

Aplicación del artículo 4º Ley 20.000. Criterios generales para dar contenido al elemento normativo «pequeñas cantidades»

1) Presupuestos interpretativos:

- a. **Retroactividad de la ley más favorable:** La Constitución Política de la República establece en su artículo 19 N° 3, que la Constitución asegura a todas las personas que ningún delito se castigará con otra pena que la que señala una ley promulgada con motivo anterior a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Por su parte, el artículo 18 del Código Penal dispone como regla general que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, estableciendo como excepción las leyes posteriores que eximen el hecho de toda pena o le apliquen una menos rigurosa.¹ En consecuencia, debido a que el microtráfico del artículo 4º de la ley 20.000 contempla penas menos rigurosas que el tráfico de la ley 19.366, la nueva ley será aplicable también para los casos de tráfico en *pequeñas cantidades* que se hubieren verificado con anterioridad a su promulgación. (TOP/Iquique/14.03.05; TOP/Arica/05.03.05; TOP/Puerto Montt/25.02.05; CA/Puerto Montt/28.03.05; TOP/Los Andes/28.03.05; TOP/Los Ángeles/07.03.05; TOP, Punta Arenas, 16.03.05; CS/Rol 1025-05/10.03.05).

¹ Artículo 18 CP: *Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exime tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.

- b. **La voz «pequeñas cantidades» como elemento normativo del tipo:** La referencia a *pequeñas cantidades* constituye una forma de elemento normativo del tipo. Estos se definen en doctrina como aquellos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.² Para el caso de las *pequeñas cantidades* del artículo 4º, entendemos que nos encontramos ante un elemento normativo *social-valorativo*. Luego, la interpretación de esta figura se construirá casuísticamente sobre la base de valoraciones derivadas del ámbito sociocultural que rodea al supuesto de hecho del tipo. Lo anterior imprime una particular flexibilidad a los criterios para justificar la aplicación del microtráfico, por lo que, con miras a su delimitación conceptual, resultará determinante su historia fidedigna y el contenido que la jurisprudencia le otorgue.³
- c. **Principio de legalidad penal como límite del *ius puniendi*. Frontera superior e inferior del microtráfico:** Tanto en cuanto entendemos que el principio de legalidad penal se dirige a limitar el poder punitivo del Estado, la interpretación de los tipos penales debiera necesariamente ceñirse a tal finalidad de control y garantía.⁴ Ahora bien, para el caso del microtráfico, este sentido interpretativo tiene dos aplicaciones diversas, dependiendo de la naturaleza de los casos de que se trate. La primera se refiere a aquellos que lindan con el consumo (frontera inferior del microtráfico), donde, en razón que el microtráfico constituye un tipo especial *más gravoso*, su interpretación deberá ser particularmente *restrictiva*.⁵ Por su parte, cuando el supuesto de

² Según esta definición cabe distinguir entre elementos normativos jurídicos y elementos normativos sociales. Ambos pueden a su vez, subdividirse en elementos referidos a una valoración (o valorativos) y elementos referidos a un sentido. *Vid.* MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General. 5ª Edición, Barcelona, 1998, p. 211.

³ Se adjunta una síntesis de la incipiente jurisprudencia relativa al microtráfico, como también un resumen de la historia fidedigna del artículo 4º de la ley 20.000.

⁴ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 71 y ss.

⁵ La propia Comisión Especial señala: «se hizo presente que si bien es necesario sancionar el tráfico de drogas, incluido el microtráfico, **ello no puede llevar a que se sancione**

hecho linde con la figura de tráfico propiamente tal (frontera superior del microtráfico), debido a que el microtráfico constituirá una figura especial punitivamente *menos gravosa*, la interpretación de los elementos que la constituyen debiera admitir una mayor amplitud, toda vez que en estos casos son las interpretaciones *extensivas* las que expresan mejor el sentido limitador del principio de legalidad. Las vías de argumentación que se esbozan a continuación se refieren primordialmente a esta segunda categoría, ya que constituyen prácticamente la totalidad de los casos de microtráfico resueltos hasta ahora.

2) **Líneas de argumentación para dar contenido al elemento normativo «pequeñas cantidades»:** De la revisión de la incipiente jurisprudencia sobre microtráfico y de los respectivos informes de las comisiones del congreso que participaron en la redacción del artículo 4º de la ley 20.000, se pueden obtener algunos criterios o líneas generales de argumentación. A saber:

- a. **Lesividad - proporcionalidad:** Aquí nos referimos a la *ratio* que debe existir entre la reacción punitiva y el grado de afectación del bien jurídico protegido *salud pública*. Así las cosas, para los efectos de considerar una cantidad como *pequeña* —en los términos del artículo 4º— habrá de tenerse en cuenta la *aptitud* de la sustancia para afectar significativamente la salud de las personas, aptitud que debiera ser analizada *in concreto* sobre la base de los siguientes criterios:

a los consumidores». *Segundo informe de la Comisión Especial de Drogas sobre Proyecto que sustituye la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.* Boletín N° 2439-20. Sin perjuicio del objetivo general del proyecto sobre la materia: «Sancionar el microtráfico de drogas en forma independiente, para evitar que quienes trafican con pequeñas cantidades no reciban sanción o sólo sean sancionados como consumidores, como ocurre en la práctica, en vez de ser castigados con las penas aplicables a los traficantes». *Informe Complementario del segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, acerca del Proyecto de Ley que sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.* Boletín N° 2439–20).

- i. Clase de droga (letalidad): Desde luego la naturaleza y composición de la droga establece un marco de lesividad y reacción punitiva. En esta perspectiva, no es lo mismo una cantidad de gramos de cocaína que su equivalente en marihuana (TOP/Iquique/14.03.05).
 - ii. Principio activo y concentración: Tampoco basta con la categoría general de la sustancia, ya que su concentración y composición determinan dramáticamente los posibles efectos nocivos de su consumo (TOP/Iquique/14.03.05; JG/Chillán/07.02.05).
 - iii. Cantidad como proyección de dosis: Por otra parte, cabe considerar que la combinación entre gramos, clase y calidad de la droga determina proyecciones de número de dosis notablemente diversas⁶.
- b. **Comercialización detallista frente a la gran tráfico**. La idea de penalizar separadamente el microtráfico necesariamente nos lleva a la lógica de las estructuras de “comercialización”. En efecto, como se señaló en la propia Comisión del Senado⁷, de lo que se

⁶ En este sentido la Comisión del Senado agregó este elemento para diferenciar los casos de microtráfico de los supuestos de consumo, por lo que parece plausible su consideración como criterio delimitador con el tráfico: «aparte de la cantidad de droga que se porta, el Senado agregó el elemento pureza o calidad de la misma, lo cual no es indiferente, porque no es lo mismo portar pequeñas cantidades de heroína de alta pureza, de la cual pueden extraerse varias dosis, que de una droga de menor calidad, que puede presumirse destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.» *Informe de la Comisión Especial de Drogas sobre Proyecto que sustituye la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Boletín N° 2439-20.

⁷ El Asesor Regional Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito, señor Kristian Högler, señaló en la Comisión del Senado «que uno de los principales problemas lo constituye la

trata es de separar el *gran tráfico* del de menor escala, dejando la figura de microtráfico para los casos que se asimilan —en términos comerciales— al *comercio detallista*. Luego, el ámbito que interesaría abarcar con esta nueva normativa es el del comercio que se desarrolla mediante el trato directo con el consumidor final de la sustancias. En esta línea de argumentación se cuentan los siguientes criterios:

- i. Subdivisión en dosis: Las “pequeñas cantidades” de las que habla el artículo 4º debieran entenderse, no sólo en el sentido de una pequeña cantidad *total*, sino que también desde el punto de vista que la droga se encuentre subdividida en dosis que expresen el elemento *detaillista* de su comercialización. Esta interpretación permitiría enfrentar aquellos casos en que la naturaleza particularmente lesiva de la sustancia hace disminuir el rango de la cantidad asimilable al tráfico, como también para aquellos totales difícilmente comprensibles en el concepto de *pequeña cantidad*. (TOP/Iquique/14.03.05).
- ii. Indicios complementarios que permiten excluir supuestos de gran tráfico: Aquí hablamos del *perfil* del traficante. Así, indicios complementarios como una situación socioeconómica miserable o la utilización de precarios instrumentos de transporte o medición pueden servir para excluir la posibilidad de un tráfico a gran escala

relación entre el tráfico, el microtráfico y la posesión para el consumo. Para configurar el microtráfico, una fórmula empleada ha sido la de señalar cantidades específicas. Otra, la de diferenciar entre las pequeñas y las grandes cantidades, en la que es preciso tomar en consideración también la pureza. Una tercera, el valor de la droga. Le parece adecuado distinguir entre el gran tráfico y el microtráfico». *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, acerca del Proyecto de Ley que sustituye la Ley Nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Boletín Nº 2439–20.

Recoge esta idea el voto de minoría del TOP, Punta Arenas, 16.03.05, aplicado el artículo 4º de la Ley 20.000: «no estamos en este caso en presencia de un tráfico de drogas organizado y/o sofisticado; no existen otras personas involucradas o manipuladas, ni funcionarios, ni tampoco violencia».

(JG/Chillán/04.02.05). También se ha utilizado como elemento que imposibilita el gran tráfico el hecho que el imputado se encuentre recluido en un centro penitenciario (TOP/Iquique/14.03.05), o la falta de sofisticación u organización en los medios empleados (TOP, Punta Arenas, 16.03.05/Voto de minoría) También una estructura de personalidad con escasas aptitudes cognitivas que no alcanzan para desplegar un comportamiento planificado (TOP/Puerto Montt/25.02.05; CA/Puerto Montt/28.03.05). En los casos en que se discuta la frontera superior del microtráfico, la calidad de consumidor del sujeto activo también fortalece la exclusión de supuestos de gran tráfico.

- iii. Valor económico: Por último, otro elemento a considerar se refiere a la proyección de ganancias susceptible de obtener a partir de la cantidad de droga decomisada, ya que una rentabilidad exigua no parece concordante con la idea de gran tráfico (TOP/Iquique/14.03.05).

ANEXOS

I. SÍNTESIS JURISPRUDENCIA ARTÍCULO 4º LEY 20.000

Delimitación del elemento normativo del tipo «*pequeñas cantidades*»

A) PASTA BASE DE COCAÍNA:

JG, Chillán, 04.02.05

REVISIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

(Apercibimiento según arts. 26 y 31 del C.P.P.) El Sr. Defensor solicita que se alce la prisión preventiva respecto de su defendido, argumentado los antecedentes con cuenta para tales efectos, proponiendo, medidas alternativas del artículo 155 del Código Procesal Penal en su beneficio.

El Sr. Fiscal se opone a dicho petitorio, por cuanto considera que se mantienen los supuestos que hicieron procedente la aplicación de dicha medida.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE

Habiendo oído a los intervinientes y teniendo presente:

1.- Que el peso neto de la droga encontrada al interior del domicilio del imputado ascendió ***a trece gramos de pasta base de cocaína, droga que si bien se encontraba repartida en más de 152 envoltorios, justifica, en concepto de esta Juez y teniendo en particular consideración su peso neto y no el número de envoltorios a que se ha hecho referencia, sólo la existencia de un microtráfico de la misma, cuestión que, además, se ve refrendada por los informes sociales que ha hecho alusión el Sr. Defensor, que dan cuenta de la muy precaria situación socio-económica del imputado.***

2.- Que la Ley N°20.000 promulgada por el ejecutivo el 3 de febrero del actual, sanciona en su artículo 4° a los que posean o guarden cualquiera de las sustancias o drogas, estupefacientes o psicotrópicas a que alude el artículo 1°, con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de 10 a 40 U.T.M.

