

**Análisis de los problemas de interpretación del tipo contenido en
el artículo 4° de la Ley N°20.000 atendido a la voz legislativa
“pequeñas cantidades”: ¿Una afectación a los principios de legalidad
penal e igualdad ante la ley?**

TESIS DE PREGRADO ESCUELA DE DERECHO

Autores: Tania Margarita Obreque Hidalgo

Tomás Maximiliano Lobos Cornejo

Profesor guía: Felipe Alonso González Hernández

Disciplina principal: Derecho Penal

Disciplinas secundarias: Derecho Procesal Penal, Derecho Constitucional

Valparaíso, 09 de enero, 2023

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
BREVE HISTORIA DE LA LEY N°20.000	4
MICROTRÁFICO Y TRÁFICO ¿SON DELITOS DISTINTOS?	6
¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR “PEQUEÑA CANTIDAD”?	10
“PEQUEÑA CANTIDAD” COMO CONCEPTO O PRINCIPIO REGULATIVO... ..	11
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.....	18
CRITICA A SENTENCIA 2005/2005 CORTE SUPREMA.....	29
“PEQUEÑA CANTIDAD” Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IGUALDAD ANTE LA LEY	34
RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	35
RELACIÓN CON LA IGUALDAD ANTE LA LEY	40
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS	43
SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	43
SENTENCIAS TRIBUNALES PENALES.....	44
CONCLUSIÓN	47
BIBLIOGRAFÍA.....	50

Tabla de abreviaturas

1. CPR: Constitución Política de la República.
2. CPP: Código Procesal Penal.
3. CP: Código Penal.
4. JG: Juzgado de Garantía.
5. TJOP: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.
6. ICA: Ilustrísima Corte de Apelaciones.
7. CS: Corte Suprema.
8. TC: Tribunal Constitucional.
9. MP: Ministerio Público.

INTRODUCCIÓN

La incorporación de la Ley N°20.000, trajo consigo la figura del microtráfico, la cual no ha estado exenta de problemas, entre las cuales se encuentra la relación de su identidad con el delito de tráfico concentrado en el artículo 3° de la misma, y principalmente, y el que nos avocará nuestro estudio, la indeterminación del concepto “*pequeñas cantidades*”.

Este elemento, es un concepto conflictivo, pues como se verá, queda entregado a la interpretación y discrecionalidad del juez, quien lo termina de dotar de contenido.

En los siguientes apartados, haremos un análisis jurisprudencial para conocer cuál ha sido el tratamiento judicial que han tenido los delitos de tráfico y microtráfico, donde investigaremos la actividad desarrollada por los tribunales como consecuencia del ejercicio de la facultad entregada por la ley para la interpretación del concepto “pequeña cantidad”.

De lo anterior, veremos la problemática que el juez, ha echado mano a un sinfín de elementos con el propósito de dotar de contenido este concepto, valiéndose no solo del criterio cuantitativo referido a la cantidad de las sustancias, sino también, de elementos cualitativos,

donde se toman en consideración no solo las circunstancias del delito, sino que también, características propias del imputado, e inclusive, que en base a circunstancias similares, otorga calificaciones jurídicas distintas, lo cual nos lleva a vulneraciones de ciertas garantías constitucionales.

BREVE HISTORIA DE LA LEY N°20.000

En el año 1999, se presenta el proyecto de Ley N°20.000, que es enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional el día 2 de diciembre en el mensaje N°232-341. Su trámite legislativo, tuvo una duración de 5 años, entrando en vigencia el día 16 de febrero del año 2005, sustituyendo finalmente la Ley N°19.366.

Este proyecto de ley, surge a raíz de la necesidad de adecuar a su antecesora a las actuales exigencias de la realidad nacional, debido al auge de estos ilícitos *“y al dinamismo a que se vieron enfrentados jueces y policías en su lucha contra este delito”*¹, así como también, adaptarla a los cambios que el país enfrentaba en su ordenamiento jurídico e institucional penal, pues coincidió con la consagración del nuevo Código Procesal Penal, que generó un cambio de paradigma, pasando de un sistema inquisitivo por uno de corte acusatorio, y con la creación del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública.

Ahora bien, la Ley N°19.366 era juicio de ciertas falencias, sus críticas principalmente se acentuaban con la rigidez de las penas que establecía para los traficantes de drogas, no diferenciando con aquellos que traficaban pequeñas cantidades de éstas. En este sentido, *“dichas penas aparecen desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de drogas, como aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes”*.² Esta situación, generaba que los jueces para disminuir la pena, tuvieran que valerse de alguna atenuante para no aplicar los cinco años y un día -que correspondía a la pena mínima establecida por la ley-, o bien, teniendo que sobreseer o sancionar bajo el tipo del autoconsumo.

¹ Concha, N. A. (2010). Evolución normativa del derecho chileno en materia de tráfico ilícito de drogas. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (N°45), p.163.

² Presidente de la República, Mensaje N°232-341, en historia de la ley 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional, diciembre de 1999, p. 6.

La escala de penas que contemplaba la ley era muy rigurosa e inflexible, pues no otorgaba al juez la posibilidad de aplicar una sanción menor atendiendo a las circunstancias del delito ni a la cantidad de droga decomisada. Debido a lo anterior, es que nace el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades psicotrópicas o estupefacientes, que corresponde al actual artículo 4° de la Ley N°20.000, solucionando así, el problema de la falta de proporcionalidad de las penas advertida durante la vigencia del artículo 5° de la Ley N°19.366.

El artículo 4° de la Ley N°20.000, utiliza el concepto “*pequeña cantidad*” como elemento diferenciador de la conducta de tráfico del artículo 3° de la misma ley, siendo la cantidad de las sustancias traficadas un elemento típico relevante para determinar la tipicidad de las conductas de tráfico.

No obstante, de acuerdo con la historia fidedigna de la ley, en la discusión del proyecto de la Ley N°20.000, se advierte que los legisladores no tenían una clara línea de argumentación a seguir para la tipificación del delito de “microtráfico”, pero sí se manifiesta la idea de evitar que el pequeño traficante fuese condenado como traficante o como consumidor o, simplemente, quedase sin sanción.

