, tengan real certeza de si el imputado será condenado como microtraficante.

Ahora bien, en aras de la seguridad jurídica, inocuo resulta realizar un catastro de las cantidades que se han considerado pequeñas, y las que no lo han sido, sin atender al contexto en que se ha producido éste²², distinguiendo los distintos criterios indiciarios como la forma de distribución de la droga, su pureza, la forma de ocultamiento, etc. El contexto del tráfico, apreciado por los jueces a la luz de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, sumado a la cantidad incautada nos configuran el delito de microtráfico. Únicamente con la uniformidad en los criterios indiciarios puede resguardarse tan preciado fin del Derecho.

V. ¿Cuáles son los elementos sistemáticos que estructuran este delito?

Para la ley no sólo es microtráfico la transferencia de la droga, la hipótesis más lógica y restrictiva, sino también la posesión, transporte, guarda o porte de pequeñas cantidades, cuando no se justifique que las mismas están destinadas al tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Se explica aquello porque el tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas se estructura en base a dos elementos sistemáticos cuyos verbos rectores son del todo disímiles y se encuentran establecidos en los dos primeros incisos del artículo 4°.

En el primero de estos incisos se plantea, de manera implícita, la disyuntiva de distinguir entre supuestos de microtráfico y consumo personal y próximo en el tiempo. Igualmente, en el segundo de ellos se plantea la disyuntiva de delimitar los supuestos de tráfico y microtráfico. Por lo mismo, al momento de fundamentar sus decisiones, cada tribunal ha debido distinguir estas tres conductas, basándose en criterios indiciarios que delimiten las mismas.

²² Como lo realiza GONZÁLEZ WITTIG, cit. (n. 7), pp. 132-133.

1) *Primer elemento sistemático.* Lo encontramos en el primer inciso del artículo 4º, y es el que en la práctica ha planteado más inconvenientes para nuestros tribunales. De hecho, en este caso los verbos rectores utilizados por el legislador – poseer, transportar, guardar y portar - son válidos tanto para el consumo personal, sea en la intimidad o en lugares públicos, como para el tráfico. Por lo mismo, se hace necesario deslindar al microtráfico de esos supuestos.

Para esta tarea, que se ha tornado dificultosa, acude en auxilio el inciso 3º del artículo comentado. Este inciso excluye la circunstancia de uso o consumo personal cuando la calidad o pureza de la droga 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 con ellas. Al respecto, la jurisprudencia ha desarrollado un sistema de criterios o indicios que configuran las conductas propias de microtráfico de las de consumo, amparándose en lo prescrito por los artículos 297 y 340 del CPP., referidos a la valoración de la prueba y la convicción del tribunal. Entre otros, se cuentan: i) la pureza de la droga, ii) si la realidad socioeconómica del imputado se condice con el tipo y cantidad de droga poseída, iii) presencia en el domicilio de utensilios con restos de droga, como consecuencia de su preparación para posterior venta, iv) presencia de balanzas o pesas para dosificar la droga, v) forma de distribución de la droga, vi) posesión de distintos tipos de drogas al momento de la detención, y vii) forma de ocultamiento de la droga.

Una vez deslindado el microtráfico del consumo (que será punible en caso de encuadrarse en los supuestos del artículo 50 ó 51 de la ley), debe distinguirse a su vez del tráfico. A esta distinción nos referiremos en el siguiente acápite.

2) *Segundo elemento sistemático.* Se encuentra en el segundo inciso del artículo 4º. En este caso, la descripción típica y los verbos rectores empleados son distintos. Adquirir, transferir, suministrar y facilitar tienen claramente una connotación referida al tráfico, por lo que en estos casos no es necesario deslindar la conducta de algún supuesto de consumo, sea personal e íntimo o en lugares públicos. Ayuda a sostener lo anterior la última parte del inciso, el que reza: “[C]on el objetivo de sean consumidas o usadas por otro”. En consecuencia, la conducta constitutiva de microtráfico únicamente debe deslindarse del tráfico²³.

²³ Una lectura descuidada de la parte final del segundo inciso del artículo 4º puede confundir al intérprete de la norma. Algunos fallos (vid. por todos el cons. noveno de la STOP de Rancagua Rit N° 160-2006, del 16 de octubre del 2006) han visto en esta exigencia un argumento plausible para excluir los supuestos de microtráfico y castigar, derechamente, por el delito de tráfico: si la droga que poseía el acusado no estaba destinada a ser vendida al consumidor final, sino que a un tercero, quien también se dedica a la

Con la salvedad del aspecto cuantitativo de tratarse de pequeñas cantidades, la ley no señala criterios que orienten a los tribunales para distinguir ambas figuras. Y aunque en principio puede pensarse que éste basta para distinguir satisfactoriamente ambas conductas, esto no es así. A diferencia de lo que ocurre en el primer elemento sistemático, donde expresamente el inciso 3° del artículo 4° obliga a los magistrados a delimitar o distinguir ambas conductas en base a criterios que allí se hace referencia, en este caso son razones de justicia, proporcionalidad y lesividad derivadas de las particulares circunstancias concomitantes al tráfico las que obligan a los tribunales a desarrollar un sistema de criterios o indicios que delimiten los supuestos propios del tráfico de los de microtráfico, amparándose en lo prescrito por los artículos del CPP. antes mencionados.

Lamentablemente -como ya se ha adelantado- no hay una clara uniformidad en los criterios aplicados. Los magistrados se han apoyado principalmente en la cantidad y, además, en aspectos como i) la realidad de la región en que se realizó el tráfico, ii) la clase de droga y su pureza, iii) la forma de distribución de la misma, iv) la realidad socioeconómica del imputado, v) presencia en el domicilio de utensilios con restos de droga, como consecuencia de su preparación para posterior venta, vi) presencia de balanzas o pesas para dosificar la droga, vii) proyección del número de dosis susceptible de obtenerse con la cantidad de droga, los cuales no son pacíficos. Por ejemplo, los argumentos que para un tribunal son válidos para considerar la pureza de la droga como un criterio orientador en la distinción que analizamos, para otro simplemente no lo son.

VI. ¿Qué criterios orientan la distinción entre los supuestos de tráfico, microtráfico y consumo?

Durante los cuatro años de vigencia de la Ley N° 20.000, los tribunales han dado aplicación a un sistema de criterios indiciarios, cuya principal característica es su falta de uniformidad. Además de la cantidad, se ha atendido, entre otros, a la forma de distribución de la droga, a la forma de su ocultamiento, a la posesión de utensilios o instrumentos

venta de droga. Para esta minoritaria doctrina, el supuesto enunciado sólo puede encuadrarse en el artículo 3° de la ley.

Sin embargo, del texto se desprende, inequívocamente, que la intención del legislador ha sido explicitar en este inciso que la adquisición, transferencia, suministro o facilitación de pequeñas cantidades de drogas, para ser punible, debe estar orientada al consumo o uso de un tercero. Obviando el aspecto cuantitativo, la manifestación expresa de tal objetivo es la única diferencia con el artículo 3°, pues en esta norma tal finalidad se encuentra implícita: ¿a quién, sino a un tercero, se induce, promueve o facilita el consumo o uso de drogas? Sin perjuicio de estos aspectos propios de la redacción –afortunada o no– empleada por el legislador, el mismo inciso segundo del artículo 4° es clarísimo en cuanto al objetivo al que debe estar orientada la adquisición, suministro o facilitación: tanto al consumo como al *uso* de las sustancias. Por tanto, bien puede encuadrarse en el delito de microtráfico, por ejemplo, el suministro a otro de equis gramos de droga, para que éste, a su vez, las venda a un consumidor final o a otro *dealer*. En definitiva, no puede asilarse la exclusión de la hipótesis de microtráfico en aquella errada interpretación de la norma; sí, obviamente, en otros criterios indiciarios, como los que concurrieron en el fallo citado.

propios del tráfico y la pureza de la droga. Algunos van en franca retirada, como lo fue atender a la realidad del lugar en que se realizó el ilícito. Otros han sido aceptados, aunque no unánimemente, como por ejemplo, atender a la realidad socioeconómica del acusado, a sus capacidades cognitivas para realizar o sostener empresas o la posesión conjunta de varios tipos de drogas.

En esta oportunidad, de la amplia gama de criterios que han sido acogidos por los tribunales, estimamos de interés exponer el análisis de sólo cuatro de ellos: 1) la cantidad de droga incautada, 2) la pureza de la droga, 3) la forma de distribución de la droga y 4) la forma de ocultamiento de la droga al momento de la detención.

1. *La cantidad de la droga incautada.*

Como se ha apreciado, en la regulación del microtráfico de drogas se presentan dos opciones. La primera es indicar en la ley cuál es la cantidad que se estima destinada al tráfico²⁴, distinguiendo a su vez el tipo de sustancia. La segunda es, como nuestro legislador lo hizo, omitir dicha indicación, y punir el tráfico cualquiera que sea la cantidad y el tipo de droga.

En la Ley N° 20.000, la cantidad de la droga junto a la calidad o pureza de la misma son los únicos criterios que expresamente considera. Permite, con mucha más certeza que los demás criterios indiciarios, deslindar las conductas propias de la gran comercialización de estupefacientes, del microtráfico y el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Ahora bien, cualquier cantidad cumple un rol indiciario²⁵, correspondiéndole un lugar preponderante entre todos los criterios indiciarios, mas no

²⁴ Como lo realizan el Código Penal Colombiano y el Código Penal Peruano. En el caso de España, la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español, mediante Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre del 2001, recabó un informe del Instituto de Toxicología para aquilatar las cantidades que integran la circunstancia de notoria importancia. Para este caso, vid. NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, cit. (n. 16), p. 273. La misma sala, mediante Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de enero del 2003, para homogeneizar los criterios recabó un informe del Instituto de Toxicología en el que solicitaba información sobre “cantidades mínimas psicoactivas de cada sustancia”. En este caso, vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 1899.

²⁵ Vid. STOP de Antofagasta Rit N° 136-2006 (27.10.06), que declaró que «*guste o no, nuestra ley ha establecido la sanción, como delito, de toda tenencia de droga, salvo que se cuente con la autorización competente –como el caso de las personas que perician estas sustancias-, o que ella esté destinada a un tratamiento médico o al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, independiente de su mayor o menor cantidad*». En igual sentido STOP de Antofagasta Rit N° 123-2008 (04.08.08) que declaró que «*la cantidad menor, en modo alguno ha de entenderse como un elemento de atipicidad, admitiéndose sólo la discriminación cuantitativa del microtráfico, respecto del tráfico duro; pero ello no permite o autoriza, dejar ausente de protección, como en este caso, y por una concepción teórica de mínima lesividad, a la salud pública que se cautela por el legislador, bien jurídico que no puede relativizarse en su esencia, más aún, cuando el acusado efectuó acciones de transferencias a otras personas*».

excluyente respecto de ellos. En este sentido, cabe resaltar lo que ARÁNGUEZ SÁNCHEZ anota en su trabajo, citando al Tribunal Supremo Español que, en sentencia del 17 de enero de 1997, afirmó que los límites para distinguir si existe tenencia preordenada al tráfico o al autoconsumo en base a la cantidad de droga intervenida constituían “una cuestión ciertamente irritante por los agravios comparativos que pueden originarse si se hace caso omiso de los supuestos del caso concreto”²⁶.

En nuestra Ley N° 20.000, el inciso el inciso 1° del artículo 4°, que hemos sostenido como su primer elemento sistemático, es auxiliado por el inciso 3° para entender cuándo no concurre la circunstancia de que la droga poseída, transportada, guardada o portada no estaba destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, agregando a la cantidad la pureza o calidad de la droga y las circunstancias indiciarias del propósito de traficar con ellas a cualquier título, fórmula ésta última que comprende a la forma en que se encuentre oculta la droga, cómo se encuentra distribuida, etc. En este caso, el sistema de criterios que se ha diseñado jurisprudencialmente encuentra su fundamento en la ley misma. Por su parte, el inciso 2° del citado artículo, lo que hemos identificado como el segundo elemento sistemático, contempla a la cantidad traficada como el único criterio al que se debe atender, pero en el que, por razones de justicia y proporcionalidad derivadas de las particulares circunstancias que concomitan al tráfico y microtráfico, la jurisprudencia ha diseñado un sistema de criterios indiciarios que ha comprendido, además, la pureza o calidad de la droga, la forma en que se encontró distribuida, etc.