3.- Que si bien el imputado presenta en su extracto filiativo una condena por robo con fuerza impuesta el año 1991, debe tenerse en consideración lo referido en el artículo 62 del mentado cuerpo legal, pudiendo entonces vislumbrarse que éste podría ser acreedor de beneficios alternativos de los señalados en la Ley 18.216.

4.- Que el imputado, según se informa por el letrado defensor, tiene 56 años de edad y padece una tuberculosis, situación refrendada, además, por el oficio rolante en la carpeta judicial que comunicó la necesidad de su hospitalización en el Hospital Penal de la ciudad de Concepción.

5.- Que el persecutor se ha limitado a mencionar en audiencia los testimonios de los funcionarios aprehensores que allanaron la vivienda del imputado y

encontraron en su poder la mencionada droga, no habiéndose aportado prueba adicional alguna que justifique un tráfico mayor al referido en el considerando primero de esta resolución, pese a los cuatro meses de investigación ya transcurridos y a los

120 días de interceptación telefónica que fueron autorizados por el Sr. Magistrado Titular de esta causa.

6.- Que por todo lo razonado anteriormente y considerando especialmente lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, en relación a los artículos 4 y 62 de la promulgada Ley N°20.000, esta Juez, en uso de las facultades que le otorga el artículo 145 del Código Procesal Penal, **PROCEDERÁ A SUSTITUIR LA PRISIÓN PREVENTIVA** que afecta a Héctor Manuel Valenzuela Valenzuela, **por las siguientes medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal:**

Letra 'c': La obligación del imputado de presentarse semanalmente en dependencias de la Comisaría de Carabineros más cercana a su domicilio, esto es, la Sexta Comisaría de Chillán Viejo, a partir del día 5 de febrero del actual y así sucesivamente todos los días sábados. Se ordena oficiar a dicha Comisaría, informando la medida cautelar que ha sido dispuesta, quienes, además, deberán informar a la Fiscalía Local respecto de cualquier incumplimiento.

Letra 'd': La prohibición del imputado de salir de la Provincia de Ñuble, ordenándose oficiar tanto a Investigaciones como a Carabineros, quienes deberán informar directamente a la Fiscalía Local respecto de cualquier incumplimiento. Rol Único Causa N°0400354418-K

Rol Ingreso Tribunal N° 2602-2004 1072-2602-2004-050204-00-09

TOP, Iquique, 14.03.05

8.- Que en relación con los hechos por los cuales fue juzgada y sentenciada Yanira Cuello Gallardo, aparece de ellos que ésta **portaba 54 papelillos o envoltorios que contenían cocaína base, en una cantidad total que ascendió a 5,1 gramos netos, con una valoración de 77%, de manera que cada uno tenía una dosis de 0,094 gramos, cantidad que no resulta una dosis de carácter letal. De igual manera, se tuvo por demostrado que portaba al menos 2,6 gramos de marihuana, a fin de no exceder el marco de la imputación formulada por la Fiscalía.**

Asimismo, **en comparación con las cantidades que se transan en la provincia y que son de público conocimiento, no resultan ambas cantidades excesivas**, por lo que no se aprecia que la persona de la sentenciada Cuello Gallardo constituya una gran distribuidora de sustancias estupefacientes.

En estas condiciones, los sentenciadores concluyen que los hechos por los cuales fue sentenciada en su oportunidad configuran el tipo previsto en el artículo 4º de la ley 20.000 y por contener dicha norma una pena que resulta menos rigurosa que aquella que se le impuso en su oportunidad, es aplicable la nueva sanción por así disponerlo tanto el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República como el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal. C/ YANIRA DEL ROSARIO CUELLO GALLARDO, TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES, ROL ÚNICO: N° 0400231962-K, ROL INTERNO: N° 289-2004

TOP, Iquique, 14.03.05

8.- Que en relación con los hechos por los cuales fue juzgado y sentenciado Astudillo Alvarez, aparece de ellos que éste portaba **26 papelillos o envoltorios que**

contenían cocaína base, en una cantidad total que ascendió a 4,2 gramos brutos, con una valoración de 63%, de manera que cada uno tenía una dosis aproximada a lo más de 0,160 gramos, considerando que aún resta por descontar el peso de los envases, por lo que no es arriesgado afirmar que esta última porción no resulta una dosis de carácter letal.

Asimismo, en comparación con las cantidades que se transan en la provincia y que son de público conocimiento, no se trata de una cantidad excesiva, **ni aún considerando las circunstancias en que dicho porte se verificó, esto es, al interior de un recinto penal, por lo que no se aprecia que la persona del sentenciado Astudillo Alvarez constituya un gran distribuidor de sustancias estupefacientes.**

En estas condiciones, los sentenciadores concluyen que los hechos por los cuales fue sentenciado en su oportunidad configuran el tipo previsto en el artículo 4º de la ley 20.000 y por contener dicha norma una pena que resulta menos rigurosa que aquella que se le impuso en su oportunidad, es aplicable la nueva sanción por así disponerlo tanto el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República como el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal. C/ MARIO ESTEBAN ASTUDILLO ÁLVAREZ, TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES, ROL UNICO N° 0300008281-2, ROL INTERNO : N° 120-2004

TOP, Arica, 05.03.05

SÉPTIMO: Que los hechos establecidos en el motivo precedente configuran el delito de microtráfico ilícito de drogas estupefacientes o sicotrópicas contemplado en el artículo 4º de la ley N° 20.000 conforme se dejó asentado en la sentencia de deliberación, en la medida que habiéndose encontrado en poder de uno de los acusados pequeñas cantidades de una de las sustancias ilícitas – pasta base de cocaína – a que refiere el artículo 1º inciso primero de la ley 19.366, contenida en el Decreto Supremo N° 565 de 09 de junio de 1995, del Ministerio de Justicia, que en momentos previos había recibido de su co-acusado, se acreditaron los elementos de presunción legal de tráfico ilícito contenida en el artículo 5º inciso segundo de la misma ley, habida consideración a que no se ha justificado que el alcaloide incautado en su poder haya contado con la autorización competente, sin que por su cantidad se pueda concluir que haya estado destinada a un tratamiento médico o su calidad opureza permita racionalmente suponer que estaba destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, sino por el contrario, las circunstancias de su transporte y posesión son indiciarias del propósito de traficar, lo que torna procedente la aplicación de la sanción legal en contra de los acusados, por el señalado ilícito.

Que estos juzgadores han arribado a esta calificación jurídica de los hechos, distinta a la contenida en la acusación, en uso de la facultad que les confiere el artículo 341 del Código Procesal Penal, luego de oír las ponencias de los intervinientes en el debate respectivo, ello habida consideración a lo preceptuado en el artículo 1º transitorio de la ley N° 20.000.- y lo dispuesto en el artículo 18 inciso segundo del Código Penal, disposición esta última que permite aplicar la nueva ley de tráfico antes señalada por tratarse de los mismos hechos, cuales consistieron, como se dijo, en haber sorprendido a la acusada ***portando 41 gramos de pasta base de cocaína en las condiciones anotadas, que en los momentos previos recibió de manos de su co acusado y, siendo la pena asignada a tal conducta en el artículo 4º de la Ley N° 20.000*** menos rigurosa que la contemplada en la ley N° 19.366, en conformidad a lo preceptuado en el precitado artículo 18 del Código del ramo, estos sentenciadores aplicarán en la especie la primera de dichas leyes y, en consecuencia, juzgarán a los enjuiciados por su responsabilidad en el ilícito de

microtráfico en los términos referidos en el acápite anterior. Rit 79 – 2004, Ruc 0310002802-5.

B) CLORHIDRATO DE COCAÍNA

TOP, Puerto Montt, 25.02.05

VISTOS y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante esta sala única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt constituida por los Jueces Jaime Rojas Muncada, quien presidió, Neyda Santelices Moreno e Ivonne Avendaño Gómez, el día siete de Febrero del año dos mil cinco, se llevó a efecto el juicio oral de la causa rol interno del Tribunal N° 1-2005, seguida en contra de Percy Guillermo López Galdames, R.U.N. N° 12.412.528-6, de 31 años de edad, vendedor, domiciliado en Villa Campo Lindo s/n, Melipilla, con antecedentes anteriores.

DECIMO: Que, sobre la base del testimonio de los funcionarios policiales presentados por el Ministerio Público, como con los dichos de los peritos que declararon en la audiencia, fotografías exhibidas al Tribunal y como apoyo de la declaración de testigos, prueba material y documentos que dieron cuenta de la recepción y del análisis de la droga, elementos que apreciados libremente de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se tiene por acreditado más allá de toda duda razonable el siguiente hecho:

Que el día 29 de mayo de 2004, alrededor de las 10:30 horas, el acusado fue sorprendido en el sector del terminal de buses Inter.-urbanos de la ciudad de Ancud, portando y transportando, sin la competente autorización, en un bolso deportivo y entre sus vestimentas, un total de **78,29 gramos netos de Clorhidrato de Cocaína**, distribuidos en diversas bolsitas, de un grado de pureza que fluctuaba entre los 49 y 70 %, no lográndose justificar que la sustancia mencionada estuviera destinada a la atención de un tratamiento médico, o al uso personal exclusivo y próximo en el tiempo por parte del acusado.

UNDECIMO: Que los hechos relacionados en el numeral que precede, en cuanto importan el porte y transporte de **una pequeña cantidad** de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, resultan constitutivos del delito de **tráfico de sustancias o drogas estupefacientes**, previsto y sancionado en el artículo 4° de la ley N°20.000, promulgada con fecha 02 del presente mes, figura que resulta aplicable de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 inciso segundo del Código Penal y 1 transitorio de la Ley 20.000.

DUODECIMO: Que el Tribunal para aplicar la figura del artículo 4 de la Ley 20.000 promulgada el 2 de febrero en curso tuvo presente las siguientes consideraciones: Que con fecha 2 de febrero de 2005 se promulgó la Ley N° 20.000 que sustituye a la Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Que en la nueva Ley se contemplan dos figuras de tráfico, la del artículo 3° y 4°, la primera de ellas se castiga con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas U.T.M. La segunda se sanciona con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta U.T.M., el artículo 4° exige para su aplicación que se trate de "pequeñas cantidades". En la historia de la Ley (Segundo Informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento), se señala que uno de los principales objetivos del proyecto propuesto por la Comisión es sancionar el microtráfico de drogas en forma independiente, para evitar que quienes trafican con pequeñas cantidades no reciban sanción o sólo sean sancionados como consumidores, como ocurre en la práctica, en vez de ser castigados con las penas aplicables a los traficantes. En el Informe de la Comisión especial de drogas sobre las

modificaciones del H. Senado al proyecto que sustituye la Ley 19.366, se repite esta idea. No se establece gramaje ni ninguna otra

medida, dejando flexibilidad a los Jueces para determinar cuándo se está en presencia de esas pequeñas cantidades.