No se identifica en la discusión una búsqueda por proteger al posible consumidor y la salud del mismo, esto “*porque tampoco se pretende protegerlo, sino perseguir, sin los límites trazados por los principios penales ni escrúpulos de racionalidad, comedimiento y humanidad, a todos los que intervienen en el circuito de la droga*”.³

En la primera sesión de constitución de la Cámara de Senadores, se discute acerca de cómo diferenciar las figuras del tráfico y microtráfico de drogas, ya que hasta ese punto del proceso legislativo, éstas no tenían un elemento distintivo claro, a raíz de esto, interviene el invitado de la comisión, 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. Éste señala que para configurar el microtráfico, algunas de las fórmulas empleadas han sido: señalar cantidades específicas; diferenciar entre las pequeñas y las grandes cantidades, en la que es preciso tomar en consideración también la pureza; y, considerar el valor de la droga

³ Dálbora, J. L. (2017). Trascendencia de la pena al defensor y autoprotección del Estado en la ley chilena de estupefacientes. *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, p. 411.

recomendando tomar el camino de las pequeñas y grandes cantidades sin fijar un criterio único, dándole mayores libertades al fiscal y al juez.⁴

La intervención de Kristian Hölger fue bien recibida, lo cual tuvo como consecuencia que el elemento del tipo “*pequeñas cantidades*” sea parte del artículo 4° de la Ley N°20.000 hasta el día de hoy, situación que causa ciertas vulneraciones a los principios del derecho penal y constitucional de nuestro ordenamiento jurídico.

MICROTRÁFICO Y TRÁFICO ¿SON DELITOS DISTINTOS?

El delito de tráfico ilícito de estupefacientes, consagrado en la Ley N°20.000, está descrito en dos tipos penales, vale decir, en los artículos 3° y 4° de la misma, que se refieren al delito de tráfico y al denominado “microtráfico”, respectivamente.

Artículo 3°.- Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.

Artículo 4°.- 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 1°, 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.

⁴Cfr. Historia del artículo 4° de la Ley N° 20.000, p. 48.

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.

Entre ambas figuras, se aprecia que comparten un ámbito en común de conductas punibles. El delito de tráfico, contiene una serie de acciones que no están tipificadas en la estructura del microtráfico.

Entre ellas, comparten las acciones de adquirir, transferir, suministrar, facilitar, poseer, transportar, guardar y portar, mientras que sólo el delito de tráfico incorpora las acciones de inducir, promover, facilitar, importar, exportar y sustraer.

De lo anterior, se deriva la cuestión si el delito de microtráfico es una figura autónoma del delito de tráfico, o bien, si es sólo una forma privilegiada de la misma conducta principal en razón del concepto “pequeñas cantidades” de droga incautada. Dependiendo de la postura que se adquiere, derivan una serie de consecuencias.

Respecto de estas dos figuras, la Excma. Corte Suprema durante años, fue contraria a la tesis que sostenía la autonomía de estos delitos, defendiendo que ambas figuras se diferenciaban solamente por la cantidad incautada. En este mismo sentido, la CS en el año 2005⁵, sostuvo que el artículo 4° de la Ley N°20.000 no creaba una nueva figura delictual y que en cuyo caso de que los supuestos del tráfico se tratara de “pequeñas cantidades”, era posible sancionar con una pena más benévola que la prevista para el delito de tráfico comprendido en el artículo 3° inciso primero, por lo cual *“se entendía que se trataba, en definitiva, de una forma atenuada de tráfico de drogas, mas no de un delito autónomo”*⁶. Los verbos rectores empleados en el artículo 4°, se encontraban igualmente comprendidos en el artículo 3°, el legislador solo buscó aplicarles un tratamiento más benigno cuando se tratara de “pequeñas cantidades”.

⁵ Sentencia CS, Segunda Sala, ROL 2005-2005.

⁶ Velis, L. C. (2009). Del microtráfico de drogas y del análisis jurisprudencial de sus más importantes criterios criterios indiciarios. *Revista de Estudios Ius Novum* (N°2), p. 93.

Sin embargo, desde el fallo Rol N°6788-07⁷, la Excma. Corte Suprema se ha alejado de dicha doctrina, sosteniendo que el microtráfico constituiría un delito autónomo, en base a los siguientes aspectos:

- i. La conducta base del artículo 3° es la de traficar, no obstante, también sanciona a quienes que *“induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias”*, y también a aquellos que *“sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas”*. Por el contrario, el artículo 4° no menciona los verbos inducir, promover o facilitar el uso o consumo de drogas, ni los de importar o exportar, por lo que ellas nunca podrían ser constitutivas de microtráfico;
- ii. Referente al volumen de droga traficada, en el microtráfico debe tratarse de una “pequeña cantidad”, especificación cuantitativa que no se hace en el artículo 3°;
- iii. En el artículo 4° se contempla una especial causal eximente de responsabilidad, que es la justificación por parte del agente que la droga está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, situación que no está prevista respecto al artículo 3°.

Por nuestra parte, yendo punto por punto, en primer lugar debemos señalar que todos los verbos rectores dispuestos en el artículo 4° se encuentran igualmente comprendidos en el artículo 3° lo cual se evidencia en el siguiente cuadro comparativo, teniendo a la luz los artículos anteriormente expuestos.

VERBOS RECTORES ART. 4	CORRESPONDENCIA ART. 3
POSEA	Inciso 2°: “...sustraigan, POSEAN , suministren (...)”
TRANSPORTE	Inciso 2°: “...exporten, TRANSPORTEN , adquieran (...)”

⁷ Sentencia CS, Segunda Sala, ROL 6788-07 (08.10.08), cons. 11°.

GUARDE O PORTE	Inciso 2º: “...suministren, GUARDEN O PORTEN tales sustancias o materias primas (...)”
TRANSFIERA	Inciso 2º: “...adquieran, TRANSFIERAN , sustraigan (...)”
SUMINISTRE	Inciso 2º: “...posean, SUMINISTREN , guarden o porten (...)”
FACILITE	Inciso 1º: “...promuevan o FACILITEN el uso o consumo de tales sustancias”.

En segundo lugar, debemos tener presente que el microtráfico constituye una figura privilegiada respecto del artículo 3º, por lo que todo supuesto que no calce con el artículo 4º, se subsume dentro del artículo 3º, es por ello que en este último no se hace una referencia a volúmenes ni a cantidades específicas.

Aunque en el artículo 3º no hace referencia en su texto a alguna causal de atipicidad de estar en presencia de droga destinada al consumo personal o para tratamientos médicos, no ha sido un obstáculo para que los tribunales de justicia tengan en cuenta estas circunstancias, eso dado que según el artículo 340 del CPP, se debe acreditar por parte del Ministerio Público, más allá de toda duda razonable, que esa droga está destinada al tráfico, independiente de la cantidad encontrada.