Claramente, lo que en definitiva se plantea con este criterio es determinar cuál es la cantidad que puede excluir la hipótesis de consumo y, por ende, ser punible su posesión²⁷. HERNÁNDEZ BASUALTO sostiene que “[el tráfico de drogas] requiere para su ejercicio de cantidades de mercancía apropiadas para satisfacer no sólo las necesidades del consumo personal, sino que las de una multiplicidad de consumidores. En este sentido resulta razonable suponer, en principio, que quien porta cantidades de estupefacientes que exceden

²⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, “Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 1, 1999, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-04.html. Igual advertencia formula QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal español. Parte Especial* (2ª ed., Barcelona, Bosch Editor, 1992), p. 522, quien estima que «recurrir exclusivamente a la cantidad de droga intervenida es insuficiente y se ha de considerar como un criterio arcaico».

²⁷ Sobre este punto, vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial* (8ª ed., Madrid, Edit. Dykinson, 2003), p. 688, cita parlante número 19, quien, a propósito de los (a su juicio) discutibles criterios que tiene la jurisprudencia española para precisar lo que corresponde a cantidad destinada al consumo y aquella destinada al tráfico, advierte que «[h]ay que tener en cuenta que un consumidor no traficante puede llegar a adquirir cantidades muy superiores para su consumo, pues a mayor cantidad adquirida se consigue más barata; por otra parte, depende de la situación económica, además de adquirir cantidades importantes evita estar constantemente buscando a los vendedores, lo que es molesto, lleva notable pérdida de tiempo, desprestigio para personas más o menos honorables, etc.». En igual sentido se pronunció el voto disidente de la SCA de Valparaíso, Rol N° 258-2008 (05.05.08).

de las que habitualmente sirven para el consumo individual, las porta porque trafica con ellas; en tanto que respecto del portador de pequeñas cantidades, bien puede pensarse que las destina a su propio consumo”²⁸. En igual sentido se expresa GONZÁLEZ WITTIG, para quien “[una cantidad grande] por sí misma, en principio, sería suficiente para probar la intención de traficar, pues supondría que no podría estar destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”²⁹. De este modo, se aprecia que una primera línea argumentativa sostiene que las grandes cantidades no pueden estimarse destinadas al consumo. Pero, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de grandes cantidades? ¿Nos referimos a incautaciones de 100 kilogramos, 1 kilogramo, 100 gramos? Y siguiendo esta línea, ¿cuál es la cantidad que debe estimarse propia del consumo próximo en el tiempo? ¿Lo es un gramo, lo son 10 ó 20 ó menos de 100 gramos?

Pues bien, a todas estas preguntas responde la criticada expresión de pequeñas cantidades. La cantidad que se destine al consumo personal o al tráfico dependen de una multiplicidad de factores que fueron previstas por el legislador. En primer lugar, el concepto permite al juez atender a las particulares circunstancias en que desenvuelva la posesión, transporte, guarda o porte de drogas. En este punto, debe recordarse que el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo no está penado en la ley y, por lo mismo, una interpretación restrictiva obliga a no considerar como delito cuando éstas se porten en la vía pública sin ostentación o trascendencia. El bien jurídico resguardado por esta figura típica no se ve alterado por este tipo de consumo y, por lo mismo, no puede restringirse a un número determinado la cantidad destinada al consumo³⁰. En la línea de este razonamiento, estimamos como la senda que la jurisprudencia debe seguir el criterio aplicado por el Tribunal Oral en lo Penal de Santiago el 18 de marzo de este año, donde absolvió del delito de microtráfico imputado por la posesión de 89,5 grs. de marihuana, junto a 2,3 grs. de pasta base de cocaína, sustancias debidamente distribuidas en más de 100 envoltorios. Los hechos, que a simple vista configuran el porte indiciario del propósito de traficar a cualquier título con ellas, fueron estimados por los magistrados como los propios de quien destina estas sustancias a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. El acusado, trabajador del área de aseo en un centro de ski a las afueras de Santiago, portaba parceladamente dicha cantidad de droga puesto que era adicto a la misma, y en esos lugares el acceso a la droga se hacía difícil o muy costoso. Por esto, él se proveía en Santiago de lo que estimaba podía saciar su adicción los días de trabajo que eran, por lo demás, a turnos, los cuales podían prolongarse si las inclemencias del tiempo así lo

²⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Las drogas ilegales en el Derecho Penal Chileno. Análisis crítico de dogmática y política criminal*, (Tesis de la Pontificia Universidad Católica de Chile para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 1992), p. 212 y ss.

²⁹ GONZÁLEZ WITTIG, Marcos, cit. (n. 7), p. 106.

³⁰ En igual sentido GONZÁLEZ WITTIG, Marcos, cit. (n. 7), pp. 107-108, y NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, cit. (n. 16), pp. 271-273.

disponían. La flexibilidad que implican los conceptos de pequeña cantidad y proximidad en el tiempo permitieron, en este caso en particular, arribar a una decisión a todas luces justa. Decisión totalmente contraria tendríamos si el legislador hubiera señalado un parámetro de lo que debemos entender por cantidad destinada al consumo o tráfico³¹.

En segundo lugar, la cantidad dependerá del tipo de droga³². El Reglamento de la Ley 20.000³³ regula en sus dos primeros artículos aquellas sustancias productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud y aquellas que no producen estos efectos. Esta distinción apunta a lo que vulgarmente se denomina *drogas duras* y *drogas blandas*. En este sentido, no han tenido los mismos parámetros el clorhidrato o pasta base de cocaína que la marihuana.

A continuación se expondrán distintas cantidades que fueron estimadas tanto para el consumo como para el tráfico y microtráfico³⁴. En ellas se apreciará claramente que en algunas sentencias se estimó como pequeña cantidad y, por ende, castigo por microtráfico, cifras mayores a otros supuestos en que se condenó por tráfico. Sin embargo, esta aparente disparidad se debe a las siguientes circunstancias: i) según se trate del primer o segundo elemento sistemático, ii) las circunstancias que determinaron la incautación de la droga, producto del allanamiento de un domicilio vigilado en que se constataron ventas, o por la actuación de agente revelador o encubierto, o por un control de identidad que derivó en la incautación de droga cuyo gramaje excluía el consumo próximo en el tiempo y, por último, iii) la apreciación del contexto –pureza de la droga, forma de ocultamiento, forma de distribución de la droga, etc.- en que se desarrollaron los hechos que realizó el tribunal sujetándose a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados.

a) *Clorhidrato de cocaína.*

En el año 2005, tratándose principalmente de sentencias que efectuaban la revisión por aplicación del artículo 18 del CP., las mayores cantidades que fueron condenadas por

³¹ Como ocurre en Colombia, Perú, España. En nuestro país lo propuso HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, cit. (n. 28), p. 212ss.

³² En igual sentido, vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 1903.

³³ D. S. N° 867, publicado el 19 de febrero de este año.

³⁴ Compárense los fallos que a continuación se citan con jurisprudencia referida al tráfico de drogas anterior a la Ley 20.000, en ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia (Sentencias 1967-1982)*, (2ª ed., t. IV, Edit. Jurídica, Santiago, 1987), pp. 632 y ss. El período comprendido entre los años 1983 y 2002, consúltese en MERA, Jorge – CASTRO, Álvaro, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema* (3ª ed., Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2007), pp. 309-317 y 450-451.

microtráfico correspondieron a 51, 54 y 55,6 grs.³⁵ En el 2006 correspondió a 66 grs.³⁶ En el año 2007 correspondieron a 350, 115 y 80 grs., mientras que la mínima considerada para tráfico fueron 54 y 35,5 grs.³⁷ En el año 2008, la Excma. Corte Suprema, en sentencia Rol

³⁵ Vid. la SCA de Santiago Rol N° 32.886-2002 (29.11.05), que en virtud de la revisión efectuada por aplicación del artículo 18 del CP., estimó como pequeña cantidad 54 grs; SCA de Santiago Rol N° 19.952-2005 (30.09.05), que condenó por tráfico la posesión de 30 grs; SCA de Santiago Rol N° 17.534-2005 (01.08.05), que en virtud de la revisión efectuada por aplicación del artículo 18 del CP. estimó como pequeña cantidad 51 grs; STOP de Antofagasta Rit N° 69-2003 (28.05.05), que en virtud de la revisión efectuada por aplicación del artículo 18 del CP. recalificó a microtráfico el porte de 15 grs. junto a 8 grs. de marihuana; STOP de Chillán Rit N° 17-2005 (10.05.05), que condenó por microtráfico el porte de 55,6 grs.

³⁶ Vid. la SCS Rol N° 2138-04 (14.08.06), que confirmó sentencia impugnada que estimó que 0,46 grs. eran una pequeña cantidad; STOP de Santiago Rit N° 49-2006 (10.08.06), que condenó por tráfico el porte de 108 grs; SCA de Santiago Rol N° 6739-2006 (18.07.06), que en virtud de la revisión efectuada por aplicación del artículo 18 del CP. estimó como pequeña cantidad 31,7 grs; SCA de Iquique Rol N° 66-2006 (14.06.06), que condenó por tráfico la posesión de 22,9 grs. junto a 34,5 grs. de pasta base de cocaína; SCA de Concepción Rol N° 153-2006 (13.04.06), que en virtud de la revisión efectuada por aplicación del artículo 18 del CP. estimó como pequeña cantidad 8,5 grs; STOP de Santiago Rit N° 12-2006 (08.04.06), que condenó por microtráfico la posesión de 66 grs; y la SJG de Santiago Rit N° 1474-2005 (05.04.06), que estimó destinados al consumo la posesión de 13 grs.

³⁷ Vid. la STOP de Santiago Rit N° 206-2007 (04.12.07), que condenó por microtráfico el porte y posesión de un total de 56,9 grs; la SCA de San Miguel Rol N° 1569-2007 (12.11.07) que confirmó la sentencia que condenó por tráfico la posesión de 56,6 grs. junto a 17,7 grs. de pasta base de cocaína; la SCS Rol N° 4417-07 (24.10.07) que confirmó la sentencia impugnada que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. no recalificó a microtráfico la cantidad de 60 grs; la SCS Rol N° 2796-07 (24.10.07) que confirmó la sentencia impugnada que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. no recalificó a microtráfico la cantidad de 252 grs; la STOP de Talca Rit N° 62-2007 (03.10.07) que condenó por tráfico el porte de 35,5 grs. neto; la SCA de Arica Rit N° 147-2007 (02.10.07) que condenó por tráfico el transporte de 289 grs; la SCA de Santiago Rol N° 6272-2005 (11.09.07) que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. estimó como pequeña cantidad 11,3 grs; la SCS Rol N° 2934 (20.08.07) que confirmó la sentencia impugnada que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. no recalificó a microtráfico la cantidad de 675 grs; la SCA de Rancagua Rol N° 303-2007 (16.08.07) que confirmó sentencia que estimó que 54 grs. no eran una pequeña cantidad; la SCA de Santiago Rit 18.195-2004 (12.06.07) que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. estimó que 26,3 grs. eran una pequeña cantidad; la SCA de Santiago Rol N° 18.195-2004 (12.06.07) que en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. estimó que 45,7 grs. eran una pequeña cantidad; la SCA de Santiago Rol N° 28.507-2003 (11.06.07) que confirmó sentencia que condenó por microtráfico la posesión de 56 grs; la SCA de Rancagua Rol N° 128-2007 (11.06.07) que revocó la sentencia impugnada, estimando que 68 grs. eran una pequeña cantidad; la STOP de Rancagua Rit N° 98-2007 (04.06.07) que condenó por tráfico la venta y posesión de un total de 54 grs; la SCA de San Miguel Rol N° 3237-2006 (06.06.07) que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. estimó que 49,7 grs. eran una pequeña cantidad; la SCA de San Miguel Rol N° 1235-2006 (05.06.07) que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. estimó que 49,6 grs. eran una pequeña cantidad; la SCA de Santiago Rol N° 30.134-2006 (16.03.07) que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. estimó que 350, 115 y 50 grs. eran pequeñas cantidades; y la SCS Rol N° 1506-05

Nº 6788-2007 (08.10.08), fallando recurso de casación a propósito de la revisión dispuesta por los artículos 1º transitorio de la Ley 20.000, el artículo 18 del CP. y 19 Nº 3, inciso 7º de la CPol., estimó que el porte y posesión de 6,8 grs. de marihuana prensada, 0,4 grs. de pasta base de cocaína y 62 grs. de clorhidrato de la misma sustancia no eran subsumibles en el hecho punible del artículo 4º de la Ley 20.000³⁸. Por su parte, el mismo año, la SCA de Santiago, Rol Nº 15.374-2006 (08.09.08), condenó por microtráfico el porte de 100 grs. En el 2009, dos fallos analizados no consideraron como pequeña cantidad la posesión de 98 grs. netos, ni la de 79,8 grs. netos³⁹.

b) *Pasta base de cocaína.* En el año 2005 las mayores cantidades que fueron condenadas por microtráfico correspondieron a 55, 62, 64, 89 y 97 grs.⁴⁰, mientras que las mínimas que condenaron por tráfico correspondieron a 55,9 y 62 grs. En el año 2006 las mayores cantidades que fueron estimadas pequeña cantidad correspondieron a 108 y 85,5 grs.⁴¹,

(02.01.07) que confirmó la sentencia impugnada que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP, no recalificó a microtráfico la cantidad de 67 grs.