En el presente caso materia del juicio el Tribunal ha estimado que estamos frente a la figura contemplada en el artículo 4ª, denominada de microtráfico por las razones que se expondrán.

La cantidad neta de droga incautada es de 78,29 gramos de peso, su pureza fluctúa, según el oficio resolución N° 167 del Servicio de Salud, entre 49 a 71 %, el acusado es una persona que según el informe de la psicóloga Patricia Paredes, pertenece a una familia de bajo nivel socioeconómico y tiene una personalidad sin muchos recursos cognitivos lo que no le permite manejar grandes empresas, por su estructura de personalidad no piensa demasiado, no planifica, es impulsivo. Ese perfil no corresponde a un traficante mayor. Es una persona que viaja en bus portando la droga, llevando parte de ella en su vestimenta. Todos estos antecedentes llevan a concluir que se trata de un microtraficante.

Con respecto a la Ley por la cual se sancionará, el Ministerio Público sostiene que le sería aplicable la Ley 19.366 porque la nueva Ley 20.000 aún no es publicada. Sin embargo el tenor literal del artículo 18 inciso segundo del Código Penal exige solo que la ley que aplique una pena menos rigurosa sea promulgada. Así, esta disposición establece una excepción a la irretroactividad de la ley penal cuando favorece al afectado. Al decir del Profesor don Mario Garrido Montt (en su obra Derecho Penal, Parte General, tomo I), en este caso la ley más favorable ha de entenderse que es aquella que, en la situación fáctica de que se trate, al ser aplicada, deje al autor desde un punto jurídico-material en mejor situación. En el caso concreto, indudablemente que es más favorable la ley n° 20.000.

Por otra parte el artículo 1º transitorio de la nueva Ley promulgada, señala que esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia dice, la ley N° 19.366, continuará vigente para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.

CA, Puerto Montt, 28.03.05

Puerto Montt, veintiocho de marzo de dos mil cinco. Vistos y considerando: Primero: Que, por sentencia definitiva del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, de fecha doce de febrero de dos mil cinco, se condenó al imputado Percy Guillermo López Galdames a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y multa de 10 UTM, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefaciente, perpetrado el 29 de marzo de 2004; Segundo: Que, a fojas 10, el Fiscal adjunto don Manuel Javier Calisto Garay interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, por la causal prevista en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, haber hecho el Tribunal que dictó el fallo una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; Tercero: Que, expone que la acusación del Ministerio Público se formuló por el delito de tráfico ilícito de drogas previsto y sancionado en el artículo 5 en relación con el artículo 1 de la Ley 19.366; sobre la base de los mismos hechos descritos en la acusación del Ministerio Público que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal tuvo por probadas, éste

otorgó al hecho una calificación jurídica diferente, fundado en el artículo 7 de la Ley 20.000, que sanciona el porte y transporte de una pequeña cantidad de sustancia o droga estupefaciente o psicotrópica, condenándolo de acuerdo a dicha disposición legal; agrega que en el considerando duodécimo, el tribunal sentenciador alude a que el perfil penal del acusado no es el de un traficante mayor, porque viaja en bus porta la droga en sus

vestimentas y su familia tiene un bajo nivel socioeconómico. Sin embargo, a juicio del Ministerio Público, es equívoco aludir a estos antecedentes para poder dar contenido, en la especie, al concepto jurídico en discusión, cual es pequeñas cantidades de drogas. En efecto, se ha explicado como la cantidad y calidad de droga incautada no puede ser considerada pequeña, situación que nada tiene que ver con la pericia o impericia del acusado para ocultar la droga de porta y transporta (sic), o bien, su capacidad intelectual para dirigir grandes empresas o redes de comercialización de drogas; la cantidad de 78,29 gramos de clorhidrato de cocaína, tomando como referencia que de cada gramo se pueden obtener unas tres o cuatro dosis, nos encontramos con una presencia potencial de unas 250 dosis, cantidad que no puede ser considerado pequeña si estimamos que existen fallos judiciales que, al tenor de la ley 19.366, consideraban el portar 50 o 60 dosis de clorhidrato de cocaína como susceptibles de delito de tráfico de drogas; estos parámetros no son aludidos en ningún caso por el legislador y no pueden servir, por su naturaleza misma, para dar contenido al concepto jurídico indeterminado que analiza, que tiene aspectos más bien cuantitativos, que son independientes de las características socioculturales de quien porta y transporta y considera, por tanto, que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal ha incurrido en una errónea aplicación del derecho al calificar los hechos probados como constitutivos de la figura penal del artículo 4 de la Ley 20.000, ya que lo que procedía legalmente era calificar la conducta como delito de tráfico ilícito de drogas, subsumiéndola en el tipo penal del artículo 5 de la ley 19.366, vigente a la época de comisión del ilícito, y sólo para el caso que la figura análoga de tráfico prevista en el artículo 3 de la misma Ley de Drogas lo beneficiare desde el punto de vista de la pena, aplicar esta nueva norma. Solicita se declare que se ha incurrido en una errónea aplicación del derecho, que se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia y se ordene llevar a efecto un nuevo juicio oral. Cuarto: Que, de acuerdo al considerando segundo de la sentencia oral, el Ministerio Público al deducir la acusación judicial describió los hechos expresando que con fecha 29 de marzo de 2004 cerca de las 10.30 horas de la mañana, el imputado Percy Guillermo López Galdames , portaba y transportaba a la salida del terminal de buses interurbanos de Ancud, por calle Marcos Vera, sin la correspondiente autorización, en sus vestimentas y en un bolso, una sustancia blanca en polvo, que según informe del Servicio de Salud corresponde a clorhidrato de cocaína, distribuida en distintas bolsitas de nylon, en una cantidad de 78,29 gramos de peso neto, no siendo destinada a un tratamiento médico o al uso personal exclusivo y próximo en el tiempo; que, estos hechos fueron hechos suyos por la sentencia oral en el considerando décimo; Quinto: Que, este hecho perpetrado durante la vigencia de la ley 19.366, fue sancionado de acuerdo al artículo 18 del Código Penal, de conformidad con la nueva ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, n. 20.000, promulgada a la fecha de la sentencia oral. Sexto: Que, la acusación sobre los hechos acreditados se remitió al delito establecido en el artículo 5 de la ley 19.366, sancionado en el artículo primero de la misma ley; y tales hechos se sancionaron conforme al artículo 4 de la ley 20.000, por contener una pena menos rigurosa; Séptimo: Que, el artículo 5 de la ley 19.366, establecía el denominado tráfico de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, sancionado en el artículo 1 según se tratara de sustancias o drogas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública o no, que se determinen por el reglamento que se indica en el artículo 49 de la ley 19.366, el decreto 565 de Justicia, de 26 de enero de 1996, que en su artículo 1º contempla la cocaína como sustancia o droga tóxica o dañina; Octavo: que, la ley 20.000, contempla este mismo delito de tráfico en el artículo 3, y el reglamento lo dispone en el artículo 63; Noveno: Que, por su parte, el artículo invocado en la sentencia oral, 4 de la ley 20.000 dispone que el que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes productoras de dependencia física o síquica o las materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos

primeros o segundo del artículo 1, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 UTM, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo; En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. Se entenderá que etc. Décimo: que, el artículo 1 Transitorio de la Ley 20.000, señala que esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la ley 19.366 continuará vigente para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal. Igual idea contiene en el artículo 59 la ley 19.366, en relación con la ley 18.403; Undécimo: Que, por otra parte el artículo 64 de la ley 20.000 dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1 Transitorio, derógase la ley 19.366. Toda referencia legal o reglamentaria a dicha ley debe entenderse hecha a esta ley; igual idea se contiene en el artículo 59 de la ley 19.366, que disponía derógase la ley 18.403. Toda referencia legal o reglamentaria a la ley 18.403 debe entenderse hecha a esta ley. Duodécimo: Que, la Constitución Política de Chile, de 1980, establece en su artículo 19, Nro. 3, que la Constitución asegura a todas las personas que ningún delito se castigará con otra pena que la que señala una ley promulgada con motivo anterior a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Por su parte, el artículo 18 del Código Penal dispone que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgase otra ley que exonere tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Décimo tercero: **Que, la disposición transcrita en el considerando noveno configura la creación de una variante del tipo penal de tráfico ya establecido, trasladando al artículo 4 de la ley 20.000 la autorización y la justificación que previene el inciso segundo del artículo 5 de la ley 19.366, y agregando como concepto fundamental el de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas;** **Décimo cuarto: Que, la retroactividad jamás podrá operar cuando la nueva ley crea un delito nuevo; en el caso presente estamos ante el mismo hecho de tráfico sancionado por la ley, pero incorporando el concepto de pequeñas cantidades;** **Décimo quinto: Que, es así como, el delito de tráfico de cocaína, sustancia contemplada prevista en el artículo 1 del reglamento, tanto en el artículo 5 de la ley 19.366, como en el artículo 3 de la ley 20.000 es sancionado con presidio mayor y multa de igual monto; Pero, al estimar la sentencia oral que el hecho establecido configuraba un tráfico de pequeña cantidad, permite que éste tráfico de cocaína que de otro modo debería ser sancionado con presidio mayor, lo sea con presidio menor y un monto de multa inferior. Y, en este evento, indudablemente, la pena por aplicar al hecho punible establecido será menor rigurosa;** **Décimo sexto: Que, por tanto, la sentencia recurrida, atendidas las reflexiones anteriores, no ha hecho una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que deberá rechazarse el recurso de nulidad que se ha interpuesto.** **Décimo séptimo: Que, a mayor abundamiento, las razones que esgrime al Ministerio Público sobre las condiciones socioeconómicas, para objetar la aplicación del tribunal oral del artículo 4 de la ley 20.000, constituyen una más entre otras de carácter netamente jurídicas en el considerando 12 de la sentencia, para considerar al hecho como de microtráfico;** Y, vistos, además, lo dispuesto en los artículos 352 y siguientes, 372 y siguientes se declara: Que, no se hace lugar, al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público a fojas 10, y que el juicio oral ni la

sentencia respectiva son nulos. Regístrese, comuníquese y devuélvase.
Redacción del Ministro don Jorge Ebersperger Brito. Pronunciada por la

Sra. Presidente doña Teresa Mora Torres, y Ministros Sres. Jorge Ebensperger Brito y Hernán Crisosto Greisse. Rol Nro. 74-2005.-

JG, Chillán, 07.02.05

AUDIENCIA DE REVISIÓN PRISIÓN PREVENTIVA

(Apercibimiento según arts. 26 y 31 del C.P.P.) El Sr. Defensor solicita que se revoque derechamente la prisión preventiva de su representado, por cuanto existirían nuevos antecedentes los que da a conocer al Tribunal y argumenta al respecto, requiriendo que esta sea sustituida por cualquier otra medida cautelar personal del art. 155 del C.P.P.

Por su parte, la Sra. Fiscal pide que se mantenga la prisión preventiva en perjuicio del imputado, por los fundamentos que expone.

EL TRIBUNAL RESUELVE

Habiendo oído a los intervinientes y teniendo presente:

1° Que el total de la droga incautada en poder del imputado ascendió a 5,2 grs. de clorhidrato de cocaína, distribuida al momento de su detención en 18 dosis.

