

Cortes de Apelaciones

I. CORTE DE APELACIONES ANTOFAGASTA - DERECHO PENAL

TRÁFICO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGAS - CONCEPTO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGA

DOCTRINA

La figura del microtráfico prevista en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, cuya recalificación solicita la defensa del recurrente, pretendió que se castigara a quienes, por portar pequeñas cantidades de droga y tratarse de personas de escasos recursos, eran absueltas o bien condenadas como consumidores por los tribunales de justicia, que de esta manera evitaban imponerle las penas establecidas para el delito de tráfico de estupefacientes o, respecto de personas adictas que para solventar su vicio, recurrían también a la venta en muy pequeña escala de estas sustancias.

En consecuencia, el objetivo de la citada disposición legal era dar una estatuto especial para aquellas personas, que si bien se dedican a traficar sustancias estupefacientes, en atención a la escasa cantidad de la misma, no podía sostenerse en forma categórica que la salud pública estaba en riesgo o peligro, al tiempo que, por circunstancias personales, la imposición de la pena resultaba injusta.

Si bien, como se dijo, la determinación de lo que debe entenderse como pequeña cantidad de droga, quedó entregada a la decisión de los tribunales de justicia, las razones esgrimidas por el legislador permiten tener un parámetro para determinar cuándo se está en presencia de un delito de microtráfico o tráfico.

La cantidad de 191,7 gramos de clorhidrato de cocaína encontrada en poder del acusado, alcanzaba para comercializar un importante número de dosis de droga afectando la salud pública de la población, bien jurídico protegido, sin que hubiera incidido en lo concluido el hecho que la investigación se haya realizado en esta zona, pues es factible presumir que la naturaleza, y cantidad de droga, con un grado de pureza de 75%, pretendía ser comercializada y obtener la ganancia correspondiente. (Considerandos 7° y 10° de la sentencia de la Corte de Apelaciones)

PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGAS

FRANCISCO JOSÉ GARCÍA MANZOR*

El artículo 4° de la Ley N° 20.000 tipifica el delito de microtráfico, el que constituye una “forma específica y privilegiada de poner a disposición de consumidores finales”¹ sustancias estupefacientes regidas por la citada ley. Esta figura constituye una figura típica privilegiada en relación al delito de tráfico de drogas, constituyendo el factor diferenciador de ambas el elemento *especializante*: pequeñas cantidades de drogas.

El fallo comentado discurre justamente en relación a ¿cómo es posible dotar de contenido normativo orientador este elemento especializante?

Cabe indicar, en primer lugar, que el concepto “pequeña cantidad” es de por sí incierto, por cuanto el adjetivo calificativo *pequeño* es esencialmente referencial, y carece por sí mismo de elementos suficientes para su determinación precisa.² En consecuencia, se requiere de elementos adicionales para lograr discernir cuándo estamos ante pequeñas cantidades de droga, v gr. pureza de la droga, forma en que está contenida, implementos de dosificación y pesaje, etc.

La I. Corte de Apelaciones de Antofagasta –citando al profesor Matus– parte de la premisa que “la ley ofrece una directriz clara: *pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo*”³.

Sin embargo, aunque se acepte este razonamiento, la ley no se refiere al tráfico de *una* pequeña cantidad, sino al de “*pequeñas cantidades*”, lo que hace posible concebir la figura como especial y privilegiada del tráfico. La historia de la ley, que hace referencia a personas que en situación de necesidad se dedican a esta actividad no hace más que corroborar esta idea, aunque en el texto legal esta circunstancia subjetiva no haya quedado claramente reflejada.

* Abogado, Defensor Penal Público.

¹ MATUS, 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 (2005), pp. 333-350, p. 334.

² En este mismo sentido, RUIZ DELGADO, Fernando, El Delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000, en *Revista Política Criminal*, Vol. 4, N° 8 (2009).

³ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2ª edición actualizada, (Santiago, 2005), p. 585. Cursivas en el original.