³⁸ Consúltense, además, la STOP de Rancagua Rit Nº 276-2007 (02.01.08), que condenó por tráfico la posesión de 80 grs. brutos.

³⁹ Vid. las SCA de Arica Rol Nº 183-2008 (23.01.09) y SCA de Concepción Rol Nº 31-2009 (03.03.09), respectivamente.

⁴⁰ Vid. la SCA de Santiago Rol Nº 51.051-2002 (06.12.05) que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. condenó por microtráfico el suministro y posesión de 38 grs; la STOP de Arica Rit Nº 95-2004 (12.11.05) que recalificó a microtráfico la posesión de 64 grs; la SCA de Santiago Rit Nº 11.551-2003 (02.11.05) que estimó como pequeña cantidad 5,3 grs; la STOP de Antofagasta Rit Nº 149-2005 (25.10.05) que condenó por microtráfico el porte de 5,5 grs; la SCA de San Miguel Rol Nº 2636-2005 (06.10.05) que en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. no estimó como pequeña cantidad 55,9 grs; la SCA de Rancagua Rol Nº 737-2005 (16.09.05) que, en la misma hipótesis, recalificó a microtráfico la posesión de 3,4 grs; la SCA de Arica Rol Nº 157-2005 (23.08.05) que confirmó sentencia que condenaba los 89 grs. por microtráfico; la STOP de Arica Rit Nº 38-2005 (22.07.05) que condenó por microtráfico el porte de 97 grs; la STOP de Antofagasta Rit Nº 66-2002 (25.05.05) que en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. recalificó a microtráfico el porte de 2,1 grs; la STOP de Antofagasta Rit Nº 39-2002 (20.05.05) que, en la misma hipótesis, recalificó a microtráfico el suministro y posesión de 28 grs; la STOP de Antofagasta Rit Nº 150-2003 (20.05.05) que, en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. recalificó a microtráfico el porte de las acusadas de un total de 21 grs; la STOP de Antofagasta Rit Nº 98-2003 (14.05.05) que, en la misma hipótesis, no recalificó a microtráfico la posesión y guarda de 62 grs; la STOP de Antofagasta Rit Nº 178-2004 (13.05.05) que condenó por microtráfico el porte de 6,1 grs; la STOP de Antofagasta Rit Nº 175-2004 (07.05.05) que condenó por microtráfico 28 grs; la SCA de Santiago Rol Nº 69.167-2001 (05.05.05) que en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. estimó como pequeña cantidad 34,4 grs; la SCA de Santiago (27.04.05) que, en la misma hipótesis, estimó como pequeña cantidad 24,6 grs; y la SCA de Concepción Rol Nº 3.356-2004 (12.04.05) que, en la misma hipótesis, estimó como pequeña cantidad 12,2 grs.

⁴¹ Vid. la SJG de Santiago Rit Nº 1761-2006 (27.12.06) que condenó por microtráfico la venta y porte de 2,2 grs; la SCA de Iquique Rol Nº 155-2006 (15.12.06) que estimó como una pequeña cantidad 108 grs; la SCA de Rancagua Rol Nº 276-2006 (20.10.06) que estimó 85,5 grs. como una pequeña cantidad; la



mientras que las menores condenadas por tráfico fueron 124 grs. y 34,5 grs. acompañado de 22,9 grs. de pasta base de cocaína. En el 2007, la mayor cantidad que fue estimada una pequeña cantidad correspondió a 96,4 grs., mientras que la menor considerada por tráfico fue 17,7 grs. acompañado de 56,5 grs. de pasta base de cocaína⁴². En el 2008, la STOP de Antofagasta, Rit N° 99-2008 (02.07.08), condenó por tráfico el porte de 107 grs⁴³. En fallos posteriores, el mismo tribunal condenó por tráfico la posesión de 99,10 grs. netos y 153,1 grs.⁴⁴, y por microtráfico la posesión y porte de 135 grs. brutos, 38,4 grs. brutos, 21,8 grs.

STOP de Viña del Mar Rit N° 105-2006 (22.07.06) que condenó por tráfico la posesión de 696 grs. junto a 18,9 grs. de clorhidrato de cocaína; la SCA de Iquique Rol N° 66-2006 (14.06.06) que condenó por tráfico la posesión de 34,5 grs. de pasta base de cocaína junto a 22,9 grs. de clorhidrato de cocaína; la SCS Rol N° 4401-05 (24.04.06) que confirmó sentencia que condenó por tráfico la posesión de 105 grs; la SCA de Santiago Rol N° 55.732-2002 (18.04.06) que en virtud de la revisión efectuada en aplicación del artículo 18 del CP. estimó como pequeña cantidad el porte de 4,9 grs; la SCS Rol N° 5853-05 (04.04.06) que confirmó la sentencia que condenó por tráfico la posesión de 124 grs; la STOP de Concepción Rit N° 299-2005 (28.01.06) que condenó por microtráfico la venta y porte de un total de 8 grs; y la STOP de Arica Rit N° 116-2005 (04.01.06) que condenó por tráfico la posesión de 240 grs. junto a 44 grs. de marihuana.

⁴² Vid. la STOP de Santiago Rit N° 83-2007 (28.11.07), que estimó que 1,2 grs. estaban destinados al consumo; la STOP de Antofagasta Rit N° 187-2007 (22.10.07), que estimó como pequeña cantidad la posesión de 57,2 grs; la STOP de Rancagua Rit N° 239-2007 (19.10.07), que condenó por tráfico la posesión de 87 grs. brutos; la SCA de Antofagasta Rol N° 241-2007 (17.10.07) que revocó la sentencia impugnada, y estimó como una pequeña cantidad 96,4 grs; la STOP de Antofagasta Rit N° 161-2007 (14.09.07), que condenó por tráfico el transporte de 96 grs; la STOP de Rancagua Rit N° 194-2007 (05.09.07), que condenó por tráfico la posesión de 248 grs. brutos; la STOP de Iquique Rit N° 147-2007 (20.07.07) que condenó por tráfico la posesión de 93,9 grs; la STOP de Santiago Rit N° 40-2007 (11.07.07) que estimó destinados al consumo 7,7 grs; la STOP de Iquique Rit N° 100-2007 (06.06.07), que condenó por tráfico la posesión de 60 grs; la STOP de Concepción Rit N° 55-2007 (20.04.07) que estimó que el porte de 15,5 grs. estaba destinado al consumo; la STOP de Antofagasta Rit N° 204-2006 (28.01.07) que condenó por microtráfico la venta y posesión de un total de 17,9 grs; la SCA de San Miguel Rol N° 1569-2007 (12.11.07) que confirmó sentencia que condenó por tráfico la posesión de 17,7 grs. junto a 56,5 grs. de clorhidrato de cocaína; la SCA de Antofagasta Rol N° 241-2007 (17.10.07) que revocó la sentencia impugnada y estimó como una pequeña cantidad 96,4 grs; la SCA de Santiago Rol N° 1942-2005 (21.08.07) que en virtud de la revisión efectuada por aplicación del artículo 18 del CP. estimó como una pequeña cantidad 39,2 grs; la SCA de Santiago Rol N° 4271-2007 (18.07.07) que en virtud de la revisión efectuada por aplicación del artículo 18 del CP. condenó por microtráfico el porte de 30 grs; y la SCA de Santiago Rol N° 9580-2004 (30.05.07) que en la misma hipótesis recalificó a microtráfico el porte de 41,4 grs.

⁴³ Confirmada por la SCA de Antofagasta Rol N° 162-2008 (17.09.08).

⁴⁴ Vid. las STOP de Antofagasta Rit N° 199-2008 (11.11.08) y Rit N° 191-2008 (04.11.08), respectivamente. Consúltese, además, la STOP de Rancagua Rit N° 121-2008 (21.07.08), que condenó por tráfico a los imputados por la posesión de 83,4 grs; y la STOP de Puerto Montt Rit N° 34-2008 (27.05.08), que condenó por tráfico el transporte de 242,36 grs. netos.

netos y 60 grs. netos⁴⁵. Por último, en el presente año, la Excma. Corte Suprema, en sentencia Rol N° 2763-2008 (21.01.09), fallando recurso de casación en el fondo a propósito de la revisión dispuesta por los artículos 1° transitorio de la Ley 20.000, el artículo 18 del CP. y 19 N° 3, inciso 7° de la CPol., estimó que la venta y posesión de 75 grs. de pasta base de cocaína no era subsumible en el hecho punible del artículo 4° de la Ley 20.000; mientras que la SCA de Antofagasta, Rol N° 06-2009 (24.01.09), condenó por microtráfico la posesión de 233,70 grs. brutos⁴⁶.

c) *Cannabis sativa o marihuana.*

Bajo el nuevo reglamento la marihuana (el producto de la *cannabis sativa* de mayor difusión en nuestro país) es considerada una *droga dura*. Más allá de las inquietudes de carácter científico que pudieran esbozarse sobre si realmente la marihuana produce tan dañinos efectos (puesto que médicamente sigue siendo un tema discutido), a nuestro juicio el mensaje del gobierno es claro: la marihuana, sea o no prensada, es estimada tan dañina como la cocaína, el LSD o la heroína⁴⁷. Su comprobado carácter de droga de inicio⁴⁸, el progresivo aumento de su consumo⁴⁹, sumado a que por décadas ha sido considerada como el mal menor entre el abanico de sustancias disponibles, reduciendo así la percepción de su peligrosidad, ha provocado que las autoridades, en el contexto de la erradicación de todas las drogas ilícitas, enmienden el rumbo. Y las consecuencias prácticas más patentes de esta variación son, en primer lugar, que en los supuestos de los artículos 1° y 3° de la ley ya

⁴⁵ Vid. la STOP de Antofagasta Rit N° 73-2008 (24.05.08), que condenó por microtráfico el porte de 60,1 grs. netos; la STOP de Antofagasta Rit N° 123-2008 (04.08.08), que condenó por microtráfico la posesión de 1,1 grs. netos; la STOP de Antofagasta Rit N° 202-2008 (15.11.08), que condenó por microtráfico la posesión de 135 grs. brutos; la STOP de Antofagasta Rit N° 210-2008 (19.11.08), que condenó por microtráfico el porte de 38,4 grs. brutos; y la STOP de Antofagasta Rit N° 221-2008 (19.12.08), que condenó por microtráfico la posesión de 21,80 grs. netos.

⁴⁶ Consúltese, además, la STOP de Rancagua Rit 322-2008 (16.01.09), que condenó por microtráfico el transporte y posesión, por parte de los imputados, de 120 grs. brutos.

⁴⁷ Sin embargo, la equiparación no es pacífica. Vid. por todos a MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial* (11ª ed., Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1996), p. 567, para quien, desde un punto de vista políticocriminal, «parece evidente que no se pueden tratar con el mismo rasero, en relación con la salud pública, el tráfico de sustancias tan dispares en su nocividad como la heroína y la marihuana».

⁴⁸ Vid. *Escuela sin drogas*, CONACE, pp. 122ss, donde se señala que «[e]l riesgo más importante que presenta esta sustancia es su clasificación como droga de inicio entre los niños y jóvenes que comienzan su consumo de drogas. Es decir, muchos de los consumidores de *cannabis sativa* se inician con la marihuana para después experimentar con otras drogas o sustancias con un poder más adictivo y más perjudiciales para la salud. Si bien no todo usuario experimentará necesariamente con otras sustancias más peligrosas, sí existe un riesgo derivado de ingresar en el circuito de consumos ilícitos». Conclusiones que son continuamente refrendadas por las declaraciones periciales. Vid. por ejemplo la STOP de Copiapó Rol 43-2006 (l 6.09.06).