2° Que el protocolo N° 6885 de fecha 14 de diciembre de 2004 emanado del Instituto de Salud Pública, rolante en la carpeta de investigación, informa que el polvo de coloración blanca analizado por dicha entidad arrojó positivo para cocaína y también para dipirona, paracetamol y cloruro; indicándose además que el principio activo de cocaína solo alcanzó un 1% de concentración.

3° Que el imputado, de 38 años de edad, sin anotaciones en su extracto filiativo, presenta un nivel socioeconómico de extrema pobreza, según da cuenta el informe social cuya lectura ha efectuado el Sr. Defensor en audiencia, lo que se condice con su calidad de vendedor de anticuchos y también con lo que se indicará en el siguiente considerando.

4° Que teniendo presente lo dispuesto en el art. 4 de la ley 20.000 promulgada el 3 de febrero del actual en relación al art. 62 del mismo cuerpo legal y 18 del C.P., como el **escaso nivel de concentración de clorhidrato de cocaína analizado en la droga incautada, deberá necesariamente estimarse, por ahora, la existencia de un microtráfico de cocaína,** vislumbrando, con ello, que el imputado Jiménez Mora podrá ser acreedor a beneficio alternativo de los previstos en la ley 18.216 en el evento de ser condenado, sin perjuicio de lo que pueda resolverse, en lo sucesivo, con el aporte de mayores antecedentes por parte de la Defensa.

Por estas consideraciones y en virtud de las normas referidas, en uso de las facultades que me otorga el art. 145 del C.P.P., resuelvo **SUSTITUIR LA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA** al imputado Jiménez Mora por las siguientes medidas cautelares del art. 155 del C.P.P.

C) MARIHUANA

TOP, Los Andes, 28.03.05

Los Andes, veintiocho de marzo del año dos mil cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha veintidós y veintitrés de marzo en curso, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, constituido por los jueces Robert Orchard Alarcón, Olga María Ortega Melo y Alonso Arancibia Rodríguez, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol único 040003024-K, rol interno del tribunal N° 01-2.005, seguida en contra de José Antonio Sánchez del Pozo, cédula nacional de identidad N°9.081.334-K, obrero, actualmente recluso en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad; Jaime Antonio Oliva Delgado, cédula nacional de identidad N°13.185.076-k, empleado, domiciliado en calle Uruguay N° 371, Los Andes, José Eduardo Reinoso Villarroel, cédula nacional de identidad N°15.818.366-8, empleado, domiciliado en Avenida Brasil N°530, Centenario, Los Andes y de Cynthia Paola Zárate Barraza, cédula nacional de identidad N° 11.730.334-9, comerciante ambulante, domiciliada en Uruguay N°371, Los Andes.

NOVENO: Que los hechos descritos en el considerando que antecede, constituyen el delito contemplado en el artículo 4° de la Ley N°20.000, al haberse acreditado que un grupo de sujetos, sin la competente autorización, poseía, adquiría, transfería, suministraba o facilitaba a cualquier título, guardaba o portaba pequeñas cantidades de sustancia o droga estupefaciente o psicotrópica, productora de dependencia física o síquica, con el objetivo de que fueran consumidas o usadas por otro, hechos cometidos en la ciudad de Los Andes, entre los días 20 al 29 de enero del año 2004. Que no obsta a la conclusión arribada, la circunstancia que los sujetos que incurrieran en la conducta descrita fueron consumidores de esa misma droga, ya que se logró establecer, más allá de toda duda razonable que en todos ellos incurrieron en a lo menos una de las figuras descritas en el tipo penal señalado.

DECIMO: Que, para arribar a la decisión de condenar a tres de los acusados, sin perjuicio de tener presente, que la defensa reconoció en la audiencia del juicio oral, la participación en los hechos descritos de tres de ellos, a saber José Sánchez del Pozo, Cynthia Zárate Barraza y José Reinoso Villarroel, ésta participación quedó establecida además por las declaraciones de los mismos acusados prestadas voluntariamente en la audiencia del juicio oral, determinándose que les cupo una participación de manera inmediata y directa, esto es en calidad de autores, del ilícito establecido en el motivo que antecede, y pudo ser colegida, además, de la prueba de cargo aportada por el Ministerio Público, también reseñada precedentemente.

Es así, que se comprobó que el acusado Sánchez del Pozo, frecuentaba la plaza en distintos horarios, y durante la totalidad del período observado **efectuó a lo menos seis transacciones de droga, la última de las cuales consistió en la entrega de un papelillo contenedor de marihuana al testigo Vargas Calderón, por la suma de \$1.000; siendo detenido momentos después por personal de la Policía de Investigaciones,** advirtiéndole el funcionario Pablo Hernández Concha que, el acusado Sánchez del Pozo, al momento de su detención lanzó al suelo dos contenedores de droga, incautándosele la suma de \$4.000 producto de las ventas del alucinógeno, y asimismo, que proporcionó a la acusada Zárate Barraza quince "pitos" de marihuana. Que en relación a Cynthia Zárate Barraza, y con las mismas pruebas reseñadas en el acápite precedente, se constató que recibió de parte de Sánchez del Pozo, quince "pitos" de marihuana, que frecuentaba la plaza Centenario a diversas horas, se cambiaba de ropa varias veces al día, guardaba la droga entre sus vestimentas, lugar desde donde la sacaba para comercializarla, que le hizo entrega a José Reinoso Villarroel de seis "pitos" de marihuana para que los vendiera, quien debía entregarle una suma de dinero determinada a cambio y que al momento de su detención, en el

Cuartel Policial hizo entrega voluntaria de un papelillo de droga, el cual sacó desde su sostén, como quedó establecido con la declaración de la funcionaria administrativa de dicha Policía, María Alejandra Quezada Martínez.

Por último, respecto a José Reinoso Villarroel, y con las mismas pruebas reseñadas en el acápite precedente, se logró determinar que este acusado frecuentaba la misma plaza Centenario, a diversas horas, se cambiaba constantemente de ropa en el mismo día, que recibió de parte de Cynthia Zárate seis "pitos" de marihuana, guardaba droga en distintos lugares cercanos a la plaza, y realizó, a lo menos en cuatro ocasiones transacciones del alucinógeno, el cual guardaba en una cajetilla de cigarrillos de color rojo.

DECIMO TERCERO: Que el Tribunal ha tenido en consideración que a la época de los hechos en que se funda la acusación, se encontraba vigente la Ley N°19.366, que sancionaba el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, sin embargo, en virtud del principio pro-reo, establecido en nuestra Constitución Política de la República en el artículo N°19 N°3 y en el artículo 18 del Código Penal, es procedente sancionar a los acusados de acuerdo a lo previsto en la Ley N°20.000, que entró en vigencia con posterioridad a la ocurrencia de los señalados hechos investigados, por contener esta Ley, penas más beneficiosas para ellos, toda vez que no se estima que la señalada Ley N°20.000 haya configurado un nuevo tipo penal, sino que por el contrario, únicamente especificó que al realizarse las conductas descritas con pequeñas cantidades de drogas, corresponde una sanción diferente, cual es, la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta unidades tributarias mensuales, situación que no contemplaba la Ley N°19.366, que sancionaba con la misma pena, a aquél que incurriere en la conducta ilícita de traficar, entendiéndose que tal actividad la realiza el que "sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten consigo tales sustancias....", sin hacer mención a alguna cantidad mínima determinada; concluyendo por lo tanto el Tribunal que los verbos rectores del tipo no fueron modificados y se mantienen los mismos señalados en la Ley derogada, entendiéndose por tales las conductas de "transferir, transportar, guardar, portar y suministrar", descritos en forma similar en ambos cuerpos legales.

TOP, Los Ángeles, 07.03.05

VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha 5 de marzo de 2005, ante la Segunda Sala Itinerante del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, integrada por las juezas doña Matilde Esquerré Pavón, quien presidió, María Francisca Durán Vergara y doña Ana María Hernández Hulin, se celebró la audiencia de juicio oral en causa RUC N° 0400233903-5, RIT N° 02-2005, seguida en contra de **BERNARDO ALFREDO BALBOA MENA, RUN N° 14.033.680-7**, chileno, soltero, comerciante ambulante, 24 años, domiciliado en Pasaje Talar n° 2, casa n° 957, letra F, Población Lo Elvira, Los Angeles.

Fue parte acusadora, el Ministerio Público, representado por los fiscales don Marcial Pérez Torres y Víctor Castro Muñoz, domiciliados en Avenida Alemania n° 201 de esta ciudad.

SÉPTIMO: Que este tribunal, analizando libremente las pruebas allegadas al juicio por el Ministerio Público y por la Defensa, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, según lo dispuesto por el artículo 297 del Código Procesal Penal, dará por establecido, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

Que el día 30 de junio de 2004, alrededor de las 11:40 horas, en esta ciudad de Los Angeles, Bernardo Alfredo Balboa Mena fue sorprendido en la vía pública por

personal de Carabineros de esta ciudad, en la intersección de las calles Tucapel con Villagrán, portando una bolsa plástica de color rojo con el logo de una tienda comercial, en cuyo interior habían ocho bolsas plásticas conteniendo una sustancia vegetal que resultó ser marihuana contenida en treinta y nueve envoltorios de papel, veinticinco de ellos conteniendo una sustancia vegetal que resultó ser marihuana prensada y catorce envoltorios con una sustancia vegetal que resultó ser marihuana elaborada, con un peso total de 179, 5 gramos y en el bolsillo de su casaca de cuero portaba ocho bolsas plásticas que contenían en total 2,5 gramos netos de una sustancia que resultó ser clorhidrato de cocaína ,sustancias todas que fueron encontradas y decomisadas por los funcionarios policiales que lo detuvieron.

DÉCIMO: Que los hechos establecidos en el considerando séptimo configuran el porte y transporte de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, constituyendo el delito de tráfico ilegal de sustancias o drogas estupefacientes sicotrópicas en la cantidad de 2,5 gramos de cocaína y 179 gramos de marihuana, previsto y sancionado en el artículo 4^a, inciso primero, de la Ley 20.000 y en él le ha correspondido al acusado Bernardo Alfredo Balboa Mena, una participación culpable de autor, por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata, directa y culpable.

Que el Tribunal ha aplicado las disposiciones del artículo 4° de la Ley 20.000, porque considera que los hechos materia de la acusación constituyen el porte de pequeñas cantidades de droga, circunstancia que encuadra en el nuevo tipo penal previsto en el referido artículo 4^a de esta nueva Ley N° 20.000, promulgada el 02 de febrero y publicada el 16 de febrero de 2005 que sustituye a la ley 19.366 y que mantiene el carácter punible del hecho por el cual se ha acusado a Balboa Mena, pero le impone un tratamiento mas favorable y que le otorga un positivo beneficio, al poder estimarse que la cantidad de droga portada por el encartado al momento de su detención eran “pequeñas cantidades”.

Lo anterior, además, porque nuestro sistema jurídico contempla una excepción a la irretroactividad de la ley penal, y ello acontece cuando con posterioridad a la comisión del hecho se promulgue una nueva ley que sea más favorable o benigna al acusado, según lo establece el artículo 18 inciso tercero del Código Penal, en la parte que señala “ si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima a tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”, principio que también consagra la Constitución Política de la República, de 1980 en su artículo 19, n° 3, inciso 7° que previene que “ ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, lo que se ha dado en llamar en doctrina como la “Retroactividad Benigna”.