Ahora bien, se ha discutido la concurrencia de un concurso aparente de leyes penales, ya que, la misma conducta parece estar contenida en las figuras de los artículos 3º y 4º. Este concurso aparente de leyes penales, se cree debido a la indeterminación del concepto “pequeñas cantidades”, señalada en el artículo 4º, que viene a ser el elemento asignado para diferenciar ambos artículos.

“El problema se origina en la propia naturaleza de los delitos de tráfico ilícito, definidos como delitos de emprendimiento, dado que la realización en múltiples ocasiones de una misma conducta no configura varios ilícitos,

sino sólo uno de ellos”.⁸ Esto, lo podríamos ejemplificar de la siguiente manera: un sujeto en distintos días, efectúa diferentes ventas de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en diversas cantidades, realizando en algunos días ventas de pequeñas cantidades de dichas sustancias, y en otros días ejecutando ventas mayores. Por la consideración de todas esas acciones como una única actividad, hay que determinar cuál es el tipo penal aplicable, pues queda aparentemente abarcado el hecho por dos leyes penales distintas, vale decir, los artículos 3° y 4°.

Para determinar cuándo nos encontramos frente a un supuesto del artículo 3° o 4°, habrá que atenerse al elemento especializante, pues de ambos artículos, podemos apreciar que se encuentran cuantitativamente diferenciados, siendo la cantidad lo fundante del injusto, por lo que, la conducta se encuadrará como tráfico en uno de estos dos artículos dependiendo fundamentalmente, aunque bien, no exclusivamente, de la cantidad de las sustancias traficadas. Sin embargo, es necesario precisar si existe entre ambos una relación de especialidad, donde la cantidad sería el elemento especializante.

De acuerdo con Navarro, *“la forma en que opera esta relación de especialidad es meramente descriptiva, ya que no señala en qué consiste específicamente el elemento especializante”*⁹. No obstante, debido a la imprecisión de este elemento consagrado en el artículo 4° “pequeñas cantidades”, es que ha debido ser llenado de contenido por los tribunales, llegando incluso a ser una invitación al juez a determinar el tipo penal aplicable tomando en consideración elementos concomitantes del caso.

¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR “PEQUEÑA CANTIDAD”?

Aunque el criterio de diferenciación entre las conductas típicas de los artículos 3° y 4° de la Ley N°20.000 es de naturaleza cuantitativa, el legislador no lo ha determinado, por lo que el elemento “pequeñas cantidades” de sustancias ilícitas queda entregado a la interpretación.

⁸ Delgado, F. R. (Diciembre de 2009). El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la Ley 20.000. *Política Criminal*, 4(8), p. 410.

⁹ Dolmestch, R. N. (s.f.). El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 4° de la Ley N°20.000. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, p. 290.

Además de los problemas de interpretación que por sí mismos representan los elementos normativos, en el caso del elemento “pequeña cantidad” plantea otra complicación adicional: Tiene un carácter esencialmente *relacional*, es decir, no es un término absoluto que se explique a sí mismo, sino que requiere de otro elemento para poder afirmarse su contenido.

Así, la expresión “pequeña cantidad” no tiene en sí misma un contenido propio, sino que éste y su propia verificabilidad dependen del elemento con el que se quiera o establecer una comparación, o un estándar de la cantidad que debe considerarse *pequeña*. El artículo 4° no hace ni lo uno ni lo otro: Ni establece un elemento de comparación ni un estándar de cantidad. Así las cosas, es preciso indagar sobre la adecuación del tipo del penal del artículo 4° de la ley N°20.000 a las exigencias de *lex certa* que derivan del principio de legalidad penal.

Cabe preguntarnos, cuál fue la intención del legislador al no determinar dicho concepto, pues si la intención era castigar el tráfico de pequeñas cantidades de drogas, debió haberse señalado expresamente qué cantidad se entiende como “pequeña”. Sin embargo, el legislador descarta esta alternativa por lo rígido que sería encuadrar en determinadas cantidades dicho delito. Detrás de esta norma, más bien se encuentra el propósito de dotar a los magistrados de una mayor flexibilidad, donde si bien el elemento “*pequeñas cantidades*” es un elemento importante a considerar, éste no es el único. En aras de la justicia y la proporcionalidad de la pena, deben ser consideradas las circunstancias concomitantes del caso, pues de esta manera, se evita que los individuos se escuden en una determinada cantidad para ser sancionados directamente como microtraficantes. Es menester, distinguir los criterios indiciarios, como la forma de distribución de la droga y su ocultamiento, su grado de pureza, etc.

“PEQUEÑA CANTIDAD” COMO CONCEPTO O PRINCIPIO REGULATIVO

La determinación del concepto “*pequeña cantidad*” como hemos visto, ha sido desde sus principios motivo de polémicas, esto dado a la falta de claridad del ámbito de aplicación del artículo 4° de la ley N°20.000, a la luz de esto, la excelentísima Corte Suprema en la sentencia de Rol 2005/2005 redactada por el ministro y también reconocido penalista Enrique Cury Urzúa,

buscó delimitar la interpretación de dicho concepto, donde en el considerando séptimo reconoce a éste como un “concepto regulativo”, también llamado “principio regulativo”.

Esta sentencia -que analizaremos más adelante- pese a su antigüedad, es por lo menos enigmática, ya que, es utilizada hasta el día de hoy para rechazar diversos recursos de nulidad presentados por errónea aplicación del derecho, los cuales ven en estos la última oportunidad de obtener una recalificación del delito, es decir, buscar que el tráfico sea calificado como microtráfico.

Es importante, antes de seguir con la lectura, atender a la siguiente advertencia, este capítulo más que profundizar en el estudio de lo que significa o es un concepto o principio regulativo, tiene como fin, a raíz de las definiciones doctrinarias acogidas por la Corte, criticar su aplicación en nuestro ordenamiento, atendiendo al contexto y realidad normativa de la norma. Dicho análisis no se encuentra profundizado en nuestra doctrina nacional, es por lo mismo que este capítulo no gozará de numerosas referencias doctrinarias, pero sí gozará de un dedicado análisis.

Los conceptos regulativos o principios regulativos -como bien los reconoce Henkel- corresponden a *“una cláusula neutra, formal y desprovista de contenido, que no anticipa normas con que resolver el caso concreto y únicamente brinda al juez una directriz u orientación para que elabore él mismo la regla adecuada a ese caso”*.¹⁰

Estos principios o conceptos según Roxin, se limitan a *“posibilitar una resolución justa del caso concreto sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos”*¹¹, el autor es claro en reconocer y advertir que *“sería material y metodológicamente incorrecto pretender determinar el núcleo de un concepto con auxilio de un principio regulativo”*¹².