⁴⁹ Vid. el *Séptimo estudio nacional de drogas en la población general de Chile, 2006*. Disponible en la dirección electrónica: <http://www.conacedrogas.cl/inicio/pdf/Estudio7.pdf>. Para constatar el impacto en Sudamérica, revítese el informe elaborado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, disponible en <http://www.cicad.oas.org/es/default.asp>.

no procederá la posibilidad de rebajar la pena hasta en un grado⁵⁰; y en segundo lugar, en el supuesto del artículo 4° se debería terminar con el tratamiento más benigno dado al microtráfico de esta droga y sus productos.

De la jurisprudencia analizada, en el año 2005 las cantidades que fueron estimadas como destinadas al consumo no superaron los 50 grs.⁵¹, mientras que la más alta cantidad condenada por microtráfico fue 660 grs.⁵² En el año 2006 las cantidades estimadas como pequeña cantidad no superaron los 200 grs.⁵³, mientras que la mínima condenada por tráfico 253 grs. de marihuana⁵⁴. En el 2007, la máxima cantidad estimada como constitutiva de microtráfico fue 408 grs.⁵⁵ En el año 2008, la más alta cantidad condenada por

⁵⁰ Si bien se discutió la procedencia de esta rebaja respecto del delito de microtráfico, la jurisprudencia ha sido uniforme en señalar que la posibilidad de rebajar la pena no alcanza al delito del artículo 4°.

⁵¹ Vid. la SCA de Puerto Montt Rol N° 359-2005 (14.11.05), que estimó destinados al consumo el porte de 5,3 grs., junto a 15 grs. de clorhidrato de cocaína; la SCA de Valparaíso Rol N° 658-2005 (13.07.05) que condenó el porte de 15, 3 grs. de marihuana; la STOP de Antofagasta Rit N° 174-2005 (24.12.05), que condenó por el porte de 22,4 grs. de marihuana.

⁵² Vid. la STOP de Antofagasta Rit N° 69-2003 (28.05.05). El tribunal estimó que 15,1 grs. de clorhidrato de cocaína y 8 grs. de marihuana configuraban microtráfico. Consúltese también la STOP de Los Ángeles Rit N° 2-2005 (04.07.05) que condenó por el porte de 179 grs. de marihuana, estimándolos como microtráfico; la SCA de Valparaíso Rol N° 3819-2004 (06.08.05), que en virtud de la revisión efectuada por aplicación del artículo 18 del CP, estimó que 4,1 grs. de marihuana y 9 grs. de pasta base de cocaína eran microtráfico; la SCA de Puerto Montt Rol N° 301-05 (20.09.05) que estimó que 660 grs. de marihuana eran constitutivos de microtráfico.

⁵³ Vid. la SCA de Santiago Rol N° 15.378-2003 (22.12.06), que condenó por microtráfico el porte de 67 grs; la STOP de Antofagasta Rit N° 136-2006 (27.10.06) que condenó por 1,5 grs. de marihuana; la SCA de Copiapó Rol N° 163-2006 (20.09.06) condenó por 5 grs; la SCA de Antofagasta Rol N° 129-2006 (22.08.06) por microtráfico 86 grs; la STOP de Concepción Rit N° 122-2006 (11.07.06) por 96 grs; la SCA de Puerto Montt Rol N° 73-2006 (24.06.06) por 11,22 grs; la STOP de Antofagasta Rit N° 60-2006 (30.05.06) condenó por 6,1 grs; la STOP de Curicó Rit N° 16-2006 (19.05.06) por 1 gramo de marihuana; la STOP de Antofagasta Rit N° 45-2006 (03.05.06) por 17 grs. de marihuana; la STOP de Antofagasta Rit N° 38-2006 (25.04.06) por 54 grs. de marihuana y la SCA de Coyhaique Rol N° 7-2006 (28.02.06) por el porte de 188 grs.

⁵⁴ Vid. la STOP de Arica Rit N° 116-2005 (04.01.06), que condenó por tráfico 255 grs. de pasta base de cocaína y 41 grs. de marihuana; la SCA de Coyhaique Rol N° 36-2006 (23.05.06), que condenó por 850 grs. y la SCA de Coyhaique Rol N° 72-2006 (23.08.06), por 253 grs.

⁵⁵ Vid. la STOP de Rancagua Rit N° 308-2007 (24.12.07), que condenó por tráfico la venta y posesión de 170 grs; la SCA de Punta Arenas Rol N° 114-2007 (24.12.07), que confirmó la sentencia que absolvía del porte y posesión de un total de 9,35 grs. destinados al consumo; la SCA de Antofagasta Rol N° 273-2007 (17.12.07) condenó por microtráfico el porte de 45,6 grs; la STOP de Rancagua Rit 281-2007 (07.12.07), que condenó por microtráfico el porte de 16 grs. brutos; la STOP de Rancagua Rit N° 267-2007 (21.11.07), que condenó por microtráfico la posesión de 105 grs. brutos, junto a 4,2 grs. de clorhidrato de cocaína; la SCA de Coyhaique Rol N° 101-2007 (03.12.07) por el porte y posesión de un total de 436 grs. de marihuana; la STOP de Chillán Rit N° 119-2007 (21.11.07) que condenó por microtráfico, estimando como

microtráfico superó el kilogramo de marihuana⁵⁶, mientras que la mayor cantidad que se estimó destinada al consumo fue 89 grs.⁵⁷ El mismo año, la STOP de Antofagasta, Rit N° 131-2008 (22.08.08), condenó por tráfico el porte de 210 grs. netos. En el 2009, la SCA de Valparaíso, Rol N° 5-2009 (28.01.09), confirmó la sentencia del tribunal *a quo* que condenó por microtráfico el porte de 24,51 grs.

2. *Pureza de la droga.*

Hasta antes de llegar a manos del consumidor final, que también puede ser traficante, la droga ha sido objeto de distintas adiciones. Este acto, que puede implicar agregar sustancias inocuas o más dañinas que la misma droga, ha tenido un solo objetivo: acrecentar el volumen de la droga para aumentar las ganancias con su venta. De esta forma, a lo largo de la cadena de comercialización podremos encontrar distintos porcentajes de pureza, dependiendo de cuánto distorsionada se encuentre la sustancia.

pequeña cantidad 285 grs. de marihuana; la SCA de Temuco Rol N° 1048-2007 (17.10.07) que revocó la sentencia impugnada, y condenó por microtráfico el porte de 22,93 grs; la SCA de San Miguel Rol N° 1456-2007 (08.10.07), que confirmó la sentencia impugnada por el porte de los acusados de un total de 23 grs; la STOP de Rancagua Rit N° 225-2007 (06.10.07), que condenó por tráfico la posesión de 182 grs. brutos; la STOP de Viña del Mar Rit N° 134-2007 (25.09.07), que estimó que el porte de 44 grs. configuraban el delito de microtráfico; la STOP de Rancagua Rit N° 197-2007 (06.09.07), condenó por tráfico la posesión de 159,8 grs. brutos; la SJG de Osorno Rol N° 2382-2007 (17.07.07) condenó por 30 grs; la STOP de Punta Arenas Rit N° 41-2007 (12.07.07) estimó que el transporte de 408 grs. eran constitutivos de microtráfico; la STOP de Linares Rit N° 25-2007 (03.07.07) condenó por el porte de 25,5 grs. de marihuana; la SJG de San Antonio Rit N° 1064-2007 (25.06.07) por el transporte de 129 grs. de marihuana; la SJG de Colina Rit N° 426-2007 (20.06.07) por poseer y guardar 169 grs. de marihuana y 11,1 grs. de pasta base de cocaína; la SCA de San Miguel Rol N° 884-2007 (18.06.07) estimó que 111 grs. eran una pequeña cantidad; la SJG de Copiapó Rit N° 1359-2007 (25.05.07) estimó destinada al consumo el porte de 5,1 grs. de marihuana; la STOP de Talca Rit N° 114-2006 (13.02.07) por poseer 1 gramo de marihuana y la STOP de Antofagasta Rit N° 190-2006 (13.01.07) condenó por microtráfico el suministro y porte de 5 grs. de marihuana.

⁵⁶ Vid. la STOP de Punta Arenas Rit N° 74-2008 (27.11.08), que condenó por microtráfico la venta y posesión de 29,41 grs. y 3,07 grs. netos; la STOP de Rancagua Rit N° 273-2008 (26.11.08), que condenó por microtráfico el transporte de 59,7 grs; la STOP de Curicó Rit N° 40-2008 (18.10.08), que condenó por microtráfico el porte de 0,5 grs. netos; la SCA de Puerto Montt Rol N° 98-2008 (10.06.08), que condenó por microtráfico la posesión de 56,4 grs; la STOP de Antofagasta Rit N° 83-2008 (06.06.08), que condenó por microtráfico el porte y posesión de 103,4 grs. netos; la SCA de Valparaíso Rol N° 258-2008 (05.05.08), que condenó por microtráfico el porte de 69 grs; la STOP de Puerto Montt Rit N° 9-2008 (12.03.08), que condenó por microtráfico el transporte de 1,4 kilogramos., junto a 4,63 grs. de clorhidrato de cocaína. La SCA de Puerto Montt Rol N° 59-2008 (28.04.08) rechazó los recursos de nulidad deducidos contra el fallo.

⁵⁷ Vid. la STOP de Santiago Rit N° 245-2007 (18.03.08), que estimó destinados al consumo 89,5 grs; STOP de Santiago Rit N° 260-2007 (04.02.08), que estimó destinados al consumo la posesión de 32 grs. más 11 plantas de marihuana.

Pero, ¿cumple un rol indiciario la pureza de la droga para distinguir los supuestos de tráfico, microtráfico y consumo? Para responder adecuadamente se debe distinguir entre los elementos sistemáticos que ya se han enunciado. Si bien en el caso del segundo elemento sistemático sólo debe atenderse a la cantidad incautada, ya hemos indicado que por razones de justicia y proporcionalidad de la pena debe atenderse igualmente a las circunstancias que concommitan al tráfico, y en razón de esto se ha considerado a la pureza de la droga dentro del sistema de criterios indiciarios que la jurisprudencia ha configurado: su distinto porcentaje permite deslindar las conductas propias del tráfico y el microtráfico.

En cambio, en lo que al primer elemento sistemático se refiere, es el tercer inciso del artículo 4º de la Ley 20.000 el que manda expresamente que la pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada sea un criterio que los magistrados deben considerar para excluir los supuestos de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la misma no permita racionalmente suponer que está destinada a éste. Luego, la norma obliga realizar la siguiente distinción, siempre conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados: si es una alta o baja pureza la que descarta racionalmente la intención de consumo⁵⁸.

En ambos supuestos el estado de adulteración de la droga se ha interpretado de la siguiente forma:

a) La doctrina, y la mayor parte de la jurisprudencia, ha sostenido que un alto grado de pureza permite su adulteración con fines lucrativos. Su estado es idóneo para “cortarla”, esto es, mezclarla con otras sustancias y así aumentar su volumen⁵⁹, el que traerá consecuentemente mayores ganancias. De esta forma, cuando la droga que es incautada posee un alto grado de pureza ello lleva a colegir que el impacto al bien jurídico protegido pudo haber sido mayor, ya que dada la alta pureza se podría haber obtenido mayor volumen de droga de menor calidad. En definitiva, se concluye que en los supuestos de transferencia, posesión, transporte, guarda o porte de droga con una alta pureza no estaríamos frente a una pequeña cantidad, sino derechamente frente a un supuesto de

⁵⁸ Vid. la advertencia que formula MARTORELL CORREA, Daniel, *Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas*, en *Boletín del Ministerio Público. Edición especial* (Nº 32, septiembre del 2007), p. 246, pues «no se precisa si la causal de exclusión de responsabilidad cae cuando la droga posee un bajo porcentaje de pureza (de lo cual podría deducirse que NO está destinada al consumo personal del sujeto), o cuando la misma posee un alto índice de pureza (de lo cual podría deducirse su intención de traficar con la misma)».

⁵⁹ Al respecto, vid. JOSHI JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal* (Barcelona, Bosch Editor, 1999), p. 203, quien sostiene que la pureza ha sido un indicio que la jurisprudencia española ha tomado en cuenta para afirmar o rechazar la posesión típica de drogas, esto es, con el propósito de tráfico. Los tribunales españoles han interpretado el alto grado de pureza de la droga como un estado idóneo para cortarla y posteriormente venderla. En igual sentido GONZÁLEZ WITTIG, cit. (n. 7), p. 144.

tráfico⁶⁰. Siguiendo este razonamiento, cuando la pureza es baja, las máximas de la experiencia nos indican que la mezcla ya se ha efectuado. Por lo mismo, una pureza baja restringe las posibilidades a que estemos frente a un microtraficante o a un consumidor⁶¹.