De la misma manera, el artículo 1° transitorio de la Ley 20.000 establece que si bien es cierto que dicha ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, no lo es menos que en las normas relativas a las penas regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.

Establecido que, a juicio de estas sentenciadoras, y más allá de toda duda razonable y bajo convicción de haber valorado la prueba de una forma que no contradiga las reglas de la lógica, máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados y habiendo efectuado ese proceso lógico, han podido concluir que 2,5 gramos netos de cocaína y 179 gramos netos de marihuana, deben estimarse como “una pequeña cantidad” a que alude el artículo 4° de la Ley n° 20.000, y por ello debe aplicarse la nueva norma legal que contempla penas menos rigurosas (presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 unidades tributarias y accesorias legales). Y acorde a este razonamiento se llega a la conclusión que es procedente aplicar la excepción de irretroactividad de la ley penal, contemplada en el inciso 3° del

artículo 18 del Código Penal, por tratarse de penas más benignas que las contempladas en el artículo 1ª de la ley 19.366, a quienes se encuentren en la situación señalada en el artículo 5° inciso 2° de la misma ley.

II. SÍNTESIS HISTORIA ARTÍCULO 4º LEY 20.000 QUE INCORPORA FIGURA DE MICROTRÁFICO

A) REDACCIÓN FINAL ARTÍCULO 4º LEY 20.000:

Artículo 4º.- El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

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

Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

B) INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE SUBSTITUYE LA LEY N° 19.366, QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPÉFACIENTES Y SUBSTANCIAS PSICOTRÓPICAS/ BOLETÍN N° 2439-20 (Referencia específica artículo 4º Ley 20.000).

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia viene en informar, en cumplimiento del mandato entregado por la Sala, el proyecto de ley de la referencia, originado en un Mensaje de S.E. el Presidente de la República.

b) Artículo 3º.-

Ubicado en el mismo Párrafo 1º, dispone en su inciso primero que las penas señaladas en el artículo 1º se aplicarán también a los que trafiquen, a cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas; y a los que, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

Su inciso segundo presume autor de dicho tráfico “a quien, careciendo de la debida autorización, importe, exporte, transporte, adquiera, transfiera, substraiga, posea, suministre, **guarde o porte consigo** tales sustancias o materias primas, a menos que justifique que están destinadas a un tratamiento médico.”.

Proposición.

Los representantes del Ejecutivo señalaron que este artículo que se refiere al tráfico de estupefacientes, tal como está redactado, podía confundirse en el uso de dos de sus verbos rectores, vale decir, “guarde o porte”, con el tipo penal que describe el artículo 4º, el que sanciona el microtráfico, puesto que ambas figuras incluyen los términos “guarde o porte”.

Como consecuencia de lo anterior, sugirieron suprimir tales expresiones.

La Comisión acogió por unanimidad la supresión sugerida, quedando el inciso con la siguiente redacción:

“ Se presumirá autor de dicho tráfico a quien, careciendo de la debida autorización, importe, exporte, transporte, adquiera, transfiera, substraiga, posea o suministre tales substancias o materias primas, a menos que justifique que están destinadas a un tratamiento médico.”.

c) Artículo 4°.-

Este artículo, ubicado también en el párrafo 1°, dispone los siguiente:

“Si quien porte o posea tales substancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin su consumo personal exclusivo e inmediato, sufrirá las penas de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio.

“Si quien porte o posea tales substancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin el microtráfico, sufrirá las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.”.

Proposición.

Los representantes del Ejecutivo y los Diputados integrantes de la Subcomisión de análisis señores Bustos, Cardemil, Elgueta y Walker, luego de un largo debate, coincidieron en substituir este artículo por el siguiente:

“Los que porten o guarden consigo substancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, que no estén destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, serán sancionados con presidio menor en cualquiera de sus grados . Si la condena fuera a presidio menor en su grado mínimo, el tribunal podrá, con el consentimiento del condenado, substituirlo por participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas. El tribunal deberá indicar el tipo de actividades, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargado de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del condenado.

“Se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la cantidad de droga portada o guardada, no permita suponer que está destinada a su inmediato consumo o que de las circunstancias del porte, se desprenda el propósito de traficar a cualquier título.”.

Los representantes del Ejecutivo justificaron la substitución de este artículo en que sancionando el proyecto, al igual que la ley vigente, el consumo de drogas en lugares públicos o abiertos al público o en lugares privados previo concierto, como falta, entraba en conflicto con el texto propuesto por la Comisión Especial de Drogas, el que sancionaba como delito el porte de estupefacientes para consumo. Así por ejemplo, si alguien fuera sorprendido en la vía pública consumiendo una droga ilícita, se lo sancionaría como autor de una falta, pero si esa misma persona guardara entre sus ropas

un cigarrillo de marihuana, sería considerado portador y, en consecuencia, se lo castigaría como autor de un delito. La finalidad de la substitución propuesta obedecería a la necesidad de evitar este conflicto y de sancionar efectivamente el microtráfico de drogas.

Asimismo, el Diputado señor Walker señaló que los miembros de la Subcomisión de estudio, habían alterado en la forma que aparece propuesta por el Ejecutivo, aquella parte de la proposición original que colocaba el peso de la prueba de cargo del consumidor, quien debería demostrar que las sustancias que portaba o guardaba estaban destinadas a un tratamiento médico o a su consumo inmediato, como también, en el caso de que la pena fuere a presidio menor en su grado mínimo, es decir, 61 a 540 días, como sería remitida, podría darse lugar a una sanción alternativa en beneficio de la comunidad, contando con el acuerdo del condenado, posibilidad impracticable según el texto original.

La Comisión acogió esta proposición, por unanimidad.

C) RESUMEN EJECUTIVO INFORME COMPLEMENTARIO DEL SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, ACERCA DEL PROYECTO DE LEY QUE SUSTITUYE LA LEY Nº 19.366, QUE SANCIONA EL TRÁFICO ESTUPEFACIENTES Y SUBSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

OBJETIVOS PREINCIPALES DEL PROYECTO

2.- Sancionar el microtráfico de drogas en forma independiente, para evitar que quienes trafican con pequeñas cantidades no reciban sanción o sólo sean sancionados como consumidores, como ocurre en la práctica, en vez de ser castigados con las penas aplicables a los traficantes.

D) INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO(Cámara de Diputados) recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye la ley Nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacentes y sustancias sicotrópicas./BOLETÍN Nº 2439-20 (Referencia específica artículo 4º Ley 20.000)

HONORABLE SENADO:

En conformidad con lo acordado el 15 de abril de 2003, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros, en general y en particular, el proyecto de ley de la referencia, originado en un Mensaje de S.E. el Presidente de la República, quien ha hecho presente su urgencia, en carácter de "simple".

Concurrieron a las sesiones de la Comisión los Honorables Senadores señores Jaime Orpis y José Antonio Viera-Gallo; el Ministro del Interior, don José Miguel Insulza, el Subsecretario de dicha Cartera, don Jorge Correa, el asesor jurídico don Jorge Vives, la asesora del Consejo Nacional para el Control de Estupefacentes, señora Andrea Muñoz y el asesor jurídico del Ministerio de Justicia, don Mauricio Decap. Fue invitado, como asesor, el abogado señor Michel Dibán, quien es Consultor de Naciones Unidas y profesor de Carabineros de Chile en esta especialidad.

DISCUSIÓN EN GENERAL

El Subsecretario del Interior, señor Jorge Correa Sutil, destacó que el proyecto de ley en discusión se inserta en la lógica de que la actual Ley de Drogas ha tenido un adecuado funcionamiento y que lo que se requiere es efectuar ciertas modificaciones en algunos aspectos que, en la actualidad, no tienen una regulación apropiada.

Consideró que uno de los ejemplos más relevantes es el microtráfico de drogas, que, no obstante su aumento progresivo en la sociedad chilena, no tiene una normativa que facilite su sanción.

En efecto, agregó, las actuales disposiciones contemplan penas para el tráfico de drogas sin distinguir si se trata de grandes o pequeñas cantidades. Como esta conducta tiene asociada una penalidad importante, ante la existencia del tráfico de drogas en pequeñas cantidades, los jueces optan en muchas oportunidades por no sancionar la conducta o por sancionar a los inculpados como consumidores, es decir, con una pena baja, sobre la base de que las pequeñas cantidades están destinadas a su consumo personal.

En consecuencia, resulta de gran importancia regular esta materia en un delito específico, que permita sancionar con efectividad este tipo de tráfico, el cual se ha transformado en la forma de operación más importante que tienen muchos de los narcotraficantes, y de esta manera termine cierta tendencia judicial a estimar de que el porte de drogas se hace para el consumo.

ARTÍCULO 4°

Castiga a los que porten o guarden consigo sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, que no estén destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Si la condena fuera a presidio menor en su grado mínimo, el tribunal podrá, con el consentimiento del condenado, sustituirla por la participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas. El tribunal deberá indicar el tipo de actividades, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargado de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del condenado.

Concluye expresando que se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la cantidad de droga portada o guardada no permita suponer que está destinada a su inmediato consumo o que de las circunstancias del porte se desprenda el propósito de traficar a cualquier título.

El Ministro de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, señor Pavez, afirmó que la penalidad que establece la ley para los llamados narcotraficantes, debiera ser gradual, en el texto de la norma y no por aplicación de atenuantes. No resulta equilibrado que se condene con una sanción similar a quien tiene poca cantidad de droga con aquel que porta una cantidad mayor, como tampoco puede ser igual el reproche penal a un tenedor de droga en distintas ciudades del país, que a aquel que introduce estupefacientes a través de la frontera. Por la misma razón de buscar un equilibrio entre la conducta reprochable y el derecho del Estado a castigar penalmente, debería imponerse a los microtraficantes una pena que guarde relación con la cantidad de droga y actividad que esté realizando. No hay duda que, si un individuo es sorprendido vendiendo sustancias prohibidas, debe ser sancionado sin importar la cantidad, pero esta situación es distinta de aquel que tiene o porta tales sustancias y no expande el uso de ellas

El Asesor Regional Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito, señor Kristian Hölger, quien viajó especialmente para concurrir a la invitación de la Comisión, reconoció que uno de los principales problemas lo constituye la relación entre el tráfico, el microtráfico y la posesión para el consumo. Para configurar el microtráfico, una fórmula empleada ha sido la de señalar cantidades específicas. Otra, la de diferenciar entre las pequeñas y las grandes cantidades, en la que es preciso tomar en consideración también la pureza. Una tercera, el valor de la droga.

En lo personal, le parece adecuado distinguir entre el gran tráfico y el microtráfico, y, respecto de éste, no fijar un criterio único, sino de dar cierta flexibilidad, de manera de otorgar un mayor grado de apreciación al fiscal y al juez.

El Ministerio Público sostuvo que, teniendo en cuenta que no se hace referencia a la cantidad de droga involucrada y que quienes portan y, especialmente, quienes guardan consigo sustancias o drogas estupefacientes también pueden poseerlas, una misma conducta podría ser captada por los tipos penales de los artículos 3º y 4º, con penalidades diferentes.

Por tal razón, sería necesario dejar establecido claramente que portar o guardar consigo se refiere única y exclusivamente a pequeñas o escasas cantidades de drogas, las que pueden determinarse por su gramaje o número de dosis. De esta manera, por ejemplo, si un sujeto es sorprendido portando consigo 200 gramos de heroína, su conducta se encuadra en el artículo 3º y no en el 4º.