¹⁰ Henkel, H. (2005). *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Trad.: Gúzman Dálbora, José (Vol. 2). Montevideo-Buenos Aires: B de F, p.19.

¹¹ Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho Traducción de la séptima edición alemana*. Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons., p.137.

¹² Ibidem.p.138.

En palabras más simples, los principios regulativos corresponden a conceptos libres de un contenido claro que funcionan más bien como una directriz para una resolución más justa del juez atendiendo las necesidades del caso. Además, se reconoce en esta herramienta legislativa, una renuncia del legislador a determinar el concepto ex ante, para que el juez conociendo las circunstancias dote de contenido a éste ex post.

Si bien es una herramienta que puede tener gran utilidad para evitar vulneraciones y penas injustas, tiene también un cierto riesgo, el cual es dotar de cierta autoridad legislativa al juez, que aunque pareciera ser mínima, existe y puede presentar los siguientes problemas, más aún cuando la Corte Suprema reconoce dicha naturaleza jurídica en el concepto de “pequeñas cantidades”:

1) Doble remisión normativa:

La sentencia en su considerando noveno realiza un símil entre el reenvío que hace una ley penal en blanco a los órganos de la administración, al supuesto reenvío hecho por el tipo, para que el juez determine el contenido del concepto.

“Pues bien, si eso es posible cuando el reenvío se dirige a un reglamento, una ordenanza o, incluso, una decisión de órganos administrativos subalternos, resulta razonable convenir en que también ha de aceptárselo cuando su destinatario es el juez; siempre que se cumplan en la ley formal los mismos presupuestos de determinación del comportamiento punible nuclear, y sólo se abandone a la magistratura la facultad de llenar los espacios marginales para precisar circunstancias que no pueden serlo sino atendiendo a las peculiaridades del caso concreto”¹³.

Esto podría llegar a tener sentido -cuestión que desarrollaremos después-, pero lo importante a destacar en este caso, es que la norma como es sabido, además de tener este concepto regulativo, es un norma penal en blanco impropia que se convierte en propia, puesto que para determinar qué se entenderá por sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica o de materias primas que sirvan para obtenerlas, se remite al artículo 1º de la ley, el cual tampoco determina las sustancias.

¹³ Sentencia CS, Segunda Sala, ROL 2005-2005.

Este camino se termina cuando la ley N°20.000 en el artículo 63 nos señala que un reglamento deberá señalar las sustancias y especies vegetales a los cuales refieren dichos artículos, es aquí cuando esta norma penal en blanco impropia se vuelve propia.

Es decir, este tipo penal consta de una conducta punible completamente indeterminada, entregada a la determinación posterior de los órganos administrativos y judiciales correspondientes, lo cual es grave, dado que no hay una exposición clara del hecho penado, es por esto mismo que la aplicación de esta técnica normativa al artículo 4° es un error, dado que al estar el tipo construido en base a la remisión señalada, convierte en inexistente el supuesto núcleo de éste, ya que los simples verbos usados por la norma no son suficientes para señalar, ni mucho menos tipificar algún tipo de conducta punible.

En síntesis, la conducta a priori pena al que sin autorización posea, transporte, guarde o porte pequeñas cantidades -de las cuales no sabemos a qué cantidades corresponden y que el juez debería determinar- de sustancias -que tampoco sabemos cuáles son y que un reglamento debe determinar-, por lo cual, es imposible considerar como lo hace el considerando sexto, que cuando el juez dota de contenido al concepto, está llenando **espacios marginales**, dado que para que exista marginalidad debemos tener un núcleo, el cual no es claro y de serlo, debería ser el concepto de “pequeñas cantidades”.

2) Pequeñas cantidades como núcleo del tipo:

Como lo hemos reconocido anteriormente, el artículo 4° corresponde a una figura penal privilegiada, la cual no simplemente pena al que posea, transporte, guarde o porte consigo droga, sino que aquí se pena solamente al que lo haga en pequeñas cantidades, ya que el artículo 3° pena esta conducta sin su “apellido”. Esta diferencia convierte al concepto en el núcleo del tipo, ya que sin esta determinación, el tipo penal carecería de sentido alguno y en vez de estar en presencia de un concurso aparente entre las dos normas, estaríamos frente a uno real.

*"Que la descripción de hecho consignada en el motivo Tercero que precede no es congruente **con el núcleo básico del tipo aplicado**, esto es "pequeña cantidad" de algunas de dichas sustancias, toda vez que las*

cantidades a las que los juzgadores reducen lo incantado se sitúa en las antípodas de lo que puede entenderse por tales términos”¹⁴.

Esto trae consigo una consecuencia que corresponde a que el juez, tiene y ha tenido la facultad de determinar el núcleo del tipo, y como bien reconoce Roxin, y como lo hemos expresado anteriormente, los conceptos regulativos no pueden pretender determinar el núcleo, esto es un deber del legislador, deber el cual al incumplirse conlleva una afectación grave al principio de legalidad, específicamente a una de las cuatro consecuencias de este, que consiste en la prohibición de leyes penales indeterminadas¹⁵.

Hay que recordar que esta herramienta no es una ley penal en blanco que se remita a un reglamento, el cual rige de forma general y se reconoce que debe determinar la conducta ex ante, sino que aquí se le entrega facultad a un juez que, mediante su criterio aplicado al caso particular, determina el contenido ex post, es decir, después de los hechos y atendido los hechos.

3) Determinación del contenido ex post:

Una de la más grandes desventajas de los principios regulativos en general, es que la determinación de su contenido se realiza posterior a la ocurrencia de los hechos, es decir, que la “pequeña cantidad” es un elemento a determinar “ex post” y no “ex ante”¹⁶ lo cual no permite al posible delincuente tener claridad sobre el hecho penado bajo este artículo y sobre el riesgo de pena que conlleva su actuar.

En este caso no resulta tan grave, puesto que existe un artículo que pena el mismo hecho pero con un resultado más gravoso, es decir, el delincuente sabe que su conducta es punible, pero eso no obsta el hecho de que no existe una previsibilidad y certeza necesaria sobre la pena de la conducta, puesto que solo sabremos bajo qué artículo se penará al imputado cuando éste sea juzgado y no antes, siendo esto una afectación del principio *nulla poena sine lege* específicamente

¹⁴ Sentencia ICA Concepción, ROL 45.639-17.

¹⁵ Cfr. Roxin, C. (2022). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid, España: Thomson Reuters, p. 141.