⁶⁰ Vid. las STOP de Rancagua Rit N° 13-2009 (18.02.09), que condenó por tráfico la posesión de 100,7 grs. brutos, declarando que *«la pureza de la droga también constituyó un elemento para decir que la ilicitud cometida por los acusados era un tráfico de estupefacientes del artículo 3° de la ley 20.000, desde el momento que, una sustancia prohibida con una puridad de un 50% en uno de los casos, no está al alcance de personas que comercializan con mínimas cantidades de sustancias prohibidas para aprovisionar a consumidores, dado que, éstas aumentan los gramajes con otros elementos quizás más nocivos que la propia droga, los que disminuyen su cantidad neta, pero acrecientan la dosificación. Tantos por cientos menores se asocian con medidas que se venden para el consumo, de allí que, un traficante de mayor categoría cuenta con una droga de mejor calidad [...]»*; la STOP de Santiago Rit N° 49-2006 (10.08.06), que condenó por tráfico a la acusada que portaba 108,4 grs. de clorhidrato de cocaína, con una pureza de 18%. En este caso, el tribunal descartó la figura del microtráfico atendiendo a la exposición de la perito, en el sentido que dicha cantidad, dado su grado de pureza, aún era susceptible de aumentarse indefinidamente su volumen. Por su parte, la STOP de Iquique Rit N° 100-2007 (06.06.07) estimó que la pureza sólo es relevante para recalificar o calificar como microtráfico cuando es escasa, *«y no como en el supuesto que oscila entre los 22 y 61% de 60 gramos brutos de pasta base de cocaína»*. En la misma línea se pronunció la STOP de Antofagasta Rit N° 98-2003 (14.05.05), condenando por tráfico la posesión y transferencia de 62 grs. de pasta base de cocaína, cuya pureza fue de 78%. Sostuvo que *«la pureza de la droga informa la posibilidad de acrecentar la droga mediante la utilización de diversos aditivos, y con ello aumentar la cantidad a transferir, o en caso de que ello no ocurra, un mayor grado de toxicidad de la misma»*.

⁶¹ Vid. la STOP de Santiago Rit N° 574-2008 (17.12.08), que condenó por microtráfico la venta y posesión de un total de 80,8 grs. de clorhidrato de cocaína, cuya pureza arrojó un 29%; la STOP de Antofagasta Rit N° 221-2008 (19.12.08), que estimó como pequeña cantidad la posesión de 21,8 gr. netos de pasta base de cocaína cuya pureza fue de 53%; la STOP de Antofagasta Rit N° 202-2008 (15.11.08), que estimó como pequeña cantidad los 112,2 gr. brutos de pasta base de cocaína incautada, atendiendo, entre otros motivos, a la baja calidad de la droga cuya pureza arrojó un 14%; la SCA de Antofagasta Rol N° 241-2007 (17.10.07), que condenó por microtráfico el transporte de 96,4 grs. netos de pasta base de cocaína con un 50% de pureza; y la SCA de Santiago Rol N° 21.601-2004 (14.08.07), que condenó la posesión de 37 grs. de pasta base de cocaína con una pureza que oscilaba de 79 a 81%, y de 164 grs. de la misma sustancia con pureza de 33 a 34%. En criterio de los sentenciadores, tal cantidad debe considerarse pequeña, puesto que *«no sólo debe tomarse en cuenta la cantidad de droga incautada sino también la pureza de la misma, lo que en el segundo de los ilícitos queda de manifiesto su baja calidad»*, lo que llevó a la Corte a considerarlo dentro de las hipótesis del microtráfico. Consúltense también la SCA de Rancagua Rol N° 128-2007 (11.06.07), que aplicó este criterio para condenar por microtráfico la posesión de 68 grs. de clorhidrato de cocaína con un 8% de pureza; la STOP de Rancagua Rit N° 110-2006 (11.06.07), que descartó la hipótesis de consumo debido a la cantidad de papelillos en que se encontraba distribuida la droga -56- y la pureza -70%- del total de 9,7 grs. de pasta base de cocaína; la STOP de Rancagua Rol N° 83-2007 (11.05.07), que condenó por microtráfico la guarda y posesión de 22,9 grs. de clorhidrato de cocaína y 16,3 grs. de pasta base de cocaína (junto a 53 grs. de marihuana prensada), cuyas purezas fueron 4 y 27% respectivamente. Declaró el tribunal que *«si bien la baja pureza no es una característica exclusiva de las pequeñas cantidades de drogas [...] sí es frecuente constatar esta circunstancia en la actividad desarrollada por los microtraficantes»*; y la SCA de Santiago Rol N° 30.134-2006 (16.03.07), que sostuvo que *«para determinar si estamos frente a una pequeña cantidad, y por ende, frente a microtráfico, no debe considerarse únicamente su cantidad, sino también su pureza»*. En el caso concreto, estimó que las altas cantidades de clorhidrato

b) Para parte minoritaria de la jurisprudencia el estado de adulteración de la droga no cumple un rol indiciario para distinguir los supuestos de i) tráfico y microtráfico, y ii) al microtráfico con el consumo:

i) En primer lugar, se ha argumentado que la ley no contempla la pureza como un criterio indiciario para distinguir las conductas propias del tráfico y el microtráfico, a diferencia de lo que ocurre con el primer elemento sistemático, donde el inciso 3° del artículo lo contempla expresamente⁶². En este sentido, no puede sostenerse a todo evento que sólo los microtraficantes venden droga de mala calidad o tengan su monopolio⁶³. Por otro lado, también se rechazado la reducción artificial que produce la consideración de la pureza de la droga sobre el peso total neto, por la cual se pretende limitar a lo que

de cocaína, que van desde 50 a 350 grs., eran pequeñas debido a su ínfima pureza, esto es, 9%. Véanse, además, las SCA de Rancagua Rol N° 376-2006 (15.12.06) que, en sentencia de reemplazo, condenó por microtráfico, declarando que *«la pureza de la droga [26%] apunta claramente a aquellas personas que la comercializan en mínimas cantidades, que las aumentan con otras sustancias para llegar a la cantidad que en definitiva portan, poseen, tienen o transportan. Dicha pureza es propia es propia de las dosis que se venden para el consumo, independientemente del envase en que se contiene. Un traficante a mayor escala, habitualmente, tiene droga de una mayor calidad»*; la SCA de Rancagua Rol N° 276-2006 (20.10.06), que aceptó este criterio para condenar por microtráfico el porte de 85,5 grs. de pasta base de cocaína con una pureza del 40%. La Corte consideró que *«del peso total de la sustancia incautada debe reducirse lo que corresponde a otras sustancias inocuas, no sancionadas por la ley 20.000»*. Consúltese también la SCA de San Miguel Rol N° 212-06 (17.03.06), que confirmó la sentencia que condenó por microtráfico la facilitación de 43 grs. de clorhidrato de cocaína con un 5% de pureza, declarando que *«la cantidad de la droga incautada y su concentración es un elemento a considerar al momento de determinar si se está en presencia de tráfico o de microtráfico, en razón que una baja pureza de droga es inidónea para lesionar gravemente la salud pública, por lo que al ser menos lesiva debe ser considerada como pequeña cantidad»*; la SCA de Antofagasta Rol N° 149-2005 (25.10.05), que señaló que la posesión de 5,5 grs. de pasta base de cocaína con 52% de pureza configuraba el delito de microtráfico. Declaró este tribunal que la pureza es un criterio idóneo para distinguirlo del traficante, ya que *«quien porta droga con un alto contenido de pureza, constituye un indicio de proveer a los microtraficantes cobrándoles un alto valor por la misma, los que para mitigar el precio pagado por ello y acrecentar las ganancias que les reporta el microtráfico, aumentan el volumen de la misma con sustancias no orgánicas»*. Por último, revítese la SCA de Santiago (09.09.05), que no adquirió la convicción necesaria y absolvió a la imputada por la posesión de 4,5 grs. de pasta base de cocaína, cuya pureza fue de 4%, atendiendo a la escasa cantidad y pureza que descartaban el destino de tráfico de la sustancia.

⁶² Vid. la SCA de Antofagasta Rol N° 18-2008 (28.02.08) que, en sentencia de reemplazo, condenó por microtráfico, declarando que *«ciertamente la pureza de la droga también puede influir en la decisión de tipificar uno u otro delito, pero sobre la base del mismo principio de legalidad no está incluida como un elemento esencial del tipo, porque el inciso final de esta disposición, referido a la calidad o pureza de la droga poseída se refiere sólo al consumo o uso por otro establecido en el inciso segundo de este artículo»*. Consúltese también la STOP de Rancagua Rit N° 250-2006 (05.02.07), que condenó por microtráfico la posesión de los acusados de un total de 24,9 y 65,4 grs. de pasta base de cocaína respectivamente, con una pureza que osciló entre el 46 y 63%. Declaró que *«[el bien jurídico protegido] lo pone en riesgo cualquiera conducta que implique suministrar sustancias prohibidas y provocar efectos tóxicos en el organismo o daños considerables a la salud, sin que la pureza sea determinante y considerada por la ley 20.000 para discriminar entre la figura del artículo 3° o el 4°»*.

⁶³ Vid. la STOP de Rancagua Rit N° 112-2007 (29.05.07).

corresponde realmente a sustancias ilícitas⁶⁴, puesto que es el total de droga incautada en su conjunto la que afecta la salud pública, y no solamente su porcentaje de sustancia ilícita. Desde esta lógica se llegaría al absurdo de que el porte de 1 kilogramo de pasta base de cocaína con un 4% de pureza debería ser considerada microtráfico.

ii) Los conocimientos científicamente afianzados, refrendados por las declaraciones periciales, indican que la mayor o menor pureza de la droga no altera su nocividad para el bien jurídico protegido⁶⁵. La distinta pureza únicamente atiende a la intensidad de los efectos que con menos cantidad de droga se pueda obtener. Esta interpretación, que contradice el mandato legal que contempla a la pureza de la droga como un elemento a considerar para excluir la hipótesis del consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, refuta la interpretación doctrinaria imperante. El consumidor, último eslabón de la cadena, salvo alguna peculiar excepción, no tiene cómo determinar la pureza de la droga que adquiere, y únicamente confía en la buena fe del vendedor, con el que puede tener una relación habitual o ser la primera vez que lo contacta. En este sentido, bien advierte GONZÁLEZ WITTIG cuando sostiene que el criterio de la pureza es absolutamente relativo, puesto que “[u]n consumidor puede haber tenido acceso a droga de mala o buena calidad, y porque la droga sea buena no quiere decir que sea traficante ni que la vaya a cortar para su venta”⁶⁶.

A nuestro juicio, la pureza permite distinguir los supuestos del segundo elemento sistemático, puesto que las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados indican que quien porta droga con un alto contenido de pureza constituye un

⁶⁴ Vid. la SCA de Arica (02.10.07). La Corte sostuvo que la pureza de la droga no determina la aplicación del artículo 4° de la ley N° 20.000, sino únicamente la cantidad de la droga incautada, condenando, en definitiva, por tráfico la posesión de 289 grs. de clorhidrato de cocaína, cuya pureza oscilaba del 31 a 32%. Los argumentos de la defensa, y del voto disidente de la sentencia recurrida, estaban orientados a que el grado de pureza debía aplicarse a la cantidad incautada, lo que arrojaba alrededor de 80 grs. de sustancias ilícitas. Sin embargo, la Corte hizo suyos los razonamientos de los votos de mayoría, quienes sostuvieron que dichos planteamientos se apartan de los conocimientos científicamente afianzados, en cuanto los peritos sostienen que basta que la sustancia tenga un 1% de pureza para estimarla droga dañina a la salud pública. Consúltese también la STOP de Rancagua Rit N° 168-2006 (28.10.06), que condenó por tráfico un total de 95 grs. de clorhidrato de cocaína con una pureza que oscilaba entre el 29 y 34%, puesto que «no resulta aceptable el razonamiento en virtud del cual, por medio de un ejercicio matemático consistente en obtener el contenido neto de droga a partir de su pureza, se pretende reducir el peso de lo incautado, limitándolo exclusivamente al porcentaje puro de la droga, ya que, si bien el tipo penal sanciona el tráfico de drogas y no de otras sustancias, no es posible para el consumidor final separar la sustancia prohibida de los aditivos que se le incorporan por los distribuidores y en consecuencia, es el total de la sustancia incautada la capaz de afectar al bien jurídico protegido de la salud pública».