Carabineros de Chile señaló que, si bien la nueva norma concede al juez la posibilidad de calificar esta conducta, su existencia no aparece suficientemente diferenciada con la del delito de tráfico, ya que no determina cuáles serán los factores que permitan hacer un distingo claro y objetivo entre el primer delito y el microtráfico.

Con ello, añadió, se puede producir un efecto no deseado, cual es que actividades ilícitas que, por las cantidades incautadas perfectamente pueden ser constitutivas de tráfico -con penas de cinco años y un día a quince años- podrían ser calificadas por los sentenciadores como "microtráfico" y aplicar una pena mínima de sesenta y un días.

La Policía de Investigaciones de Chile opinó que el artículo constituye un avance en el control de este delito, ya que clarifica el tipo penal y contempla un mecanismo para ampliar la escala de penas, dando un mejor tratamiento al tráfico menor. La definición de la eximente de "uso personal exclusivo y próximo en el tiempo", es otro elemento positivo.

Agregó que la aplicación de medidas alternativas al cumplimiento de la pena ha sido relevante en otros países, ya que se consigue igualmente un efecto disuasivo y se evita una congestión en los recintos penitenciarios, con lo cual se favorece a los condenados que deben cumplir penas más altas.

El señor Subsecretario del Interior explicó que la conducta en análisis resulta especialmente compleja, ya que en el derecho comparado el microtráfico posee una sanción autónoma y en nuestro medio los jueces han estimado que la posesión de poca cantidad de droga no corresponde a la conducta de tráfico, sino que a la de consumo personal.

Teniendo en vista la finalidad de lograr una adecuada sanción de la conducta, una alternativa sería la de incluir en la disposición, además, la exigencia de que

se trate de pequeñas cantidades, junto con flexibilizar la pena. Lo esencial es sancionar el microtráfico, que es una de las conductas de mayor ocurrencia en la actualidad, pero no está considerada en forma especial en la ley.

La Comisión analizó ampliamente esta disposición, toda vez que la sanción del microtráfico constituye uno de los aspectos más difícil de enfrentar actualmente en el país.

En efecto, de acuerdo a los antecedentes que se le han entregado, cuando los tribunales de justicia han tenido que aplicar las rigurosas sanciones del tráfico a personas que portan pequeñas cantidades de droga y que son de escasos recursos, han optado, ya sea por sancionarlos como consumidores o bien, por estimar que no se ha acreditado el hecho. En ese sentido, resulta adecuado dar al juez un margen de apreciación a fin de que efectivamente sancione a las personas que incurren en estas conductas.

Para determinar la frontera entre el tráfico y el microtráfico le pareció insuficiente, desde este punto de vista, el concepto de "cantidad de droga" que se emplea en el inciso segundo, que apunta además a diferenciar el microtráfico del consumo. Estimó necesario incorporar, dentro del concepto de microtráfico, el hecho de que las conductas que lo configuran recaigan sobre "pequeñas cantidades" de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, a fin de precisar de mejor manera el hecho punible, desde el momento en que el microtráfico no presenta una distinción conceptual relevante con el tráfico y que la consecuencia de ambos es el riesgo para la salud de las personas.

El abogado señor Michel Dibán respaldó la inclusión de ese elemento, porque da cuenta de una situación suficientemente acotada. Sugirió comprender tanto las sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, como las materias primas que sirvan para obtenerlas, sin distinción si se trata de las denominadas drogas "duras" (por ejemplo, la cocaína) o de las llamadas "blandas", como la marihuana.

Sin perjuicio de ello, planteó sus dudas respecto de la tipificación autónoma del microtráfico, precisamente porque no existe claridad de que se trate de un delito distinto del tráfico ilícito de drogas o de sustancias sicotrópicas, toda vez que la diferencia entre ambos sería sólo la cantidad de droga comercializada, respeto de cuya determinación median hasta factores geográficos: en Santiago, por ejemplo, los jueces han adoptado la fórmula de estimar consumidor a quien porte o tenga hasta 20 o 30 gramos de droga.

Consideró que se aprecia mejor lo anterior si se comparte la idea de que los verbos rectores del microtráfico no deben consistir únicamente en portar o guardar consigo, sino que poseer y transportar drogas. Además, de aplicarse el criterio de privilegiar a quien lo hace en pequeñas cantidades, no debería excluirse el caso de quienes siembre, planten, cultiven o cosechen especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, que se sanciona en el artículo 11. Por ello, fue partidario de uniformar las penas aplicables a estos delitos, y considerar circunstancias atenuantes para aquellos casos en que la cantidad sea de escasa magnitud.

El señor Subsecretario del Interior estimó que la Ley de Drogas ha funcionado de manera adecuada, por lo que es inconveniente modificar la lógica sobre la cual se estructura, en circunstancias que la principal enmienda que se quiere realizar se refiere a la tipificación del microtráfico. Optar por una solución distinta pudiera significar que se generen problemas que en la actualidad no existen.

Estuvo de acuerdo, en cambio, en incorporar claramente, como elemento del tipo, el hecho de tratarse de pequeñas cantidades, que ofrece al tribunal un

margen de ponderación y es una fórmula más aconsejable que enumerar en la ley las sustancias y el gramaje que diferenciaría el microtráfico del consumo. Aceptó también la conveniencia de revisar la pena.

La Comisión, en definitiva, resolvió castigar al que, sin la competente autorización, posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º.

La incorporación de los verbos rectores “poseer” y “transportar” responde a la necesidad de armonizar, en mayor medida, el delito de microtráfico con el delito de tráfico, del cual ahora se independiza. Se consideró que esas dos conductas también pueden corresponder a microtráfico, a diferencia de las restantes que menciona el inciso final del artículo 3º, que sólo son susceptibles de configurar el tráfico: importar, exportar, adquirir, transferir, sustraer o suministrar tales sustancias. De esa manera se quiso evitar que la creación de esta figura, en forma autónoma, se preste para que los traficantes simplemente cambien sus modalidades y operen con pequeñas cantidades, para disminuir el riesgo frente a una eventual condena.

Como se infiere del acuerdo descrito, se considerará también microtráfico la realización de alguna de las conductas mencionadas respecto de materias primas que sirvan para obtener sustancias, sin diferenciar si éstas son de aquellas que producen dependencia física o síquica o de las que no producen tal efecto.

La Comisión estableció como pena el presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

La decisión de elevar el tramo inferior de la pena, propuesta en el proyecto, suprimiendo el presidio menor en su grado mínimo, tiene por objeto diferenciar con mayor claridad todavía la gravedad de esta conducta de la del consumo y acercarla al tráfico. Cabe recordar que la pena de éste es presidio mayor en sus grados mínimo a medio, en el caso de las llamadas “drogas duras”, la cual puede rebajarse en un grado, esto es, a presidio menor en su grado máximo, en el caso de las “drogas blandas”. La circunstancia de que esta última pena sea, a la vez, el tramo superior del microtráfico, persigue asimismo desincentivar el empleo generalizado de pequeñas cantidades por los traficantes.

El Honorable Senador señor Moreno previno que una interpretación muy amplia del concepto de “uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo” podría prestarse para eximir de responsabilidad a numerosos microtraficantes.

El abogado señor Dibán explicó que, si bien es un concepto normativo, incorporado en 1995, que debe ser interpretado en cada caso por el tribunal, hay elementos de juicio objetivos que permiten precisarlo. Por ejemplo, puede ser razonable que un consumidor habitual de cocaína posea o porte 2, 3 o incluso 5 gramos, de una pureza de hasta un 90%, pero si no es consumidor habitual, no se justifica que tenga esa cantidad de gramos, ni de ese porcentaje de pureza. En su aplicación práctica,

por lo mismo, el concepto no ha generado conflictos, ya que está relacionado con el tipo de droga, la necesidad que el individuo tenga de ella, su pureza, etcétera.

La Comisión, enseguida, impuso la misma pena al que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objeto de que éstas sean consumidas o usadas por otro.

La decisión de elevar el tramo inferior de la pena, suprimiendo el presidio menor en su grado mínimo, tiene por objeto diferenciar con mayor claridad todavía la gravedad de esta conducta de la del consumo. Consiguientemente, se eliminó la posibilidad de conmutación por trabajos en beneficio de la comunidad, que se mantiene, en cambio, para el consumo.

Por último, la Comisión estimó necesario facilitar la resolución del problema práctico que se le presentará al juez para distinguir entre el microtraficante y el consumidor cuando se sorprenda a una persona con una cantidad reducida de droga, sobre todo en aquellos casos en que concurren ambas calidades.

Para este efecto, hizo la salvedad de que se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título. Estimó innecesario reiterar, en este acápite, que debe tratarse de pequeñas cantidades de droga, puesto que es el supuesto sobre el cual descansa todo el artículo, como se desprende de los dos incisos anteriores.

Consideró que, de esa forma, se reducirá la posibilidad de que continúe ocurriendo lo que sucede hoy en día, en cuanto al uso de consumidores como microtraficantes por las organizaciones delictuales, como canal de distribución amparado por la impunidad que deriva de la actual interpretación judicial.

Se aprobó por la unanimidad de los integrantes de la Comisión, Honorables Senadores señores Aburto, Chadwick, Espina, Moreno y Silva.

E) INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA, recaído en el proyecto de ley que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas./BOLETIN N° 2439-20 (Referencia específica artículo 4º ley 20.000)

**HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS,
HONORABLE SENADO:**

Artículo 4º

La Honorable Cámara de Diputados castiga el denominado el "microtráfico", disponiendo que los que porten o guarden consigo sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, que no estén destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, serán sancionados con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si la condena fuera a presidio menor en su grado mínimo, el tribunal podrá, con el consentimiento del condenado, sustituirla por participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas. El tribunal deberá indicar el tipo de actividades, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargado de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del condenado.

Se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la cantidad de droga portada o guardada, no permita suponer que está destinada a su inmediato consumo o que de las circunstancias del porte, se desprenda el propósito de traficar a cualquier título.

El Honorable Senado reemplazó el precepto, porque estimó necesario consignar que las conductas constitutivas de "microtráfico", a las cuales agregó las de poseer y transportar, han de efectuarse sin la competente autorización y deben recaer sobre "pequeñas cantidades" de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas o, también, de materias primas que sirvan para obtenerlas. Amplió el tipo a quien adquiera o proporcione estas sustancias, drogas o materias primas para que sean consumidas o usadas por otro. En lo que respecta a las penas, con el objetivo de diferenciar con mayor claridad la gravedad de esta conducta en relación con la del consumo, suprimió la de presidio menor en su grado mínimo y agregó la de multa, eliminando la posibilidad de conmutarla por trabajos en beneficio de la comunidad.

La norma aprobada por el Senado es del siguiente tenor:

"Artículo 4º.- El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

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

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

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

En el tercer trámite constitucional, la Honorable Cámara de Diputados estimó que, al suprimir el grado mínimo de la pena privativa de libertad (elevando por consiguiente la pena base de 61 días a 541 días), la sanción podía ser considerada por los tribunales excesivamente alta, lo que podría inclinarlos a juzgar a los imputados por mero consumo, como ocurre en la actualidad. En ese sentido, consideró que la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados ofrece mayor flexibilidad frente al hecho de que no se diferencian los efectos que produzca la droga de que se trate, como ocurre con el artículo 1º.