Además, desde el punto de vista del bien jurídico protegido también es posible afirmar que el microtráfico no parece reducirse a la entrega a cualquier título de una pequeña cantidad a un solo consumidor. En efecto, si se entiende el bien jurídico protegido en estas figuras como “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas”,⁴ se comprende que la alta penalidad asociada al tráfico proviene justamente de “la posibilidad de *difusión incontrolable* de las sustancias prohibidas”⁵. Esta probabilidad se reduce considerablemente cuando el *dealer callejero* no puede sino satisfacer a un grupo reducido de consumidores finales, con las dosis propias de su consumo personal y próximo en el tiempo. En el extremo, esto explica por qué la falta de porte y consumo personal público del artículo 50 por su parte, aunque afectaría el mismo bien jurídico de la salud pública, al menos en relación a la “sensibilización del dicho bien jurídico, mediante un real o supuesto efecto multiplicador”⁶, no merece pena de delito: el menor grado de afectación de la salud pública es lo que justifica sancionar estas conductas sólo con pena de multa.

El microtráfico tiene asociada una penalidad intermedia entre la pena del tráfico y la falta del artículo 50. Luego, debiera corresponder a una conducta que debiera encontrarse a medio camino entre éstos, es decir, menos que el del tráfico y más que el del porte y consumo públicos. Ya la entrega a un tercero de sustancias prohibidas para su consumo personal y exclusivo en el tiempo hace una diferencia. Pero la ley no limita a esta conducta el microtráfico, pues se refiere al de “pequeñas cantidades”, en plural, y no al de *una* pequeña cantidad. Luego, es posible sostener una interpretación que entiende el delito de microtráfico como afectación de la salud pública, donde el peligro de difusión incontrolada de tales sustancias se encuentra limitado porque lo que se trafica son pequeñas cantidades destinadas a un grupo delimitado y determinado de consumidores finales, cantidades que dichos consumidores difícilmente pueden distribuir a terceros. En otras palabras, cuando la cantidad de la droga (sumado al resto de elementos accesorios de interpretación) permita entender que está destinada a consumidores finales que constituyen una pluralidad reducida de sujetos, estaremos ante un caso de microtráfico y no de tráfico.

⁴ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 574.

⁵ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 574. Cursivas en el original.

⁶ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 633.

CORTE DE APELACIONES

Antofagasta, a cinco de junio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 30 de mayo de 2012, ante la Segunda Sala de esta Il. Corte de Apelaciones, integrada por las Ministras Titulares Sra. Cristina Araya Pastene, Sra. Virginia Soublette Miranda y la Fiscal Judicial Sra. Myriam Urbina Perán, se llevó a efecto la audiencia para conocer del recurso de apelación interpuesto por el Defensor Penal Público don Stephen Kendall Craig, en contra de la sentencia dictada en procedimiento abreviado con fecha 10 de mayo de 2012, en causa RUC 1110033090-5, RIT 13494-2011, por la Juez de Garantía de esta ciudad, doña Milena Ubilla Carvajal, que condenó a Wilmer Antonio Corredor Trujillo a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, más multa de diez (10) Unidades Tributarias Mensuales y accesorias legales correspondientes, como autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, concediéndole el beneficio de libertad vigilada por el mismo período de la condena impuesta.

En estrados compareció el Defensor Penal Público ya individualizado, quien sostuvo que se efectuó una errada calificación jurídica de los hechos por lo que solicita que se recalifiquen como constitutivos de tráfico de pequeñas cantidades; y el Abogado Asesor del Ministerio Público don Alejandro Azócar Zubicueta, solicitando el rechazo del mismo, por los argumentos que fueron

vertidos y que quedaron registrados en el sistema de audio.

Se puso término a la audiencia quedando el Tribunal de resolver.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

Primero: Que el Abogado Defensor Penal Público Licitado don Stephen Kendall Craig, por el imputado Wilmer Antonio Corredor Trujillo, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Garantía de Antofagasta, en juicio abreviado, por haberse incurrido en una errada calificación jurídica de los hechos.

Sostiene que los hechos debieron calificarse como constitutivos de microtráfico o tráfico de pequeñas cantidades, previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 y no de tráfico del artículo 3° de la misma ley.

Como fundamento de su recurso, indica que en poder del acusado se encontró una pequeña cantidad de droga, esto es, 191,7 gramos de clorhidrato de cocaína al 75% de pureza, lo que a su juicio encuadra dentro del concepto de “pequeña cantidad”, del artículo 4° de la Ley N° 20.000.

Añade que su representado sólo se dedicaba a la venta de bolsitas de cocaína a los consumidores finales en su domicilio, por tanto sólo ocupaba el último eslabón de distribución, actividad que sólo desplegaba en su domicilio, como forma de subsistencia, dada su situación de extranjero indocumentado.