⁶⁵ Vid. la STOP de Antofagasta Rit N° 149-2005 (25.10.05). El tribunal declaró que «la pureza no es un criterio idóneo para distinguir al microtraficante del consumidor, ya que la distinta pureza sólo atiende a la mayor o menor satisfacción que los consumidores encuentran en la inhalación de la misma, con el uso de la menor cantidad posible de ella».

⁶⁶ GONZÁLEZ WITTIG, Marcos, cit. (n. 7), p. 144.

indicio inequívoco de proveer a los microtraficantes cobrándoles un alto valor por la misma, los que para mitigar el precio pagado por ello y acrecentar las ganancias que les reporta el microtráfico, aumentan el volumen de la misma con sustancias no orgánicas. Por el contrario, estimamos que yerra el legislador al establecer la pureza como un criterio indiciario que excluya la hipótesis de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, porque las declaraciones periciales de distintas partes de nuestro país coinciden en que la distinta pureza de la droga es irrelevante para distinguir los supuestos de microtráfico y consumo, ya que aquella sólo determina la intensidad de la droga, mas no su nocividad, que es igual tratándose de 1, 10 ó 100% de pureza. En este sentido, si una persona porta, posee, guarda o transporta droga de alta pureza no indica *per se* que se trata de un traficante, o si es baja que se trate de un microtraficante. En estos casos el delito deberá apoyarse en otros indicios, como la cantidad incautada, la forma de distribución, etc.

3. Forma de distribución de la droga.

Cuando se atiende a la forma de distribución de la droga, la expresión connota básicamente 3 aspectos: i) si la droga incautada presenta subdivisión en 2 o más dosis, ii) si la droga, subdividida o no, se presenta contenida en envoltorios de papel, de aluminio o bolsas plásticas de forma tubular, y iii) que el tipo de contenedor y el número de subdivisiones determinan el peso bruto y el neto de la droga. Si consideramos la complejidad que presenta la prueba del elemento subjetivo, este criterio ha venido en auxilio de fiscales, defensores y magistrados. Estos últimos han debido discernir a qué conducta es indiciaria la presentación de la droga. Luego, se aprecia claramente la importancia que puede alcanzar este criterio para la delimitación del tráfico, el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, y el microtráfico.

Ahora bien, para esta delimitación o deslinde de conductas, el motivo que originó la regulación del microtráfico puede auxiliarnos en la discusión. Esto debido a que el propósito de estas normas es sancionar el tráfico de pequeñas cantidades realizado por los *dealers* callejeros⁶⁷, personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas. Desde esta óptica, es propio del microtraficante la venta detallista, al menudeo: la droga se encuentra preparada para ser vendida fácil y brevemente, generalmente a través de envoltorios de papel cuadriculado que permite al comprador calcular, sin mayores problemas, la cantidad adquirida⁶⁸. Sin embargo, si bien esta breve descripción del microtraficante y de su *modus operandi* ayuda para aproximarnos a una distinción entre el traficante y el microtraficante, y a éste del consumidor, no deja de ser una visión restringida y alejada de la realidad. Por lo mismo, se hace necesario realizar las siguientes precisiones.

⁶⁷ Vid. POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit. (n. 3), p. 584.

⁶⁸ En este sentido, la STOP de Antofagasta Rit N° 149-2005 (25.10.05).

a) ***¿Cumple un rol indiciario la forma de distribución de la droga en la disyuntiva 'microtráfico versus consumo'?***

En primer lugar, debe recordarse que el inciso 1º del artículo 4º sanciona aquellos supuestos de posesión, transporte, guarda o porte de pequeñas cantidades de drogas, a menos que se justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Pues bien, la forma de distribución de la droga entra a jugar un rol indiciario conforme al inciso 3º del mismo artículo, ya que se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, *“cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”*.

Es correcta la advertencia de algunos autores en el sentido de señalar que este criterio es equívoco y no resulta ser un indicio suficiente⁶⁹. En primer lugar, porque así como el microtraficante posee diversos papelillos dispuestos para la venta, será en esta forma que el consumidor los adquirirá: en forma parcelada, especialmente en papelillos⁷⁰. En segundo lugar, y ahora desde la perspectiva contraria, estimar que la posesión o porte de droga en bolsitas descarta el tráfico también es errado. Lo único que revela esta situación es que así fue adquirida la droga (al traficante o microtraficante). Las máximas de la experiencia nos indican que la droga así encontrada pudo o haber sido consumida personal y exclusivamente o haber sido traficada.

A nuestro juicio, para excluir la hipótesis de consumo por la distribución en bolsitas debe atenderse a la cantidad total requisada y la forma de su ocultamiento. En cambio, para excluir la hipótesis de consumo por la distribución en papelillos, además de atender a la cantidad total incautada, debe atenderse a su número total⁷¹ y a la forma de su ocultamiento.

En definitiva, sólo puede estimarse como un indicio suficiente cuando sea acompañado de otros elementos que permitan excluir la hipótesis de consumo, principalmente la posesión de droga en numerosos envoltorios cuyo peso total descarten el

⁶⁹ En este sentido JOSHI JUBERT, cit. (n. 59), p. 202; y también GONZÁLEZ WITTIG, cit. (n.8), p. 145.

⁷⁰ En este sentido QUINTERO OLIVARES, cit. (n.6), p. 1092, quien critica este criterio, por cuanto «su presencia también puede ser indicativa de que el sujeto lo compró así, o incluso de que él mismo lo distribuyó para mejor dosificación».

⁷¹ Vid. la STOP de Rancagua Rol N° 82-2007 (11.05.07). En este sentido, atender al número total de papelillos en que se distribuya la droga implica atender igualmente a la condición de drogodependiente del acusado.

consumo personal y próximo en el tiempo en su caso concreto⁷², reconocimiento del acusado, posesión o disposición de pequeñas cantidades de droga en su domicilio, hechos todos que acompañados a la forma de distribución de la droga nos orientan que estamos frente a un microtraficante, y no frente a un consumidor.

Por el contrario, si el acusado sólo portaba un número reducido de envoltorios o contenedores cuyo peso total no permitan descartar el consumo próximo en el tiempo en su caso concreto⁷³, y no ha sido sorprendido vendiendo droga⁷⁴, ni ha reconocido ser traficante⁷⁵, ni poseía más droga en su domicilio, la forma de distribución no permite, más allá de toda duda razonable, descartar la posibilidad de consumo personal y próximo en el tiempo. Esto, aunque los funcionarios policiales tengan certeza de que trafica, ya sea por antecedentes del individuo, o por llamadas denuncia. Para estos efectos, debe recordarse – no está de más – que el nuestro no es un Derecho Penal de autor, y por lo mismo, la pretensión punitiva deberá apoyarse en otros elementos probatorios.

b) *¿Cumple un rol indiciario de la forma de distribución de la droga en la disyuntiva 'microtráfico versus tráfico'?*

En segundo lugar, en cuanto a la disyuntiva 'microtráfico versus tráfico', debe recordarse que el inciso 2º del artículo 4º está orientado a supuestos propiamente de comercialización, ya que la adquisición, transferencia, suministro o facilitación a cualquier título de pequeñas cantidades debe tener el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. En este caso, ya no se discute la atipicidad de la conducta, sino su gravedad.

Luego, si bien se entiende que es propio del microtraficante el porte de droga distribuida, y que en la mayoría de los casos el narcotraficante limita su participación a exportar o importar droga, y posteriormente distribuirla a traficantes menores⁷⁶ en bolsitas

⁷² En este sentido la STOP Antofagasta Rit N° 149-2005 (25.10.05), SJG de Arica Rit N° 2710-2005 (10.05.06), SJG de Santiago Rit N° 1761-2006 (27.12.06), STOP de Viña del Mar Rit N° 134-2007 (25.09.07), y la SCA de Valparaíso Rol N° 258-2008 (05.05.08).

⁷³ En este sentido la STOP de Antofagasta Rit N° 63-2006 (24.10.06), STOP de Santiago Rit N° 40-2007 (11.07.07), STOP de Santiago Rit N° 83-2007 (28.11.07), SCA de Punta Arenas Rol N° 114-2007 (24.12.07), STOP de Santiago (08.03.08) y la STOP de Santiago Rit N° 245-2007 (18.03.08).

⁷⁴ En este sentido la SCA de Valparaíso Rol N° 658-2005 (13.07.05), SJG de Puerto Montt Rit N° 3874-2004 (14.09.05), confirmada por SCA de Puerto Montt Rol N° 359-2005 (14.11.05), STOP de Antofagasta Rit N° (24.10.06), STOP de Concepción Rit N° 55-2007 (20.04.07), STOP de Santiago Rit N° 08-2008 (08.03.08) y la STOP de Santiago Rit N° 245-2007 (18.03.08).

⁷⁵ Entre otros, la STOP de Santiago Rit N° 83-2007 (28.11.07).

⁷⁶ Vid. la STOP de Iquique (06.06.07). El tribunal estimó que la forma de acopio de la droga en el caso sublite, esto es, en bolsitas, indicaba que podía estar destinada a la venta a consumidores finales, luego de dividirla en papelillos, o a otros distribuidores, sin realizar la separación antes indicada. En igual sentido la sentencia STOP de Rancagua Rit N° 112-2007 (29.05.07). El tribunal declaró que «*la mayor parte de la droga se encontraba en bolsas plásticas, del tipo paleta, esto es, en contenedores diferentes a aquellos que comúnmente son utilizados por los microtraficantes para comercializar directamente con el consumidor final*».

plásticas tubulares, es necesario hacer la siguiente precisión. Aún cuando a un individuo se le aprehendiera traficando algunos papelillos y portando algunos otros, o sólo portando una cantidad que descarta el consumo personal y próximo en el tiempo, la forma de distribución pierde su rol indiciario cuando el acusado posee (en su domicilio la mayoría de las veces) o tiene a disposición una cantidad que no es posible calificarla de pequeña⁷⁷. Podría vender en la calle al menudeo, pero tener en su casa mil papelillos guardados o preparados, cuyo peso bruto o neto sobrepasara los mil gramos.

De este modo, sólo puede estimarse como un indicio suficiente cuando sea acompañado de otros elementos, atendiendo a la cantidad total incautada⁷⁸, a la calidad o pureza de la droga⁷⁹, incautación de dos o más tipos de drogas⁸⁰ o la situación socioeconómica del acusado, hechos todos que acompañados a la forma de distribución de la droga nos orientan en la determinación.

En consecuencia, para deslindar los supuestos de tráfico y microtráfico, la forma de distribución de la droga es sólo relevante o indiciaria cuando se trata de pequeñas cantidades, supuesto en que estaremos frente a dos alternativas: tratarse realmente de un comerciante menor, o de un traficante mayor que vende al menudeo para burlar la ley. En el otro supuesto, cuando la cantidad no puede estimarse pequeña, la presentación de la droga no juega ningún rol indiciario.

4. *Forma de ocultamiento de la droga al momento de la detención.*

Una persona puede poseer drogas tanto en su domicilio o establecimiento, como en sus dependencias, o puede portarlas fuera de estos lugares. En ambos casos, las sustancias pueden encontrarse en un mismo lugar o dispersas. Sea que se transporte, posea, porte o guarde con la intención de consumirlas privadamente o para traficar con ellas, siempre habrá una regla básica para eludir el cumplimiento tanto de normas jurídicas como de

⁷⁷ En este sentido la SCS Rol N° 5853-05 (04.04.06), STOP de Santiago Rit N° 49-2006 (10.08.06), STOP de Iquique Rit N° 100-2007 (06.06.07), SJG de Colina Rit N° 426-2007 (20.06.07), SCA de San Miguel Rol N° 1569-2007 (12.11.07) y STOP de Antofagasta Rit N° 99-2008 (02.07.08).

⁷⁸ En este sentido la SCA de Santiago Rol N° 69.167-2001 (05.05.05), STOP de Antofagasta Rit N° 98-2003 (14.05.05), STOP de Antofagasta Rit N° 39-2002 (20.05.05), STOP de Arica Rit N° 38-2005 (22.07.05), STOP de Concepción Rit N° 299-2005 (28.01.06), STOP de Antofagasta Rit N° 45-2006 (03.05.06), STOP de Antofagasta Rit N° 136-2006 (27.10.06), STOP de Antofagasta Rit N° 190-2006 (13.01.07), SCA de San Miguel Rol N° 884-2007 (18.06.07), SJG de San Antonio (25.06.07), STOP de Linares Rit N° 25-2007 (03.07.07), STOP de Antofagasta Rit N° 83-2008 (06.06.08), SCA de Puerto Montt Rol N° 98-2008 (10.06.08).

