

III. Corte de Apelaciones

I. DERECHO PENAL - CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

MICROTRÁFICO.

VENTA E INCAUTACIÓN DE CIERTA CANTIDAD DE DROGA. PEQUEÑA CANTIDAD DE DROGA. CONCEPTO CUANTITATIVO INDEFINIDO. JUEZ ES QUIEN DECIDE BAJO QUÉ CIRCUNSTANCIAS O PRESUPUESTOS SE ACREDITA UNA REDUCCIÓN DEL CASTIGO AL RESPONSABLE.

HECHOS

Ministerio Público interpone recurso de nulidad contra la sentencia dictada por Tribunal Oral en lo Penal, y que condenó al acusado por dos delitos de tráfico ilícito de drogas de pequeñas cantidades. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad penal deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado).*

ROL: *16-2014, de 17 de febrero de 2014.*

PARTES: *“con Marcia Vira Quidel”.*

MINISTROS: *Sr. Miguel Vázquez P., Sr. Javier Moya C. y Sr. Omar Astudillo C.*

DOCTRINA

Los hechos acreditados por el Tribunal Oral se traducen en la venta e incautación de cierta cantidad de droga que totalizan los gramos que se detallan en el motivo sexto de la sentencia, que se reproduce, en términos tales de que los jueces del Juicio Oral han concluido que se trata de un tráfico ilícito de drogas de pequeñas cantidades, principio que debe relacionarse con la pureza, cantidad y otros factores de la dinámica fáctica, a acreditar. Concordante, es dable precisar que el artículo 4° de la Ley N° 20.000 contiene una regla que aminora la sanción de un comportamiento típico respecto de cantidades reducidas de droga. Es decir, el tema pasa por cuándo deba ser aplicada la norma legal, situación que, evidentemente, resulta difícil en cuanto la ley determina un concepto cuantitativo indefinido como lo es “pequeña cantidad”. Ahora, al no decir nada la ley para salir de estas dudas, las respuestas eventuales dependen de multiciplidad de factores que es imposible traducirlos a una generalización.

Entonces, la construcción del inciso final del artículo 4° de la Ley N° 20.000 que alega el Ministerio Público, no puede arribar a una solución real de la temática pues no sabemos –realmente– y menos se desprende de la evidencia en juicio, cuál es la cantidad de droga que la autora puede destinar para su consumo personal y próximo en el tiempo (considerando 2° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Así el legislador no es el regulador, toca al juez entonces dilucidar si el concepto que se vierte en el artículo 4° de la Ley de Drogas y es quien decide bajo qué circunstancias o presupuestos se acredita una reducción del castigo al responsable o, como diría la Doctrina, cuándo es apta como político-criminal apropiado para aplicarla y reducir la pena; todo, acorde a las evidencias del caso. En este escenario, la pregunta que aflora es si es pequeña cantidad la droga y, al efecto, resulta de gran importancia aquella finalmente incautada, sumada a su escaso valor como tal, todo lo cual permitió a los juzgadores de fondo arribar a lo conclusivo en cuanto corresponde aplicar el artículo 4° enunciado; estas circunstancias –acreditadas– hacen aparecer que lo logrado resulte razonable y en estricta relación a los parámetros de la sana crítica; concordante, se desestima la ponencia del Ministerio Público cuando pretende se considere su eventual “acrecentar” de la droga, privilegiándose así el potencial del alcaloide que, se insiste, es reducido (considerando 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/269/2014

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Arts. 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal; 3°, 4° y 50 de la Ley N° 20.000.

LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE
“PEQUEÑAS CANTIDADES” DE DROGA

LUCIANO CISTERNAS VELIS
Defensoría Regional Pública de Antofagasta

Con fecha 17 de febrero de 2014, la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo Rol N° 16-2014, rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, que impugnaba la sentencia del Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Rit N° 108-2013, de 21 de diciembre de 2013, que condenó a la acusada por la comisión de dos delitos de tráfico de pequeñas cantidades de drogas. La relevancia de este fallo dice relación, al menos, con dos aspectos: (i) el razonamiento referido a la determinación de lo que es una “pequeña cantidad” de droga y, principalmente, (ii) la cantidad de droga que es calificada como microtráfico, tanto por el tribunal *a quo* como por la Corte.

En cuanto al primer aspecto, en el considerando segundo se reitera la jurisprudencia que fue asentada por la Excma. Corte Suprema durante los años 2005-2007, la que, en síntesis, precisa que el legislador ha establecido un “concepto cuantitativo indefinido” que el tribunal debe determinar conforme a los factores de hecho concurrentes en el caso concreto.¹

Lo anterior supone que debe considerarse no sólo la cantidad de droga, sino también su pureza y, además, “otros factores de la dinámica fáctica”, tales como la forma de distribución y la posesión de utensilios o instrumentos propios del microtráfico, entre otros. En este sentido, en el considerando tercero la Corte enfatizó la pureza de la droga incautada –“la pregunta que aflora es si es pequeña cantidad la droga y, al efecto resulta de gran importancia aquella finalmente incautada, *sumada a su escaso valor como tal*”–, mientras que en el considerando sexto del fallo del tribunal recurrido se consideró además que “la droga fue encontrada con elementos propios de la dosificación al menudeo como son un colador y cuchara que presentaban rastros de la droga incautada”, y que “la droga se encontrara dosificada en papelinas y pequeñas bolsas [...] viene a corroborar que se trata de una conducta de microtráfico”.