Cita jurisprudencia en la que se ha calificado como microtráfico del artículo 4° de la Ley N° 20.000, el

tráfico de cantidades inclusive mayores a las encontradas en poder de su defendido.

Expresa que sólo se incautaron dos pesas digitales de pequeño tamaño, dos celulares y un cuaderno con hojas recortadas, además de los documentos personales del imputado y la suma de \$ 93.000.

A lo anterior agrega que en cuanto al número de dosis probables que se pueda obtener de la cantidad de sustancia incautada, el tribunal a quo yerra en el considerando séptimo al estimar que pueda dosificarse en dosis de papelillos de 0,1 gramos, ya que pasa por alto que la naturaleza de la sustancia incautada corresponde a clorhidrato de cocaína, sustancia que conforme se indica en el informe de efectos y peligrosidad de la cocaína N° 75-2012-Do-2 remitido por el Instituto de Salud Pública, que se encuentra en los antecedentes fiscales, se consume mediante aspiración nasal y a medida que el consumo se hace crónico, se desarrolla en el adicto una mayor tolerancia a ésta, es decir, a través del tiempo el consumidor necesita cada vez de mayores niveles de cocaína en su organismo para lograr el mismo efecto. De ahí entonces que el clorhidrato de cocaína se dosifique en bolsitas y no en papelillos como la pasta base, sustancia que es mucho más tóxica.

Sostiene que concurren en favor de su representado dos circunstancias atenuantes, la irreprochable conducta anterior y la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y, no concurriendo agravante alguna, corresponde rebajar la pena en dos

grados al mínimo, por lo que se podría aplicar la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 Unidades Tributarias Mensuales, concediendo cinco cuotas para el pago, con beneficio de remisión condicional de la pena. En consecuencia, dada la diferencia de penas, la errada calificación jurídica de los hechos en que incurre la sentencia recurrida se causa agravio a su parte.

Solicita que se acoja el recurso y se recalifiquen los hechos como constitutivos del delito de tráfico de pequeñas cantidades, previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, aplicando la pena que corresponde a dicho tipo penal, que en la especie sería de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 Unidades Tributarias Mensuales, concediéndosele el beneficio de remisión condicional de la pena.

Segundo: Que el Abogado Asesor del Ministerio Público don Alejandro Azócar Zubicueta, solicita el rechazo del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia dictada en procedimiento abreviado.

Refiere que el condenado consintió sin presiones en aceptar el procedimiento abreviado.

Discrepa lo señalado por la defensa en cuanto a que la droga estaba destinada al consumo final, y que la forma en que se encontraron los 82 gramos del total que fueron 191.6 divididos en bolsitas, no se puede afirmar en términos categóricos que esa era la forma en que iba a ser vendida, considerando que en el lugar de la droga se encontró además dos balanzas, celulares y dinero.

En relación a lo señalado en el considerando séptimo, discrepa lo dicho por el tribunal al igual que la defensa, por cuanto la droga encontrada, esto es, 191.6 gramos de clorhidrato de cocaína, con un 75% de pureza que a su entender no es un dato menor, pues perfectamente puede ser dosificado, y que de cada gramo se pueden obtener cuatro dosis, es decir, se podría estar en presencia de 724 dosis de clorhidrato de cocaína, lo que a su entender en caso alguno se puede estimar dicho hecho como un microtráfico.

Indica que tampoco es menor el tipo de droga de la cual se está hablando y el peligro que origina ésta a la salud pública, que entre los antecedentes que tuvo el tribunal a la vista está el informe relativo a los efectos y peligrosidad para la salud pública del clorhidrato de cocaína, mencionando que la forma de consumo de esta droga, efectivamente como lo señaló la defensa, una de las posibilidades es por vía nasal, pero también existe una forma de consumo ino venosa diluido en agua como lo dice el propio informe, y que además las consecuencias en la salud de quienes consumen este tipo de droga son infinitamente más peligrosas que las otras drogas a que ha hecho mención la defensa. Manifiesta que en el mismo informe se señala que ésta aumenta el riesgo de sufrir trombosis, derrame cerebral y paranoia transitoria en la mayoría de los adictos, y que el uso continuo mediante la aspiración nasal de la cocaína en ese estado puede producir congestión nasal, ulceración de la membrana mucosa, incluso perforación del tabique nasal y del palatino, produ-

cir complicaciones cardiovasculares en las arterias del corazón y del cerebro, lo que puede provocar un infarto del corazón, antecedentes que consideró el tribunal al tiempo de fallar en el sentido de calificar los hechos como tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y no como tráfico de pequeñas cantidades de droga, y que tuvo también presente y a la vista los antecedentes expuestos por la defensa, en cuanto a los diversos fallos, tanto de esta Corte como de otras, lo que el tribunal mencionó en el considerando noveno del fallo.