⁷⁹ En este sentido la SCA de San Miguel Rol N° 1569-2007 (12.11.07).

⁸⁰ Estiman que la incautación de dos o más tipos de drogas es propio del traficante mayor, entre otros, la SJG de Colina Rit N° 426-2007 (20.06.07), STOP de Iquique Rit N° 147-2007 (20.07.07) y la STOP de Antofagasta Rit N° 187-2007 (22.10.07).

convivencia: su ocultamiento⁸¹. En caso contrario, cuando se soslaye esta norma básica, el repudio social y las penas de los artículos 3º, 4º, 50º y 51º recaerán sobre el individuo.

Ahora bien, el modo en que se efectúa el ocultamiento es sumamente variado. Por ejemplo, al momento del porte se pueden ocultar papelillos o bolsitas contenedores de droga superficialmente entre las vestimentas, o dentro de una cajetilla de cigarros, en monederos, en un recoveco del sostén, en bolsos o mochilas, entre la ropa interior y los genitales, dentro de los genitales, en el ano⁸², en las axilas o en el estómago. O se puede transportar en el maletero o en algún recoveco del vehículo⁸³. Incluso (siempre que se acredite el respectivo verbo rector), la sustancia puede ser ocultada, principalmente de los funcionarios policiales, depositándola en el basurero de algún centro de apuestas⁸⁴.

En todos estos supuestos la forma de ocultamiento de la droga se ha erigido en la jurisprudencia como un criterio indiciario de las conductas propias de tráfico, microtráfico y consumo. En este sentido, cabe destacar el importante - y a la vez discutido - rol indiciario que cumple en los casos de introducción de drogas a centros de detención o reclusión, hecho que configura la agravante del artículo 19 de la Ley 20.000, letra h)⁸⁵.

a) ¿Cumple un rol indiciario en la disyuntiva 'microtráfico versus consumo'?

⁸¹ En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, cit. (n.6), p. 1092. Por su parte JOSHI JUBERT, cit. (n. 59), p. 202, en base al estudio jurisprudencial en España, concluye que «guardar las sustancias en lugares públicos, o en sitios de fácil acceso a las personas, o bien en lugares privados, pero en *escondites*, es indicativo de ánimo de tráfico».

⁸² Para apreciar la hipótesis enunciada, vid. la SCA de Arica Rol N° 183-2008 (23.01.09).

⁸³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, cit. (n.26). De la jurisprudencia española revisada por este autor, podemos agregar: impregnar el envoltorio con pimienta para que no sea detectada por perros de unidades antidroga; o arrojarla por la ventana, o al suelo, intentando rehuir a la policía; entregársela a otra persona para que esta la oculte; guardarla en una caja fuerte o en armarios con llave.

⁸⁴ Sólo para apreciar la hipótesis enunciada, vid. la SCA de Santiago Rol N° 134-2009 (21.04.09), pues, en la especie, la Corte dictó sentencia de reemplazo que absolvió al acusado, entendiendo que no se acreditó que éste haya guardado la droga y que, en definitiva, la haya poseído.

⁸⁵ La forma solapada en que se realiza esta introducción confirma el dolo del acusado. Vid. la STOP de Antofagasta Rit N° 136-2006 (27.10.06), que condenó a la acusada por microtráfico, pues transportaba, en un recoveco de su sostén, 0,9 grs. de marihuana con el objeto de suministrarla o facilitarla a terceros que se encontraban al interior del Centro de Detención Preventiva de Taltal. También consúltese la SJG de Osorno Rit N° 2382-2007 (17.07.07), que condenó por microtráfico a la acusada que fue sorprendida portando en un zapato 30,1 grs. de marihuana, intentando ingresarla al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Osorno; y la STOP de Iquique Rit N° 98-2008 (17.06.08), que condenó por microtráfico al acusado, el que fue sorprendido portando, en una bolsa contenedora de trozos de carbón, un envoltorio de papel blanco enhuinchado, el que contenía 3,3 grs. netos de marihuana y pretendía ingresar al Centro de Detención Preventiva de la ciudad.

La doctrina española ha concluido responder afirmativamente, aunque realizando algunas precisiones. En base al estudio de jurisprudencia ese país, JOSHI JUBERT concluye que “guardar las sustancias en lugares públicos, o en sitios de fácil acceso a las personas, o bien en lugares privados, pero en *escondites*, es indicativo de ánimo de tráfico”⁸⁶. Por su parte, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ plantea una interesante conclusión, basándose en las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo Español que, hasta el año 1999, estimó que la colaboración que el imputado prestara a las autoridades no correspondía ser tomada en cuenta a efectos de dilucidar el destino de la tenencia de la droga. De este modo, sostiene que “ya que nuestro T[ribunal] S[upremo] considera que la entrega voluntaria por el imputado de la droga a las fuerzas policiales no tiene ninguna relación lógica con el destino al autoconsumo, por coherencia debería igualmente utilizar el argumento a la inversa, y la ocultación de la droga no debiera identificarse con una voluntad de tráfico”⁸⁷.

En nuestro país, GONZÁLEZ WITTIG estima que, si bien de la ocultación de la droga se debería inferir el tráfico, “esto es cierto hasta cierto punto, ya que no sólo los traficantes la ocultan [la droga] para impedir su incautación. Se debe recordar que el porte, tenencia o posesión en lugares públicos o abiertos al público, si bien no constituye delito, sí constituye falta y la persona igualmente esta expuesta a ciertas sanciones como una multa que desde luego va a intentar eludir”⁸⁸.

A nuestro juicio, sí cumple un rol indiciario en esta disyuntiva. En virtud del inciso 3º del artículo 4º, razonable es estimar que la forma en que se realiza el ocultamiento de la droga al momento de la detención configura una circunstancia de la posesión, transporte, guarda⁸⁹ o porte indiciaria del propósito de traficar a cualquier título que descarta el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo⁹⁰. Así lo han estimado los tribunales

⁸⁶ JOSHI JUBERT, Ujala, cit. (n. 44), p. 202.

⁸⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, cit. (n. 26). Sin embargo, estimamos que este razonamiento no tiene asidero en nuestro país. Por el momento, nuestros tribunales son uniformes en valorar a favor del individuo el hecho de que éste entregue lo poseído o portado sin oponer resistencia al registro efectuado, especialmente si se trata de pocos envoltorios contenedores de droga o el total incautado resulta pequeño. En este sentido, vid. la STOP de Rancagua Rit N° 154-2006 (07.10.06). El tribunal condenó por la falta del artículo 50, descartando la hipótesis de microtráfico, entre otros motivos, porque sólo le fue encontrada una dosis única, de poco gramaje -8,3 grs. de *cannabis sativa*- en una sola parte del cuerpo, oculta entre sus vestimentas, lo que indicó al tribunal que ella estaba destinada para un consumo exclusivo de su portado. En el mismo sentido la STOP de Santiago Rit N° 245-2007 (18.03.08).

⁸⁸ GONZÁLEZ WITTIG, cit. (n. 7), pp. 146ss.

⁸⁹ Sobre el verbo *ocultar*, vid. la STOP de Rancagua Rit N° 110-2006 (05.08.06). El tribunal estimó que aquél se consumía dentro de la acción del verbo *guardar*, puesto que quien oculta, guarda una cosa para que no sea vista o encontrada.

⁹⁰ En igual sentido BOIX REIG, Javier, en COBO DEL ROSAL, Manuel [et al.], *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomás Salvador VIVES ANTÓN (coord.), (3ª ed., Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1990), p. 353.

de justicia, que apreciando la especial característica del modo en que se realiza el ocultamiento de la droga han configurado qué conducta corresponde a microtráfico y a consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

De la nutrida jurisprudencia que ha condenado por el delito de microtráfico destacamos la STOP de Antofagasta, que condenó al acusado bajo el siguiente razonamiento – correcto a nuestro parecer en lo que a este criterio indiciario se refiere - de su considerando 10º: “[L]as máximas de la experiencia indican que los consumidores, cuando son sorprendidos portando droga, a éstos se les encuentra la misma contenida en bolsitas, las que además portan entre sus ropas superficialmente [...] De lo razonado se desprende, que los consumidores de ordinario no son sorprendidos portando droga dispuesta en papelillos, por el riesgo asociado que ello implica y menos se les encuentra escondida ésta entre sus vestimentas, y sí los portan los traficantes, ya que por la utilidad económica que el ilícito les reporta, asumen dicho riesgo, misma que además la esconden con habilidad extrema en sus ropas a fin de burlar los eventuales controles a que pueden ser sometidos por las policías, como también preservarla de eventuales 'quitadas' o 'mexicanas' que sus competidores del rubro puedan intentar en contra de ellos”⁹¹.

Del año 2006 destacamos la STOP de Concepción, que condenó al acusado por microtráfico, pues guardaba bajo su cama una bolsa plástica en cuyo interior había una bolsa de papel que contenía 96,7 grs. de *cannabis sativa*⁹². Igualmente, la STOP de Rancagua condenó a los acusados teniendo en consideración el hecho de haberse acreditado que fueron sorprendidos en circunstancias que guardaban la droga en un poste cercano que les servía de escondrijo, mientras ellos cuidaban de su posesión a corta distancia⁹³. El mismo tribunal condenó a la acusada por microtráfico, principalmente por la forma de ocultamiento de la droga, al interior de su vagina, propia de quien trafica pequeñas cantidades o del vendedor callejero⁹⁴.

⁹¹ Vid. STOP de Antofagasta Rit N° 149-2005 (25.10.05). El acusado fue condenado por microtráfico, pues al ver a personal de carabineros entregó un objeto a su pareja, quien lo guardó entre sus vestimentas, luego de lo cual se separaron. Los funcionarios procedieron a efectuarles un control de identidad y, al registrarlos, encontraron en poder de su pareja, en la pretina de su pantalón, un calcetín de color negro contenedor de 35 envoltorios de pasta base de cocaína, mientras que al acusado le encontraron en el bolsillo derecho de su chaqueta 10 envoltorios contenedores de pasta base de cocaína de las mismas características, un cigarrillo artesanal y una suma indeterminada de dinero.

⁹² Vid. STOP de Concepción Rit N° 122-2006 (11.07.06).

⁹³ Vid. STOP de Rancagua Rit N° 110-2006 (05.08.06).

⁹⁴ Vid. la STOP de Rancagua Rit N° 148-2006 (29.09.06). En total se encontró en el domicilio de la acusada la cantidad de 55 envoltorios correspondientes a pasta base de cocaína, los cuales arrojan un peso

En el año 2007 la STOP de Rancagua condenó al acusado, pues poseía y portaba, en la vía pública, ocultos debajo de su ropa interior, y dentro de un calcetín, 56 papelillos con pasta base de cocaína que arrojaron un peso bruto de 9,7 grs.⁹⁵ La STOP de Punta Arenas condenó por microtráfico, pues el acusado transportaba y portaba en su vehículo la cantidad de 408 grs. brutos de *cannabis sativa* del tipo marihuana paraguaya prensada, la que mantenía oculta en una caja de cartón que en su interior mantenía a su vez especies vegetales en descomposición⁹⁶. Por último, destacaremos la STOP de Antofagasta, que condenó al acusado por microtráfico, pues poseía en el closet de su domicilio tres envoltorios de papel y una bolsa plástica contenedores de un total de 14,3 grs. de pasta base de cocaína, estimando que el tipo de droga encontrada, su distribución y forma de ocultamiento, permitían concluir inequívocamente que su destino no pudo ser otro que su comercialización⁹⁷.

Sin duda, se aprecia que estamos frente a un criterio indiciario aceptado. No se discute que la droga se oculte o no, pues como señalamos la ocultación responde a motivos –del todo entendibles– de índole tanto jurídica como social. Lo que con él se atiende, a nuestro juicio, es al lugar en que se encuentra la droga como maniobra de ocultación a las autoridades⁹⁸.