Se sostuvo también que, en el inciso primero del artículo, se está invirtiendo el peso de la prueba, pues se exige al imputado justificar que la droga que se encuentre en su poder estaba destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

El Subsecretario del Interior, señor Correa, indicó que no tiene reparos al grado superior de la pena, pero preferiría ampliarla en el tramo inferior, para dar un mayor margen a la ponderación del juez. La situación no es igual cuando el imputado tiene una cantidad pequeña de marihuana que cuando tiene la misma cantidad de cocaína. Otra solución sería distinguir si se trata de drogas más o menos dañinas, desde el punto de vista de los efectos que causan.

El Honorable Senador señor Viera-Gallo consideró que la pena se justificaría para los reincidentes, pero es muy drástica para los “primerizos”, a los que se debería dar un trato distinto.

El Honorable Diputado señor Bustos coincidió con que el tramo inferior de la pena privativa de libertad es alto, y se debería seguir la lógica del artículo 1º, en orden a distinguir entre las distintas drogas, considerando los efectos tóxicos o el daño a la salud.

En cuanto a la pena de multa, como generalmente se aplicará a personas pobres, que no la pueden pagar, es partidario de suprimirla, y, eventualmente, establecer otra sanción.

Además, discrepó de la redacción que dio el Senado a la excepción de consumo en el inciso primero, porque invierte la carga de la prueba: el que sea sorprendido con la droga debe probar que está destinada a su uso personal u ordenada por un tratamiento médico. En esta parte, prefiere la redacción aprobada por la Cámara de Diputados.

El Honorable Diputado señor García-Huidobro sostuvo que todas las redes de tráfico de drogas operan necesariamente a través de microtraficantes, porque nadie le compra a un mayorista. Por ello, se mostró partidario de medidas drásticas y compartió la supresión del trabajo comunitario, que no ha funcionado en la práctica, pese a las diversas leyes que lo contemplan.

Estimó peligroso distinguir entre los tipos de drogas en este artículo, porque el mismo criterio, en rigor, debería extenderse en forma generalizada a todos los delitos de esta ley.

El Honorable Diputado señor Bayo indicó que, efectivamente, hay muchas drogas que no provocan dependencia. El listado de sustancias se encuentra en el reglamento y en él se distingue según el daño o la dependencia que causan. Pero en el mundo está superada la distinción entre drogas “duras” y “blandas”, porque el consumo es

una escala siempre progresiva, que comienza por las drogas llamadas “blandas” y luego deriva a las “duras”, de modo que, con mayor precisión, la diferencia debe hacerse entre drogas adictivas y no adictivas.

El Honorable Diputado señor Riveros afirmó que los principales aspectos sobre los cuales debería pronunciarse la Comisión Mixta se refieren a la conveniencia: de dar un mayor margen al juez en la determinación de la pena, particularmente en el tramo inferior; de revisar la pena de multa y de evitar la alteración del peso de la prueba.

Advirtió que, en lo que concierne a la multa, se ha argumentado que esta sanción permite evitar que el microtraficante tenga recursos para mantenerse desarrollando tal actividad ilícita. En su opinión, ocurrirá precisamente lo contrario, porque la multa se aplica cuando la persona es condenada, es decir, generalmente después de un prolongado lapso de prisión preventiva, debido a lo cual no tendrá recursos para pagarla. Esta situación se presta para que los narcotraficantes le ofrezcan enterarla, a cambio de seguir contando con sus servicios a futuro.

El Honorable Senador señor Espina destacó, en lo que respecta a la pena privativa de libertad, que la ley actual, que no contempla la figura del “microtráfico”, castiga a las personas que la realicen como autores de tráfico, con una pena mínima de 5 años y 1 día. La Cámara de Diputados fija la pena mínima en 61 días y el Senado en 541 días. Si la persona logra acreditar dos o más atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo, de acuerdo a las reglas generales, por lo que, en tal caso, si se acoge el criterio del Senado, el imputado recibirá 61 días. Consideró que bajar más la pena es inaceptable, porque, con el mismo mecanismo legal, si se fija 61 días como pena base, en el hecho no se aplicará ninguna sanción efectiva.

Sostuvo, por otro lado, que la revisión de la permanencia de las multas dentro del sistema de penas debería plantearse en un proyecto de carácter general, donde pueda estudiarse a fondo el tema y la posibilidad de sustituirlas por otras medidas. No es oportuno plantearla en este proyecto, donde, además, con las multas se pretende extraer del círculo del narcotráfico dineros que fueron obtenidos, precisamente, mediante la venta de drogas.

En cuanto a la inversión en la carga de la prueba que se invoca, observó que, tanto la Cámara como el Senado, describen la conducta de “microtráfico” y excepcionan el caso de que la droga esté destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Como, en general, la posesión, transporte, guarda o porte de droga es ilícita, es lógico que quien deba probar la excepción, sea quien la alegue.

La Comisión Mixta resolvió aprobar el texto del Senado, salvo tres materias, que acordó votar separadamente: la pena privativa de libertad en su tramo inferior; la pena pecuniaria y la eventual alteración del peso de la prueba.

Así se acordó, con los votos de los Honorables Senadores señores Cordero, Espina, Orpis, Viera-Gallo y Zaldívar, don Andrés, y de los Honorables Diputados señores Bayo, García-Huidobro y Riveros.

Sometido a votación el tramo inferior de la pena aplicable al delito de “microtráfico”, se aprobó por la misma unanimidad la propuesta del Senado, esto es, presidio menor en su grado medio.

A continuación, se abrió debate sobre la pena de multa, que el Senado establece de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales.

El Honorable Diputado señor Riveros sostuvo que el argumento de demostrar dureza frente al “microtráfico” está respaldado por la unanimidad de la Comisión Mixta, al aprobar la pena privativa de libertad propuesta por el Senado. Tratándose de la multa, en cambio, entran a jugar consideraciones sociales y de eficacia de la pena, que aconsejan suprimirla o reemplazarla por otra sanción.

El Subsecretario señor Correa afirmó que el microtráfico es una figura nueva, en la que pueden encontrarse personas que forman parte de la banda de traficantes, que van armados y son sumamente peligrosos; distribuidores finales de grandes organizaciones criminales e, incluso, adictos enfermos que venden para costear su vicio.

En este contexto, la aplicación de una multa resulta muy complicado, sobre todo cuando se hace efectiva luego de transcurrido largo tiempo de prisión preventiva, al cabo del cual la persona ya no tiene recursos suficientes. Es el caso de quienes provienen de Perú o Bolivia, a los cuales no se puede expulsar porque deben cumplir su pena y que, al no tener a nadie más a quien recurrir en el país, quedan a merced de la banda que los indujo al “microtráfico”. Por ello, preferiría suprimir la multa en esta figura, conmutarla por trabajo comunitario o suspender la obligación de pago respecto de las personas “primerizas” o de escasos recursos.

El Honorable Senador señor Zaldívar, don Andrés, compartió ese punto de vista, señalando que es preciso buscar mecanismos imaginativos para afrontar el problema social que se deriva del cumplimiento de la pena. De mantenerse la multa, se podría ampliar los márgenes de sus montos o dar al juez la facultad para conmutarla por otra pena.

El Honorable Senador señor Espina hizo presente que los problemas aludidos se pueden abordar mediante el artículo 70 del Código Penal, el cual otorga facultades al juez para que, en casos calificados, imponga una multa de monto inferior al señalado en la ley, e incluso, autorice el pago por parcialidades, hasta dentro de un año.

Puesta en votación la pena de multa aprobada por el Senado, fue aprobada por mayoría de votos. Votaron a favor los Honorables Senadores señores Cordero, Espina y Orpis y los Honorables Diputados señores Bayo y García-Huidobro; en contra lo hicieron los Honorables Senadores señores Viera-Gallo y Zaldívar, don Andrés, y el Honorable Diputado señor Riveros.

La Comisión Mixta acogió luego la solicitud de reapertura del debate que formularon algunos de sus señores integrantes.

El Honorable Senador señor Viera-Gallo planteó la posibilidad de suprimir la aplicación de multas a la persona que delinque por primera vez y, en su defecto, rebajar el monto mínimo de la multa, que asciende a más de \$300.000.

El Honorable Diputado señor Riveros estimó que el otorgamiento de alguno de estos beneficios, o la conmutación por trabajos comunitarios, no favorecería a los traficantes ni a los microtraficantes que reincidan, a quienes se supone vinculados más fuertemente al narcotráfico, sino que solamente a los “primerizos”, precisamente para evitar que la multa les sea pagada por las mafias y después no puedan salir de ese círculo.

Los Honorables Senadores señores Espina y Orpis no estuvieron de acuerdo con suprimir la multa o reemplazarla por otra pena, por estimar que sería un retroceso en los avances del proyecto, al hacer más difícil que se sancione efectivamente a un narcotraficante, sea pequeño o grande. El “microtráfico” es la red de distribución de los narcotraficantes y es preciso cortar esa cadena, porque es la forma en

que hacen llegar la droga a la población. Por lo demás, se tiende a mostrar al microtraficante como muy pobre, cuando en realidad gana más que muchos trabajadores.

Al ponerse en votación el mantenimiento de la multa ya aprobada, fue acogido por mayoría de votos. Se pronunciaron a favor los Honorables Senadores señores Cordero, Chadwick y Espina y los Honorables Diputados señores Bayo y García-Huidobro, y votaron en contra el Honorable Senador señor Viera-Gallo y los Honorables Diputados señora Soto y señores Bustos y Riveros.

Finalmente, se sometió a votación la redacción dada por el Senado a la excusa, consistente en que el autor de la conducta punible justifique 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.

Fue aprobada, al registrarse los votos a favor de los Honorables Senadores señores Cordero, Espina, Orpis, Viera-Gallo y Zaldívar, don Andrés, y de los Honorables Diputados señores Bayo y García-Huidobro. Se abstuvo el Honorable Diputado señor Riveros.

F) INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DROGAS SOBRE EL PROYECTO QUE SUSTITUYE LA LEY N° 19.366, QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS.

Honorable Cámara:

La Comisión Especial de Drogas pasa a informar sobre el proyecto de ley del rubro, iniciado en un mensaje de S. E. el Presidente de la República.

Para el estudio de esta iniciativa, se contó con la participación del Fiscal Nacional, señor Guillermo Piedrabuena; del Director Ejecutivo de la Fiscalía Nacional, señor Pablo Lavares, de la abogada Jefa del Departamento de Control de Tráfico Ilícito de Estupeficientes del Consejo de Defensa del Estado, señora María Teresa Muñoz, de los abogados de ese Departamento señora Soledad Alonso y Hernán Peñafiel; del Mayor de Carabineros señor Luis Urzúa, del abogado del Ministerio de Justicia señor Pablo Lagos y de los abogados del Ministerio del Interior señores Jorge Vives y Gonzalo García, y del Consejo Nacional para el Control de Estupeficientes señora Andrea Muñoz y Mario Palma.

Artículo nuevo, que pasa a ser 4°.

Se formularon las siguientes indicaciones.

a) Del Diputado señor Orpis, para agregar el siguiente artículo 4°, nuevo:

“Artículo 4°.- Si quien porte o posea tales sustancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin su consumo personal exclusivo e inmediato, sufrirá las penas de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio.