Indica que no sólo es importante considerar el tipo de droga, cantidad, sino que también la pureza de la misma, y en los casos planteados por la defensa no se hizo mención a la pureza de la droga que se encontró y que en este caso se tiene plena certeza que la pureza del clorhidrato de cocaína encontrada al acusado y condenado, es de un 75% de pureza, es decir, un rango extraordinariamente alto, por lo que solicita la confirmación de la resolución apelada.

En la réplica señaló que el Ministerio Público acusó por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, el cual conforme a la penalidad, corresponde que se debata en un juicio oral de lato conocimiento, pero en este caso se optó por el procedimiento abreviado, por cuanto el acusado reconoció y aceptó libre e informado, los hechos materia de la investigación y los antecedentes de la acusación, y en ese sentido cuando el Ministerio Público planteó, formalizó, acusó, señaló los hechos que se le imputaba, los calificó y señaló las penas,

y que si la defensa cuestiona la calificación jurídica con el objeto de garantizar los derechos de su defendido, tendría que haber optado por una vía diversa al procedimiento abreviado, debió seguir un juicio ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal competente.

Tercero: Que los hechos que el Juzgado de Garantía de esta ciudad tuvo por configurados en el motivo noveno de la sentencia apelada fueron calificados jurídicamente como tráfico ilícito de drogas del artículo 1° en relación con el artículo 3° de la Ley N° 20.000, para lo cual se consideró, como elementos, los antecedentes ratificados en el considerando quinto, acogiendo acertadamente la calificación jurídica planteada por el Ministerio Público.

Cuarto: Que tratándose del delito de tráfico de pequeñas cantidades, previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, corresponde señalar que el legislador no definió qué debe entenderse por “pequeñas cantidades de droga”, dejando en consecuencia a los jueces de fondo tal determinación, conforme a los antecedentes del proceso. El diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define pequeña como: “corto, breve o de poca importancia, aunque no sea corpóreo”.

En este sentido, el artículo 4° de la Ley N° 20.000 establece que esa pequeña cantidad, sea de drogas productoras de dependencia física o psíquica, agregando que deben tratarse, para este caso, de las indicadas en el inciso primero o segundo del artículo 1° de la citada ley, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables

a la salud, dentro de las cuales están aquellas encontradas en poder del acusado.

Quinto: Que el Profesor Jean Pierre Matus señala que la ley ofrece una directriz clara: pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, señala que pudiera aparecer que en ese caso debería sancionarse como consumo, pero ello no es así, toda vez que el sentido de la ley es sancionar como microtráfico cuando se trafica con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor.

Sexto: Que la Excma. Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada con fecha 19 de julio de 2005 en causa Rol N° 2005-05 en su motivo octavo, ha señalado las razones político criminales para que el legislador haya establecido la figura denominada “microtráfico” al sostener: “Que, en nuestra opinión las nociones transcritas en el razonamiento anterior, explican cuál es el sentido y la razón de ser del concepto pequeñas cantidades empleado por el artículo 4° inciso 1° de la Ley N° 20.000. El propósito del legislador fue someter a una pena más benévola aquellos casos en que el tráfico realizado por el sujeto era tan reducido que el peligro creado para la salud del grupo social, resulta tan insignificante, a causa de lo cual, muchas veces la jurisprudencia tendía incluso a absolver, a fin de evitar excesos de punibilidad asilándose a menudo en la idea de que versaban sobre cantidades susceptibles de ser destinadas al consumo personal y próximo en el tiempo”.

Asimismo, en cuanto a determinar qué cantidad de droga puede ser considerada como “pequeña” y cual no, agrega el fallo en el motivo decimotercero: “Que en efecto, en especial la cantidad de 31,26 gramos de clorhidrato de cocaína encontrados como resultado de la investigación llevada a cabo, puede razonablemente no ser considerada pequeña, incluso si es de concentración reducida, sobre todo si se tiene en cuenta que, como lo precisa la sentencia, de ella puede obtenerse hasta 124 dosis de esa sustancia...”.