¹⁶ Ruíz Delgado, Fernando, *op. cit.*, p. 427.

en la exigencia de una *lex previa et certa*¹⁷ -tema que desarrollaremos más adelante-, lo que a su vez va en contra de finalidad preventiva de la pena, finalidad propia de un derecho penal liberal.

No deberíamos permitir este tipo de determinación de conceptos penales ex post, dado el efecto para la determinación de penas, la exigencia en este tipo de casos debería ser la misma que se tiene para los reglamentos o decretos que complementen leyes penales en blanco, los cuales serán de *“ningún valor, sino hasta después de producido el dictado de la ley o reglamentación a que la misma remite y siempre en relación con hechos que fueran posteriores a ésta”*¹⁸, dado que determinar el contenido posterior al hecho, lleva aparejado determinar la pena posterior al hecho.

Esta falta en la determinación de la pena ex antes tiene a nuestro juicio, un factor criminógeno dado que, si un traficante de pequeñas cantidades de drogas no puede reconocer límites claros en la posible pena que podría conllevar su actuar, no tiene ningún incentivo para limitar su conducta, esto tal vez resulte un poco confuso, pero se materializa en lo siguiente:

El tráfico de estupefacientes -como hemos explicado- tiene principalmente dos posibles penas, la primera es para tráfico de grandes cantidades del artículo 3 de la ley 20.000 la cual es de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de cuatrocientas UTM, la segunda es para tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4 de la ley 20.000 la cual es de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta UTM.

Como es evidente, la pena por tráfico de pequeñas cantidades es considerablemente menor a la de tráfico de grandes cantidades, pero debido a la indeterminación a priori de la norma, un microtraficante que vende los productos de una planta de marihuana plantada en su hogar, podría llegar a sufrir penas similares a las de un traficante que vende el producto de su gran plantación de marihuana que tiene en su campo de Limache, por lo cual, ese pequeño microtraficante al poder sufrir la misma pena del traficante de grandes cantidades, no tiene ningún estímulo o más bien contra-estímulo que lo incentive a limitar su actividad, es decir, que no tendría motivos a raíz de la posible pena, que lo obliguen a plantar y vender menos.

¹⁷ Ambos, K. (2008). Nulla Poena Sine Lege en Derecho Penal Internacional. *Estudios de Derecho Penal Intenacional Tomo II.*, pp. 36-37.

¹⁸ Torres, S. (2013). Características y consecuencias del Derecho Penal de Emergencia. En L. Ferrajoli, R. Zaffaroni, & S. Torres, *La Emergencia del Miedo*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, p. 123.

4) Discrecionalidad judicial:

El uso de esta herramienta le ha brindado gran poder a la jurisprudencia como fuente del Derecho, tal es el nivel, que se pueden reconocer ciertos criterios establecidos por esta.

Seguir estos lineamientos, que a veces parecen justos -pero como veremos más adelante, no lo son-, es una mera opción para el juez de primera instancia, el cual según la sentencia de la CS antes mencionada, pareciera ser el único con la potestad para establecer el contenido del concepto “pequeñas cantidades”, ya que los recursos de nulidad por errónea aplicación del Derecho son casi sistemáticamente rechazados, salvo excepciones.

Esta discrecionalidad judicial excesiva conlleva al riesgo de que se dicten sentencias sumamente injustas, un ejemplo de esto es la sentencia de la causa Rol 167/2019 en la cual se condena por tráfico del artículo 3° de la ley N°20.000 siendo que solo fueron encontrados 20 gramos de cannabis sativa.

Esta sentencia fue motivo de un recurso de nulidad del 373 letra b) es decir, por errónea aplicación del derecho, recurso el cual fue conocido y rechazado por la CS con argumentos tales como que resulta *“irrelevante en la especie que se tratara de pequeñas cantidades de estupefacientes, toda vez que es de toda lógica que si se pretende ingresar droga a un recinto cerrado que mantiene estrictas medidas de vigilancia como lo es un establecimiento penitenciario, la misma sea dosificada en pequeñas porciones”*¹⁹.

Ese argumento resulta antojadizo, ya que la Corte reconoce estar en presencia de una pequeña cantidad de droga, pero bajo sus criterios ignora esta circunstancia y deciden que es adecuado penar bajo la figura del tráfico.

Como veremos en el análisis de jurisprudencia, los jueces suelen ver en el microtráfico un cierto modus operandi que busca ocultar el tráfico de “grandes cantidades” siendo que la cantidad de droga encontrada en el caso concreto nunca llega a tales márgenes, por lo cual dicha conducta debería ser penado bajo el artículo 4° de la ley 20.000.

¹⁹ Sentencia CS, Segunda Sala, ROL N°4492-2022.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Como dijimos anteriormente, la importancia de la jurisprudencia como fuente normativa ha tomado mayor peso a raíz de la indeterminación del concepto “*pequeñas cantidades*”, teniendo a la luz de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, sumado a la cantidad incautada²⁰, lo que conlleva que, al pasar los años, se han visto ciertos patrones en los fallos que dieron a la vez luz a ciertos criterios jurisprudenciales recurrentes para la determinación y aplicación del concepto.

Arrieta, reconoce varios criterios que él afirma tienen en cuenta los tribunales para determinar el concepto de pequeñas cantidades, pero más que esto, los criterios expuestos por él, apuntan principalmente a probar que la droga incautada no tiene como fin el consumo personal²¹, sino que el tráfico, es por lo cual que, reconociendo la asertividad de sus criterios, solo nos basaremos en algunos de ellos para desarrollar este capítulo, dado que jurisprudencialmente se han también usado para diferenciar los tipos de tráfico y microtráfico. A la vez los categorizaremos dentro de los siguientes títulos: sentido cualitativo; sentido cuantitativo; y, pureza de la droga²².

1) Sentido cualitativo:

Como nos hemos dado cuenta a lo largo de nuestra investigación, los jueces no se basan solo en la cantidad de droga encontrada para la determinación del tipo penal adecuado, sino que lo hacen también en base a criterios cualitativos, siendo a veces esto lo más importante dentro de la causa. Esta primera categoría hace referencia a criterios los cuales tienen como base las circunstancias del delito, o características propias del imputado, por lo cual estos evitan referirse a la cantidad de droga.

a) Antecedentes de la investigación

²⁰ Cfr. Cisternas Velis, Luciano, *op. cit.*, p.97

²¹ Cfr. Arrieta, N. (2011). El delito de “microtráfico” en la jurisprudencia: sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la “pequeña cantidad”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (46), 81-110, p. 86.