Por lo mismo, en cuanto a lo que arguye GONZÁLEZ WITTIG respecto a que también el mero consumidor se valdrá del ocultamiento para evitar ser sancionado por la falta del artículo 50, lo que restaría mérito a este criterio indiciario, se debe precisar lo siguiente. En primer lugar, debe prevenirse que no ha sido uniforme la jurisprudencia en cuanto a la falta contenida en el inciso 3° del citado artículo. Si bien éste reza que “[i]dénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”, ante similares supuestos las decisiones han sido contradictorias⁹⁹. Basándose en el principio de la consunción inversa, la SCA de Copiapó declaró que no constituye delito el porte de drogas sin ostentación en lugares

bruto de 14,1 grs. y respecto a la droga que se encontraba al interior de la vagina de la acusada la cantidad de 118 envoltorios, arrojando un peso bruto de 33,4 grs., siendo por tanto, un peso bruto total de 47,5 grs.

⁹⁵ Vid. STOP de Rancagua Rit N° 82-2007 (11.05.07).

⁹⁶ Vid. STOP de Punta Arenas Rit N° 41-2007 (12.07.07).

⁹⁷ Vid. STOP de Antofagasta Rit N° 187-2007 (22.10.07).

⁹⁸ También lo entienden de esta forma ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, cit. (n. 26), y GONZÁLEZ WITTIG, cit. (n. 7), p. 146.

⁹⁹ Cfr. la SCA de Copiapó Rol N° 55-2007 (25.06.07) con la STOP de Rancagua Rit N° 154-2006 (07.10.06) y la SCA de Santiago Rol N° 912-2007 (16.05.07).

públicos para el consumo personal en lugares privados, puesto que la atipicidad del consumo personal de estas sustancias absorbe la tipicidad del acto preparatorio, esto es, el porte en lugares públicos para su consumo en lugares privados¹⁰⁰. Si bien estimamos que es esta la interpretación correcta del tipo penal, debemos señalar que el asunto no ha sido pacífico. En sentido contrario a esta interpretación restrictiva se pronunció la SCA de Santiago, que declaró que el juez, al interpretar la ley, no puede agregar exigencias que ella no hace, como es que la posesión, guarda o porte la droga sea visible al público, puesto que una conducta abierta y ostensible como la requerida por el juez para sancionar, es ajena al acto que el artículo 50 sanciona¹⁰¹.

En segundo lugar, como ya señalábamos anteriormente, hay diversas formas de ocultamiento. En este sentido, y como se tuvo oportunidad de apreciar, no es lo mismo ocultar la droga en un bolsillo del pantalón o la chaqueta, que dentro de los genitales¹⁰² o en un escondido recoveco del vehículo¹⁰³.

¹⁰⁰ Vid. la SCA de Copiapó Rol N° 55-2007 (25.06.07), que rechazó recurso de nulidad interpuesto por Ministerio Público. Los hechos fueron los siguientes: en el contexto de un patrullaje, personal de carabineros se logró percatar que el acusado mantenía en su mano derecha un envoltorio contenedor de marihuana que, al momento de ver al personal policial, arrojó al suelo. Motivo por el cual se le efectuó un control de identidad, y al levantar el envoltorio el personal logró confirmar que la sustancia efectivamente era característica al alucinógeno en mención, por lo que fue detenido. En idéntico sentido ya se había pronunciado la misma Corte Rol N° 54-2007 (17.05.07), la SJG de Santiago Rit N° 1066-2005 (18.10.05) y la SCA de Santiago Rol N° 283-2005 (11.10.05), que declaró «no puede menos que concluirse que la razón del castigo que previenen [las hipótesis del artículo 50] no deriva del daño que a la salud personal pueda causar, sino del hecho de trascender tal conducta personal la esfera de intimidad que la margina de todo reproche penal, circunstancia que conduce al legislador a prohibir su ejecución en las referidas condiciones porque el carácter social de la conducta produce la situación de peligro para la salud pública que se sanciona mediante los tipos de esta ley» (paréntesis agregado).

¹⁰¹ Vid. la SCA de Santiago Rol N° 912-2007 (16.05.07). La Corte acogió el recurso y anuló la audiencia y su sentencia, porque «la absolución dispuesta por el juez del tribunal a quo tiene por base su personal apreciación jurídica del tipo penal en cuestión, lo que ciertamente resulta legítimo en su calidad de intérprete, pero en tal afán no puede ir más allá de lo que la norma claramente establece, como ocurre si a sus elementos tipificantes le agrega una exigencia que ella no hace». El voto disidente concluye, por su parte, que «no obstante que la norma no hace tal exigencia, esta resulta del análisis contextual del referido precepto que contiene las diversas figuras de consumo y la de porte en la vía pública que se ha pretendido aplicar». Idéntico razonamiento aplicado por la SCA de Santiago Rol N° 2465-2006 (02.01.07) y la STOP de Rancagua Rit N° 154-2006 (07.10.06).

¹⁰² Vid. la STOP de Rancagua Rit N° 148-2006 (29.09.06) y la STOP de Antofagasta Rit N° 178-2004 (13.05.05).

¹⁰³ Vid. la SJG de Arica Rit N° 2710-2005 (10.05.06), que condenó al acusado por microtráfico, por el transporte de 10 bolsas de nylon contenedoras de pasta base de cocaína, las cuales se encontraban en la parte de la consola y ocultas en la parte posterior del asiento del conductor. La droga incautada arrojó un peso bruto de 50 grs. y un peso neto de 47,6 grs.

Y por último, en estos supuestos debe atenderse, igualmente, a la forma de distribución de la droga, a la posesión de utensilios propios del tráfico y a la cantidad total incautada. Valga para este argumento lo ya señalado respecto al razonamiento de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ¹⁰⁴.

b) ¿Cumple un rol indiciario en la disyuntiva 'microtráfico versus tráfico'?

Ya se ha señalado que el modo en que se oculte la droga resulta una manifestación del dolo de traficar. Las especiales características de cómo se realice permitirán delimitar la gran comercialización del microtráfico. Sin embargo, su rol es restringido. Una vez establecido que se oculta la droga porque se tiene el fin de traficar con ellas, y no destinarlas al consumo, la forma en que se haya realizado el ocultamiento pierde notoriamente validez en la distinción del tráfico del microtráfico. Salvo los supuestos en que se trate de “burreros”¹⁰⁵, esto es, del transporte de drogas ingeridas en el contexto de importación o exportación de las mismas, caso en que por la envergadura de la empresa implica grandes cantidades, en las demás situaciones es común que auxilien en la distinción, además de la cantidad total poseída, otros indicios como su pureza y la forma de distribución de la droga¹⁰⁶, o bien, la situación económica del acusado o si cuenta con proveedores de droga¹⁰⁷.

VII. Conclusiones

1. El concepto pequeña cantidad empleado por el legislador faculta al tribunal para apreciar discrecionalmente los hechos, aunque sin soslayar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en su decisión. En consecuencia, el concepto queda sujeto a estos principios y, por lo mismo, si ellos varían cambiará también la percepción de lo que debemos entender por microtráfico. Corroboró ello, en primer lugar, la variación en el tratamiento jurídico de la marihuana, puesto que lo que se debe entender por pequeña cantidad de marihuana se deberá reducir drásticamente en comparación a los actuales parámetros. Y, en segundo lugar, confirma lo afirmado la distinta percepción que tienen los magistrados de las circunstancias que rodean al tráfico: por ejemplo, mientras que para algunos jueces la forma en que se realice la

¹⁰⁴ Supra n. 87.

¹⁰⁵ Vid. la STOP de Antofagasta Rit N° 82-2008 (14.06.08).

¹⁰⁶ Considerando estos criterios condenan por tráfico la STOP de Santiago Rit N° 49-2006 (10.08.06), SCA de Antofagasta Rol N° 214-2006 (01.12.06), STOP de Antofagasta Rit N° 161-2007 (14.09.07), STOP de Antofagasta Rit N° 99-2008 (02.07.08). Condena por microtráfico la STOP de Antofagasta Rit N° 178-2004 (13.05.05) y la STOP de Antofagasta Rit N° 63-2006 (24.10.06).

¹⁰⁷ Considerando este criterio condena por microtráfico la STOP de Concepción Rit N° 122-2006 (11.07.06).

distribución u ocultamiento de la droga denota la intención de traficar, para otros expresa únicamente la intención de consumir personal y privadamente.

2. El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades se estructura en base a dos elementos sistemáticos. Ello implica que la ley, en el afán de abarcar la totalidad de la cadena de comercialización, ha contemplado dos hipótesis de microtráfico cuya descripción típica adelanta la barrera punitiva equiparando tentativa y consumación, y en las que afectación al bien jurídico protegido resulta discutible. Derivado del hecho de existir dos elementos sistemáticos, es tan microtráfico el gramo de marihuana que se pretenda ingresar a un recinto carcelario (en función del inciso 2º del artículo 4º), como el kilogramo de la misma droga que se posea en el domicilio (en base al primer inciso del citado artículo). E igualmente es plausible, desde esta perspectiva, que un individuo sea condenado por traficar 1 gramo de marihuana (en función del segundo elemento sistemático) y otro individuo sea absuelto, por considerar el tribunal que los 80 y tantos gramos de marihuana que portaba estaban destinados a su consumo personal (en función del primer elemento sistemático).

3. La cantidad cumple un rol indiciario preponderante en la distinción de las conductas propias del tráfico, microtráfico y consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Sin embargo, debe atenderse igualmente a las circunstancias que rodearon al ilícito. En este sentido, la jurisprudencia ha ido configurando un sistema de criterios indiciarios que deslindan estas conductas, cuya falta de uniformidad atenta contra la igualdad y la seguridad jurídica.

4. Yerra el legislador al establecer la pureza como un criterio indiciario que excluya la hipótesis de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, porque la distinta pureza sólo determina la intensidad de la droga, mas no su nocividad, que es igual tratándose de 1, 10 ó 100% de pureza. En este sentido, si una persona porta, posee, guarda o transporta droga de alta pureza no indica *per se* que se trata de un traficante, o si es baja que se trate de un microtraficante.

5. La forma de ocultamiento de la droga es un criterio indiciario válido y aceptado por los tribunales. Con él se atiende al lugar en que se encuentra la droga como maniobra de ocultación a las autoridades.

VIII. Autores consultados

1. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, “Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 1, 1999, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-04.html.
2. COBO DEL ROSAL, Manuel [et al.], *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomás Salvador VIVES ANTÓN (coord.), (3ª ed., Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1990), 1046 pp.
3. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo*, en POLITOFF, Sergio – MATUS, Jean Pierre (coordinadores), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Edit. Conosur, 2000), 529 pp.
4. ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia (Sentencias 1967-1982)*, t. IV, 2ª ed., Edit. Jurídica, Santiago, 1987.
5. GONZÁLEZ WITTIG, Marcos, *Análisis de la consagración normativa del delito de microtráfico de drogas* (Tesis de la Pontificia Universidad Católica de Chile para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2007), 183 pp.
6. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Las drogas ilegales en el Derecho Penal Chileno. Análisis crítico de dogmática y política criminal*, (Tesis de la Pontificia Universidad Católica de Chile para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 1992), 433 pp.
7. HOFFMANN, Valeria – ROJAS, Orlando, *Drogas y lavado de dinero: análisis de la Ley 19.366, modificada por la Ley 19.393* (Santiago, Edit. Jurídica Congreso, 1998), 250 pp.
8. JOSHI JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal* (Barcelona, Bosch Editor, 1999), 319 pp.

9. MARTORELL CORREA, Daniel, *Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas*, en *Boletín del Ministerio Público. Edición especial* (N° 32, septiembre, 2007), pp. 295.
10. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000”, en *Revista Ius et Praxis* (vol. 11 n. 2, Talca, 2005), pp. 333-350.
11. MERA, Jorge – CASTRO, Álvaro, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema* (3ª ed., Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2007), 453 pp.
12. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial* (11ª ed., Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1996), 933 pp.
13. NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4º de la Ley 20.000”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Semestre I, XXVI, 2005), pp. 259-293.
14. POLITOFF, Sergio – MATUS, Jean Pierre (coordinadores), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Edit. Conosur, 2000), 529 pp.
15. POLITOFF, Sergio – MATUS, Jean Pierre – RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Edit. Jurídica, 2006), 689 pp.
16. QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal español. Parte Especial* (2ª ed., Barcelona, Bosch Editor, 1992), 932 pp.
17. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (4ª ed., Pamplona, Edit. Aranzadi, 2005), 2704 pp.

18. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (7ª ed., Madrid, Edit. Marcial Pons, 2000), traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González, 732 pp.

19. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial* (8ª ed., Madrid, Edit. Dykinson, 2003), 1216 pp.