Corolario de lo anterior es el rechazo a la tesis del Ministerio Público, según la cual, para la determinación del microtráfico, el juzgador debe considerar el inciso final del artículo 4° de la Ley N° 20.000, de manera específica, la proximidad temporal de la droga destinada al consumo del imputado. Así, en el considerando segundo de la sentencia se declaró que dicha propuesta “no puede arribar a una solución real de la temática pues no sabemos –realmente– y menos se desprende de la evidencia en juicio, cuál es la cantidad de droga que la autora puede destinar para su consumo personal y próximo en el tiempo”.

¹ La jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha sido conteste en cuanto a entender que la intención del legislador fue castigar, de manera proporcional, todos aquellos supuestos que generen una escasa o menor lesividad a la salud pública, en relación con la vulneración que supone el delito de tráfico de drogas, en los términos del artículo 3° de la Ley N° 20.000. Esto se justificaría porque la conducta dependería de “una multiplicidad de factores que no es posible determinarlos utilizando una forma generalizada que resultara aplicable a la variedad de hipótesis concretas”. En este sentido, “la precisión de las circunstancias bajo las cuales es político-criminalmente apropiado reducir la punibilidad del tráfico de estupefacientes tiene necesariamente que hacerse atendiendo a los factores de hecho concurrentes en el caso concreto, de manera que la facultad de hacerlo tiene que entenderse concedida a los jueces que son quienes se encuentran en posesión de los mencionados antecedentes fácticos”. Aún más, se sostuvo que ya de la historia fidedigna del establecimiento de la ley se desprendería que la intención del legislador fue siempre “dejar en manos de los jueces la flexibilidad suficiente para que sean ellos quienes determinen en forma soberana y discrecional cuándo se está en presencia de esas ‘pequeñas cantidades’, por lo cual se decidió no establecer condiciones objetivas y expresas a este respecto”. En este sentido, SCS Rol 1479-2007 (12.04.2007), SCS Rol 3819-06 (25.01.07), SCS Rol 1506-2005 (02.01.07) y SCS Rol 2005-05 (19.07.05).

Subyace a este razonamiento la tesis de los profesores POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, conforme a la cual “pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”.² La Corte entiende esta propuesta como un parámetro concreto, que requeriría, por parte del Ministerio Público, de antecedentes objetivos referidos a la drogodependencia del imputado. Sólo así se explica el reproche efectuado a la prueba rendida en el juicio, la que no permitía determinar cuál era la cantidad de droga que la imputada podía destinar a su consumo próximo en el tiempo.

Aunque parece acertado al menos exigir que la doctrina de los citados autores tenga un correlato objetivo que se base en el principio de inmediación del proceso penal, y no se sustente en meras elucubraciones regidas por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados (que nunca se han detallado o explicado), en mi opinión, “pequeña cantidad de droga” y “consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo” son conceptos autónomos, que se determinan de manera independientes, pues la cantidad de droga que puede consumir un individuo en un espacio de tiempo próximo depende de sus condiciones fisiológicas, de su drogodependencia, del tipo de droga consumida, sin perjuicio de las consideraciones aportadas por la Criminología. Por ende, estos gramajes pueden ser inferiores, iguales o superiores a lo que pueda entenderse por “pequeña cantidad” de droga, por lo que, en definitiva, para precisar este concepto en nada auxilia un parámetro abstracto o concreto de la droga que pueda consumirse en un espacio de tiempo próximo.³

Por su parte, el segundo aspecto relevante de esta sentencia dice relación con la cantidad de droga que es calificada como microtráfico. Si bien la Corte no explicita el gramaje de droga a los que se refiere, según el considerando sexto del fallo del tribunal *a quo*, se trata de la venta y posesión de 160,1 grs. (con pureza de 25-31%) y 453,7 grs. (con pureza de 5-47%) de pasta base de cocaína, respectivamente.

Indudablemente se trata de cantidades relevantes. Respecto de drogas cuya lesividad aún se discute –como la marihuana, en sus diversas manifestaciones–, se aprecian fallos que en distintas jurisdicciones han superado dichos gramajes, pero tratándose de pasta base de cocaína la jurisprudencia es restrictiva. Ciertamente, si el examen jurisprudencial nacional del microtráfico se efectuara considerando únicamente cantidades, debería afirmarse que ambas condenas, y de manera especial la segunda, forman parte –por ahora– de un sector minoritario de la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. Sin embargo, un análisis correcto

² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, (Santiago, 2012), p. 585.

³ Con detalle, CISTERNAS VELIS, Luciano, *Pequeñas cantidades, grandes interrogantes: propuestas de delimitación respecto del consumo y tráfico de drogas*, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal. Ley de drogas, tráfico y microtráfico*, N° 13, (2013), pp. 5-7.

y comprensivo de los factores concomitantes al hecho enjuiciado –como la pureza, la forma de distribución de la droga y la posesión de elementos propios del tráfico en pequeñas cantidades– devino en una pena más benigna, que se ajusta a los fines político-criminales que persiguió la tipificación de este delito.

En definitiva, se trata de una sentencia que zanja correctamente la discusión y que se erige como un importante precedente: en primer lugar, por rechazar el criterio del consumo próximo en el tiempo de la droga incautada para determinar lo que es una “pequeña cantidad” de droga, si en el juicio el ente persecutor no proporciona antecedentes objetivos para efectuar dicho razonamiento y, en segundo lugar, por estimar que la venta y posesión de 161,1 grs. y 453,7 grs. de pasta base de cocaína, en las condiciones que se encontraron, pueden ser conductas consideradas como constitutivas de microtráfico.