²² Navarro Dolmestch, Roberto, *op. cit.*, p. 267.

Cuando hablamos de antecedentes de la investigación, nos referimos a todo tipo de prueba recaudada por el Ministerio Público con sus diligencias de la investigación que logren entregar un panorama sobre los hechos que rodean el delito en sí, como también la concreción del mismo. Uno de los antecedentes de la investigación con mayor peso jurisprudencial, además de los que mencionaremos, son los que demuestren una habitualidad en la concreción de los delitos. Muchas veces las cantidades de droga encontrada son reducidas, lo cual daría lugar sin mayor problema a la aplicación del artículo 4°, pero dado a llamadas telefónicas, testigos u otros antecedentes, se logra demostrar que el imputado recurrentemente realiza las conductas penadas por el tipo, lo cual tiene como consecuencia que la conducta sea penada por el artículo 3°.

Un ejemplo extremo de esto que se enmarca en una mala aplicación del criterio, tiene que ver con la sentencia del fallo RIT N°4492-2022 antes citado, donde a pesar de que solo se le fueron encontrado 20 gramos al imputado, se le condenó por el tipo penal de tráfico del artículo 3° ya que, según relatos de los gendarmes, era *habitual* que este sujeto traficara droga en el penal.

La aplicación de este criterio nos genera diversas interrogantes, el tráfico habitual de pequeñas cantidades ¿hace mutar el microtráfico al tráfico? ¿El traficante de pequeñas cantidades es solo quien trafica una sola vez en su vida?

La habitualidad no puede servir como un elemento para la determinación del tipo penal aplicable al hecho, a menos que esté explicitada dicha exigencia en alguno de los artículos, pero al no ser así, un antecedente de este tipo solo debería servir para determinar la pena de acuerdo con las reglas del concurso de delitos, no sin antes claro, investigar y probar cada hecho que dio luz a la supuesta habitualidad.

Otro antecedente de la investigación que llama la atención y que Juan Castro Bekios reconoce como un criterio para determinar la presencia de microtráfico es que, aunque la cantidad de droga sea baja, a partir del dinero encontrado al imputado si se cuenta con el antecedente de a

cuánto, y en qué cantidades se vende la droga, se puede hacer una prognosis de la cantidad de droga ya vendida por el imputado a raíz de estos datos²³.

Para explicar esto, el autor cita una sentencia de la ICA de Antofagasta Rol 39-2021, en la cual se tienen como antecedentes dos datos importantes, el primero es que en una diligencia previa un agente revelador le compra al imputado 1,8 gramos brutos de pasta base en \$2000, el segundo dato es que al imputado se le encuentran más de \$1.000.000. Estos datos le permitieron concluir al tribunal según sus criterios, que se vendieron 2.000 dosis más de pasta base, que da la suma de 3,600 gramos brutos más de droga, que debería ser sumada a los 300 gramos netos incautados, a partir de esta suma se descartó el tráfico de “pequeñas cantidades”²⁴.

Respecto de este criterio no tenemos mayor crítica, dado que lamentablemente la configuración del tipo y su interpretación actual se presta para estas herramientas, aunque un elemento importante es que, antes de su aplicación se debe comprobar que el dinero usado para hacer la prognosis efectivamente tiene una fuente ilícita derivada específicamente del tráfico.

b) Situación socioeconómica del imputado

Este criterio como se ve en el título, tiene dos caras. La primera versa sobre la cantidad de dinero incautada al imputado en el caso particular, y la segunda, versa sobre la situación socioeconómica en la que vive el imputado. Según la jurisprudencia, cuando los montos incautados son altos y la situación socioeconómica del imputado es acomodada, estaríamos en presencia de un caso de tráfico.

Es importante resaltar que, muchas veces en los sectores más vulnerables de la sociedad, se ve a la venta de droga como un camino para la subsistencia personal y familiar. Es importante lo que dice Zaffaroni analizando los efectos de las droga en Latinoamérica, donde afirma que, suele “*detectarse preferentemente en el tráfico de cantidades limitadas de cocaína, que los traficantes explotan la*

²³ Cfr. Castro, Juan. (s.f.). Una década de dificultades interpretativas, acoge recurso de nulidad de la fiscalía. Más allá de la cantidad y pureza de la droga en los tipos penales del artículo 4° y 3° de la Ley N°20.000. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (81), p.78.

²⁴ *Op. cit.* p.78.

*necesidad de mujeres de los sectores sociales más humildes y que operan como transportadoras (mulitas), siendo en definitiva las únicas que van a dar en la prisión, con severísimas penas*²⁵.

c) Condición drogodependiente, politoxicómano, consumidor habitual o no consumidor.

Conociendo la condición o no de drogodependiente del imputado, podemos sacar a la luz varios elementos, algunos pueden tener como consecuencia la legalidad del porte de droga, ya que, si el sujeto es drogodependiente y porta cantidades reducidas de droga, es probable que esa droga esté destinada al consumo personal.

Penar al drogodependiente que sólo posee droga para su consumo, es sumamente criminalizador, con lo cual *“el Estado está en realidad “creando” mucho más delincuencia de la que es capaz de evitar*”²⁶.

d) Hallazgo de envoltorios y forma de distribución

El hallazgo de estos elementos, permite además de concluir si estamos en presencia de tráfico o microtráfico, también dan cuenta que la droga incautada a pesar de su pureza, tiene como fin venderle a consumidores finales, es decir, que esa droga está destinada para que el comprador consuma dicha sustancia y no para ser utilizada como algún tipo de componente para la preparación de otros derivados de la droga, como podría ser en el caso de hallazgo de cocaína, la cual bien podría ser utilizada para la preparación de pasta base.

Esto se hace evidente en el fallo de la ICA de Antofagasta Rol 39-2021 citado por Juan Castro, donde junto a la droga se encontraron pequeños envoltorios similares a los que recibió el agente revelador al realizar la compra, lo que permitió al tribunal de primera instancia, concluir que, la *“modalidad de embalaje da cuenta que la droga está destinada a consumidores finales*”²⁷.

²⁵ Zaffaroni, E. R. (diciembre de 2009). La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal autoritario. *Entre el control social y los Derechos Humanos los Restos de la política y la legislación de drogas*, 1, p.11.

²⁶ Figueredo, J. D. (s.f.). Una propuesta alternativa al discurso de la criminalización/descriminalización de las drogas. *Revista Chilena de Derecho*, 22(2), p. 214.