Si quien porte o posea tales sustancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin el microtráfico, sufrirá las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.”

b) De la Diputada señorita Sciaraffia y del Diputado señor Rincón, para agregar el siguiente artículo 4°, nuevo:

“Artículo 4°.- Los que posean, porten o guarden consigo sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, sin que justifiquen fundadamente que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo o próximo en el tiempo, serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo.

El consumo de drogas, tanto en lugares públicos como privados, estará regulado por el artículo 48. No obstante, se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo cuando la cantidad de droga poseída, portada o guardada haga irracional su inmediato consumo o que se desprenda de las circunstancias del porte su disposición para la venta.”

Respecto a la primera indicación, se hizo presente que para entender su fundamento es necesario tener presente las características del microtráfico. En los microtraficantes, siempre se da una doble condición: el ser consumidor y traficante en pequeñas cantidades.

El nuevo artículo pretende evitar que los jueces tiendan a calificar a los microtraficantes como consumidores evitando sancionarlos por tráfico de drogas. La norma propuesta aborda el problema de la droga en forma severa, por lo que cierra los caminos a toda forma de distribución, propone sancionar el porte para consumo como un delito con una pena inferior y deja encomendada al juez la determinación de la intención de la posesión o porte de drogas, ya que, si por la cantidad portada o poseída y de las circunstancias se desprende en forma inequívoca que es para traficar, la pena se aumenta en un grado.

Esta disposición no sanciona el consumo público como delito, sino como falta. Lo que sí pretende es que la persona que además de consumir, tiene en su poder tres o cuatro papelillos de droga, sea sancionada por porte o posesión de drogas.

Finalmente, se precisó que el objetivo de esta indicación es cortar la cadena de distribución. La realidad que se vive en las poblaciones y en las grandes ciudades es que los microtraficantes portan de tres a cuatro papelillos y, además, comúnmente, son consumidores. Por ello, la tendencia es aplicarles sanciones como consumidores y no por tráfico.

A su vez, o anterior se rebatió señalando que la diferencia del planteamiento es muy sutil, puesto que todo consumidor, en el momento dado, deberá portar o poseer para después consumir. Se destacó que la adquisición de drogas para consumo supone, en la mayor parte de los casos, un porte, puesto que, por la forma en que se adquieren, lo más seguro es que el comprador no las consuma en el mismo lugar donde las compró, sino en otro, razón por la cual no se concuerda con la indicación

Por otra parte, respecto de la segunda indicación, ella recoge el problema y la situación que se viven en las poblaciones en cuanto al microtráfico. Así están consagrados en ella, al final de su inciso segundo, al señalar “o se desprenda de las circunstancias del porte su disposición a la venta”, ya que, si bien sus autores no son partidarios de sancionar a los consumidores, sí han tenido presente la realidad de los microtraficantes que son consumidores y a la vez traficantes.

Se destacó también que de los términos de esta indicación se puede inferir que, bajo ciertas circunstancias, el porte o posesión no es para consumo, sino para tráfico, por lo que se otorgan atribuciones a los jueces para que determinen la sanción, ya sea al consumidor, aplicando la penas de falta, o, cuando sea por tráfico, aplicando la pena señalada de este artículo nuevo que se propone.

- Puesta en votación la indicación signada con la letra a), **se rechazó por tres votos a favor, cuatro en contra y una abstención.**

- Sometida a votación la indicación signada con la letra b), **fue aprobada por cuatro votos a favor y tres abstenciones.**

El epígrafe del Párrafo 2° fue aprobado por asentimiento unánime, sin discusión.

G) SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DROGAS SOBRE EL PROYECTO QUE SUSTITUYE LA LEY N 19.366, QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS/BOLETÍN N° 2439-20-2

Artículo 4°.

Esta disposición establece que: "Los que posean, porten o guarden consigo sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, sin que existan fundamentos que justifiquen que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo o próximo en el tiempo, serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo.

El consumo de drogas, tanto en lugares públicos como privados, estará regulado por el artículo 55. No obstante, se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo cuando la cantidad de droga poseída, portada o guardada haga irracional su inmediato consumo o se desprenda de las circunstancias del porte su disposición para la venta."

Se presentaron las siguientes indicaciones:

1. Del señor Orpis, para reemplazarlo por el siguiente:

"Artículo 4°.- Si quien porte o posea tales sustancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin su consumo personal y exclusivo e inmediato, sufrirá las penas de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio.

Si quien porte o posea tales sustancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como el fin el microtráfico, sufrirá las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo."

2. Del Ejecutivo para reemplazar, en el inciso primero, a continuación de la palabra "exclusivo", la disyunción "o" por la conjunción "y".

3. De las Diputadas señoras Pollarolo y Soto y de los Diputados señores Cornejo, don Patricio; Delmastro, Díaz, Espina, García-Huidobro, Jarpa, Letelier, don Felipe, y Reyes para intercalar, en el inciso primero, entre las palabras "consigo" y "sustancias" la expresión "o en otro lugar".

4. Del Ejecutivo, para eliminar, en el inciso segundo, la frase "El consumo de drogas, tanto en lugares públicos como privados, estará regulado por el artículo 55.", y reemplazar la expresión "la venta" por la frase "el tráfico a cualquier título". En el debate se expresó desacuerdo con esta disposición, ya que no sanciona de manera efectiva el llamado microtráfico, puesto que los microtraficantes, si bien constituyen el último eslabón de la cadena de distribución, son parte de verdaderos carteles de

traficantes y cada día utilizan nuevas estrategias para vender la droga. Actualmente no portan la droga, sino que ella está oculta en otros lugares, por lo que al vendedor se le paga y la droga es retirada en otro lugar, de manera tal que la norma contenida en el proyecto no será efectiva en la represión de estas conductas.

Por otra parte, se hizo presente que si bien es necesario sancionar el tráfico de drogas, incluido el microtráfico, ello no puede llevar a que se sancione a los consumidores, tal como se propone en términos prácticos en la indicación del Diputado Orpis.

La representante del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes manifestó su concordancia con establecer sanciones para el llamado microtráfico, pero sostuvo que no se puede apoyar una proposición que sancione el consumo como delito y no como falta.

Insistió en que la solución podría estar en el inciso segundo de este artículo, que concede a los jueces atribuciones para calificar la situación en que una persona porte o guarde droga.

Cerrado el debate y puesta en votación la indicación signada con el número 1, **fue aprobada por cinco votos a favor, tres en contra y una abstención.**

En consecuencia, las demás indicaciones se dieron por rechazadas.

H) INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DROGAS SOBRE LAS MODIFICACIONES DEL H. SENADO AL PROYECTO QUE SUSTITUYE LA LEY 19.366, QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS/BOLETÍN N° 2439-20

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión Especial de Drogas pasa a informar las modificaciones del H. Senado al proyecto de ley, de origen en un mensaje, que sustituye la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Boletín 2439- 20).

En sesión 34ª, de 19 de agosto de 2004, la H. Cámara acordó enviar el proyecto para informe de esta Comisión, conforme lo establecido en el artículo 119 del Reglamento de la Corporación, para ser despachado a más tardar el 7 de octubre de 2004.

ANÁLISIS DE LAS ENMIENDAS Y RECOMENDACIONES PROPUESTAS

El artículo 4º de la H. Cámara que se mantiene como artículo 4º del H. Senado.

Respecto de este artículo que crea la figura penal del “microtráfico”, se produjo controversia en la Comisión acerca de los siguientes temas:

Tipo penal del microtráfico

En materia de tipos penales, la gran innovación de la ley en proyecto consiste en establecer la figura del “microtráfico”. En la actualidad el tráfico se castiga con penas que en su rango inferior alcanzan los 5 años y un día, las cuales son consideradas excesivas por los jueces, por lo que terminan sancionando como consumidores a quienes portan pequeñas cantidades de droga o trafican con ellas.

El Senado introdujo dos cambios en este nuevo tipo penal, que el Subsecretario del interior expresó que el Ejecutivo estima razonables.

El primero consiste en agregar a la descripción de la conducta típica el hecho de tener o portar consigo la droga, lo que en su opinión perfecciona el tipo.

El segundo apunta a aumentar la pena asignada al delito, que la Cámara de Diputados había fijado en un mínimo de 61 días, elevándola en su grado inferior a 541 días.

Asimismo, mientras la Cámara de Diputados fue partidaria de que esta pena pudiera ser sustituida por la de trabajo comunitario, el Senado optó por suprimir esa posibilidad.

Se dijo en la Comisión que si bien el Ejecutivo no propugna este último cambio, pues puede llevar a que los jueces sigan sancionando a título de consumidores a los microtraficantes, por estimar que la pena de 541 días es todavía demasiado alta, debe tenerse presente que ésta no impide acceder a beneficios como la libertad condicional, la reclusión nocturna u otros de la ley N° 18.216, aunque el tema es debatible, porque la pena de 61 días igualmente permite que los jueces califiquen el delito atendiendo a la cantidad de droga que el individuo porta consigo, pero se insistió en que al Ejecutivo no le parece excesivamente drástico elevar el mínimo de la pena a 541 días.

En opinión de CONACE, el nuevo tipo penal de microtráfico constituye una figura interesante, porque a la conducta de portar consigo la droga se agrega el calificativo de "pequeñas cantidades", lo cual hace posible diferenciarlo del gran tráfico que está más arriba en el proyecto; pero además deja la flexibilidad suficiente para que los jueces puedan determinar cuándo se está en presencia de esas pequeñas cantidades y no se establece gramaje ni ninguna otra medida. Esta es una decisión difícil, pues supone confiar en el buen criterio judicial, pero que al CONACE le parece adecuada.

Igualmente, la asesoría jurídica del CONACE subrayó que, si bien el Senado elevó el mínimo de la pena aplicable al microtráfico de 61 a 541 días, ello no impide la aplicación de las medidas de cumplimiento alternativo contempladas en la ley N° 18.216 respecto de los primerizos. Éstas sólo se dejan de aplicar cuando hay reincidencia, lo cual constituye un buen contrapeso.

Sobre el peso de la prueba

Se estimó por algunos señores Diputados que en el inciso primero del artículo 4° se estaba invirtiendo el peso de la prueba, pues se exige al imputado justificar que la droga que se encuentre en su poder está destinada a un tratamiento médico o a su consumo personal exclusivo.

En contra de esta objeción, se dijo que no hay una inversión del peso de la prueba, toda vez que el inciso final del artículo 4° agrega cuándo se entiende que no concurren las circunstancias de autoconsumo y señala varios factores que los jueces van a valorar de acuerdo a las pruebas que se logre recopilar, que sean indiciarias del propósito de traficar y demuestren que no se trata de un uso o consumo personal exclusivo.

Por otra parte, se destacó que la norma agrega otros elementos que el juez deberá tomar en cuenta para distinguir entre consumo y microtráfico. En efecto, aparte de la cantidad de droga que se porta, el Senado agregó el elemento pureza o calidad de la misma, lo cual no es indiferente, porque no es lo mismo portar pequeñas cantidades de heroína de alta pureza, de la cual pueden extraerse varias dosis, que de una droga de menor calidad, que pueda presumirse destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

La Comisión por mayoría de votos (cinco a favor, dos en contra y una abstención) acordó recomendar la aprobación de las modificaciones propuestas por el H. Senado al artículo 4° del proyecto.