Séptimo: Que la figura del microtráfico prevista en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, cuya recalificación solicita la defensa del recurrente, pretendió que se castigara a quienes, por portar pequeñas cantidades de droga y tratarse de personas de escasos recursos, eran absueltas o bien condenadas como consumidores por los tribunales de justicia, que de esta manera evitaban imponerle las penas establecidas para el delito de tráfico de estupefacientes o, respecto de personas adictas que para solventar su vicio, recurrían también a la venta en muy pequeña escala de estas sustancias.

En consecuencia, el objetivo de la citada disposición legal era dar una estatuto especial para aquellas personas, que si bien se dedican a traficar sustancias estupefacientes, en atención a la escasa cantidad de la misma, no podía sostenerse en forma categórica que la salud pública estaba en riesgo o peligro, al tiempo que, por circunstancias personales, la imposición de la pena resultaba injusta.

Si bien, como se dijo, la determinación de lo que debe entenderse como pequeña cantidad de droga, quedó entregada a la decisión de los tribunales de justicia, las razones esgrimidas por el legislador permiten tener un parámetro para determinar cuándo se está en presencia de un delito de microtráfico o tráfico.

Octavo: Que en el presente caso no hay elementos suficientes que permitan determinar que el acusado es una persona de precaria situación económica, que imposibilitado de subsistir por otro medio, recurre a la venta de bajas cantidades de droga, o que se trate de un consumidor que para cubrir los gastos de su adicción se dedica a la venta de estupefacientes.

Noveno: Que como quedó establecido en el proceso, en poder del acusado, en su habitación, se encontraron nueve bolsitas con un total de 82,6 gramos de cocaína y un envase de L’Oreal dentro del cual había cocaína con un peso de 109 gramos, la que no puede ser calificada de pequeña cantidad, más aún, si se considera que al ser fragmentada en diversas dosis, permite una distribución a un número importante de personas con la consiguiente afectación de la salud pública, todavía más al estimarse como consecuencia de salud que el tipo de droga encontrada, esto es, clorhidrato de cocaína, resulta ser más peligrosa que la marihuana o la pasta base de cocaína. En este aspecto, no es posible dejar de considerar el informe pericial elaborado sobre efectos y peligrosidad para la salud pública de clorhidrato de cocaína en el organismo

que la juez estimó, entre otros antecedentes como relevantes, en el motivo quinto del fallo.

Décimo: Que la cantidad de 191,7 gramos de clorhidrato de cocaína encontrada en poder del acusado, alcanzaba para comercializar un importante número de dosis de droga afectando la salud pública de la población, bien jurídico protegido, sin que hubiera incidido en lo concluido el hecho que la investigación se haya realizado en esta zona, pues es factible presumir que la naturaleza, y cantidad de droga, con un grado de pureza de 75%, pretendía ser comercializada y obtener la ganancia correspondiente.

Undécimo: Que conforme a lo dispuesto procede rechazar el recurso de apelación deducido por la defensa del imputado, al estimarse que el Juzgado de Garantía calificó en forma correcta los hechos de la presente investigación en lo pertinente en esta causa.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 414 del Código Procesal Penal, SE CONFIRMA, la sentencia apelada dictada en procedimiento abreviado con fecha diez

de mayo del año en curso, por el Juzgado de Garantía de esta ciudad, que condenó al acusado Wilmer Antonio Corredor Trujillo como autor del delito de tráfico ilícito de drogas.

Se previene que la Fiscal Judicial Sra. Myriam Urbina Perán, si bien concurre a la confirmatoria, no comparte lo expuesto en los considerandos quinto a noveno.

Para confirmar el fallo en alzada sólo tiene presente las circunstancias fácticas, la naturaleza y pureza de la droga incautada.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol N° 123-2012

Redacción de la Ministra Titular Sra. Virginia Soublette Miranda y de la prevención, su autora.

Pronunciada por la Segunda Sala, integrada por las Ministras Titulares Sra. Cristina Araya Pastene, Sra. Virginia Soublette Miranda y la Fiscal Judicial Sra. Myriam Urbina Perán. Autoriza la Secretaria Titular Sra. Claudia Campusano Reinike.

En Antofagasta, a cinco de junio de dos mil doce, notifiqué por el Estado Diario la resolución que antecede.