²⁷ Castro, Juan, *op. cit.*, p.70

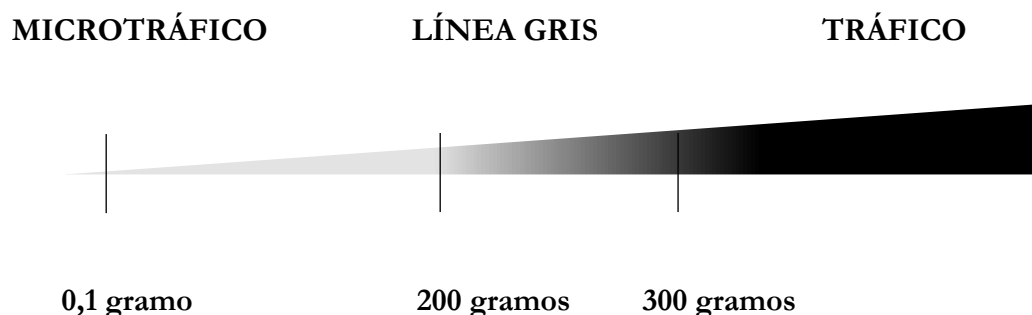
2) Sentido cuantitativo:

Después de haber tratado los criterios en sentido cualitativo, toca referimos a los criterios cuantitativos, los cuales ya no se basan en las circunstancias del delito y características del imputado, sino que más bien se centran en la cantidad misma de droga y en el número de dosis en que está dividida la droga, o en las que puede ser dividida. La determinación de esta segunda categoría, presenta problemas actualmente en la jurisprudencia ya que, la determinación de las posibles dosis es un elemento que está dotada de una gran subjetividad.

a) Cantidad de droga

Cuando hablamos de cantidad de droga en este apartado, hacemos referencia a los gramos de droga incautada propiamente tal y no al concepto de cantidad indeterminado presente en el artículo 4°. Si bien la cantidad no es para nada definitiva para la elección del tipo adecuado, sí podemos encontrar un patrón en relación a la cantidad incautada y la calificación jurídica que realiza el juez.

Dicho patrón se grafica de la siguiente forma, vale decir, que ésta es una generalización a raíz de la jurisprudencia estudiada tomando como muestra alrededor de 150 sentencias, donde el mayor antecedente que se tenía en dichas causas era la droga incautada. Aparecen en la tabla sólo sentencias que ayudarán a la determinación de los límites entre las condenas por tráfico y microtráfico:



CAUSA RIT	CANTIDAD	CALIFICACIÓN
63-2022 TJOP CONCEPCIÓN	65,57 GRAMOS COCAÍNA BASE	MICROTRÁFICO
6-2021 TJOP VIÑA DEL MAR	67,4 GRAMOS COCAÍNA	MICROTRÁFICO
343-2016 TJOP VIÑA DEL MAR	93 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
62-2020 TJOP MELIPILLA	105,6 GRAMOS MARIHUANA PRENS	MICROTRÁFICO
250-2020 6° TJOP SANTIAGO	155,67 GRAMOS COCAÍNA BASE	MICROTRÁFICO
161-2021 TJOP ARICA	210,9 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
2-2022 6° TJOP SANTIAGO	248 GRAMOS COCAINA BASE	TRÁFICO
23-2020 TJOP LA SERENA	262,5 GRAMOS COCAÍNA BASE	MICROTRÁFICO
334-2021 6° TJOP SANTIAGO	271 GRAMOS CANNABIS	TRÁFICO
2-2022 6° TJOP SANTIAGO	258 GRAMOS COCAÍNA BASE	TRÁFICO
81-2020 1° TJOP SANTIAGO	323 GRAMOS COCAÍNA BASE	TRÁFICO
534-2019 6° TJOP SANTIAGO	47,25 GRAMOS CANNABIS 19,67 GRAMOS COCAÍNA 112,27 GRAMOS COCAÍNA BASE	MICROTRÁFICO
121-2019	212,63 GRAMOS	MICROTRÁFICO

TJOP OVALLE	CANNABIS	
29597-2019 CORTE SUPREMA	380,1 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
211-2019 TJOP ANTOFAGASTA	66,77 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
180-2019 TJOP ANTOFAGASTA	0,13 GRAMOS COCAÍNA 416 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
149-2022 TJOP COPIAPÓ	95,74 GRAMOS KETAMINA	MICROTRÁFICO
1-2022 TJOP LOS ANDES	146,04 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
1481-2022 ICA VALPARAISO	116,6 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
52-2022 1° TJOP SANTIAGO	137,27 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
273-2021 TJOP TALCA	515,7 GRAMOS CANNABIS	TRÁFICO
699-2022 ICA VALPARAÍSO	7,310 GRAMOS KETAMINA 72,800 GRAMOS COCAÍNA 125 GRAMOS CANNABIS 3 GRAMOS COCAÍNA BASE = 208.11 GRAMOS	TRÁFICO
57-2021	153 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO

TJOP SAN BERNARDO		
244-2020 TJOP ARICA	210,9 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
234-2020 2° TJOP SANTIAGO	138,4 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
218-2020 6° TJOP SANTIAGO	433,67 GRAMOS COCAÍNA BASE 36,6 GRAMOS COCAÍNA	TRÁFICO
110-2020 TJOP CHILLÁN	601 GRAMOS CANNABIS	TRÁFICO
18-2020 TJOP OVALLE	149.9 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO
59-2019 TJOP COYHAIQUE	376 GRAMOS CANNABIS	TRÁFICO
766-2022 ICA VALPARAÍSO	213,02 GRAMOS CANNABIS	MICROTRÁFICO

b) Número de dosis susceptibles de obtenerse con la droga incautada:

En palabras de Arrieta, este es un criterio que se utiliza para determinar las posibles dosis en los casos que la droga incautada no está dosificada²⁸, Arrieta explica muy bien en la forma que opera dicho criterio, pero no lo critica siendo que es un criterio que goza de una carga de subjetividad muy alta.

Este criterio suele operar cuando las cantidades de droga no son muy grandes y la fiscalía postula que a pesar de la baja cantidad de droga no podemos estar en frente de un delito de microtráfico, y es en esta justificación donde opera la subjetividad, ya que muchas veces apelan a la experiencia de sus funcionarios en la materia para determinar que dicha cantidad se puede

²⁸ Arrieta, Nicolás, *op. cit.*, p. 92.

dosificar en tal o cual cantidad. Esta herramienta tiene como fin fundamentar que existe una mayor puesta en peligro del bien jurídico salud pública, dado que cada dosis es aterrizada como un posible consumidor.

Si esta dosificación estuviera fundada en antecedentes de la investigación como por ejemplo, encontrar cierta cantidad de droga dosificada o contar con un agente revelador el cual compró dosis con cierta cantidad de droga, no presentaría mayores problemas dado que, hay una cierta objetividad en la determinación de las dosis, pero en cambio cuando dicha dosificación se basa en experiencia de los funcionarios o meras suposiciones, dichos razonamientos no deberían ser aceptados por el tribunal debido a la alta carga subjetiva.

Desarrollaremos este punto a mayor detalle en el análisis jurisprudencial, pero con esto queremos decir que no hay una dosificación cierta para todos los casos de tráfico, y determinar lo que es una dosis es mucho más subjetivo aún, esto pues la gente que compra droga muchas veces consumen cantidades mucho más altas de lo que especulan los fiscales, es decir, 4 dosis para un consumidor recurrente puede significar sólo una dosis o la mitad de una.

Este criterio resulta ser más que nada, una herramienta de la fiscalía para producir un efecto en la moral del juez, para que a pesar de estar en presencia de pequeñas cantidades de drogas éste exagere la posible afectación de dicha sustancia incautada y califique el acto como tráfico.

3) Pureza de la droga:

Este criterio cuenta como una categoría propia, y versa sobre la pureza de la droga encontrada, es decir, se basa en qué porcentaje de la sustancia incautada corresponde a droga propiamente tal, de este dato se pueden desprender varios elementos, los principales corresponden en primer lugar, si esa droga está destinada a consumidores finales o a producir otras sustancias derivadas, y en segundo lugar, determinar el nivel de afectación al bien jurídico salud pública.

Una baja pureza de la droga suele estar ligada a una venta para consumidores finales, concepto que ya explicamos con anterioridad, pero esto también quiere decir que aquella

cantidad incautada es una cantidad final, es decir, que independientemente si esa droga era incautada o no, dicha sustancia no sería utilizada para producir más drogas, lo cual aumentaría la cantidad de droga en posesión del imputado y nos daría señales de que estaríamos frente de un delito de tráfico y no de microtráfico.

“En este sentido, la jurisprudencia ha demostrado en términos generales que una alta concentración del principio activo de la droga incautada, esto es, la pureza de la misma, sería indiciaria de que ella estaría destinada a la comisión del delito de tráfico de drogas del artículo 3° de la Ley N°20.00 y, a la inversa, una baja pureza de la sustancia llevaría a pensar que la misma estaría destinada a la comisión del delito del artículo 4° del cuerpo legal citado”²⁹.

En este criterio podemos identificar un ejemplo de una de las críticas que se hacen a la ley 20.000 la cual, trata de exponer que bajo la teoría de que el derecho penal defiende bienes jurídicos, es decir el derecho penal se encarga y sólo se justifica por defender ciertos tipos de bienes, los cuales su protección es indispensable para la vida en sociedad, en esta ley el bien jurídico que se dice proteger es la “salud pública”, específicamente la puesta en peligro de la salud pública, puesto que el consumo, es decir, el hecho que afectaría de mayor forma a la salud es sólo castigado como falta cuando es público.

En esta misma línea, se debería tomar en consideración que hay veces que cuando se está en presencia de grandes cantidades, la concentración de droga es muy bajo, lo cual tiene como consecuencia que esa cantidad de droga de baja concentración puede producir una afectación similar a la de una baja cantidad de droga con una concentración mediana, dicha circunstancia se ha visto que algunas veces no es tomado en cuenta por los tribunales, evidencia de esto es la sentencia de la ICA de Antofagasta Rol 39-2021 que hemos estado utilizando, la cual considera que “cualquier porcentaje de droga es dañino para la salud” y por lo cual no debería tomarse en cuenta para recalificar el tráfico por microtráfico³⁰.

Esta sentencia es ejemplo de las afectaciones en que incurren los tribunales muchas veces a principios que nuestra doctrina y jurisprudencia ya han afianzado en el derecho penal general y

²⁹ Castro, Juan, *op. cit.*, p. 66.

³⁰ Arrieta, Nicolás, *op. cit.*, p. 73.

que debido a falta de límites claros en el tipo para la calificación jurídica, se abre la puerta de par en par para dichos sucesos.

Para terminar este capítulo, les dejaremos con una cita de Juan Castro Bekios, la cual resume la problemática en la determinación, y a nuestro criterio, también comete un error, esto pues considera al tráfico de pequeñas cantidades como una modalidad del tráfico, lo cual no se condice con nuestro ordenamiento jurídico, ya que la ley 20.000 castiga al tráfico en dos artículos diversos, los cuales son independientes uno del otro, y a pesar de la relaciones subsidiarias que se puedan encontrar, se consideran penas distintas para ambos ilícitos, interpretar el tráfico de pequeñas cantidades como una modalidad da lugar a afectaciones las cuales trataremos más adelante.

“Es precisamente, la guarda , posesión y venta de droga a consumidores en sectores urbanos de diversas comunas de nuestro país, un fenómeno delictual que se ha convertido en una modalidad habitual de comisión del delito de tráfico de drogas, modo de actuar u operar que cuando se presenta unido a ciertos elementos, como la habitualidad en la conducta, la permanencia en el tiempo en la actividad, la incautación de sumas relevantes de dinero en relación a la realidad socioeconómica del lugar donde ocurren los hechos, así como la incautación de drogas tanto como dosificadas como a granel en cantidades relevantes, ha ocasionado una serie de dificultades interpretativas que justamente atañen a hechos similares a los que tratan los fallos revisados”³¹.

No se tiene en consideración la afectación al bien jurídico que debería ser la base para la determinación de la pena de un delito, sin afectación no debería haber delito y frente una menor afectación la pena debería ser menor, principio de proporcionalidad de las penas, una interpretación contraria carece de todo tipo de lógica.

Para finalizar el capítulo parece adecuado realizar el siguiente ejercicio, atendiendo al tenor literal del artículo, cuando el tipo se refiere a “cantidad” de droga, para establecer su sentido, lo lógico es recurrir al significado de la expresión y si nosotros realizamos el ejercicio de buscar el mismo en la RAE al año 2022, nos encontramos con las siguientes acepciones:

³¹ Arrieta, Nicolás, *op. cit.*, p. 76.

CANTIDAD³²:

1. Porción de una magnitud
2. Cierta número de unidades
3. Porción grande o abundancia
4. Porción indeterminada de dinero

Si analizamos los significados, ninguno refiere a pureza de algo, dosificación de algo, situación socioeconómica del dueño de ese algo, a la forma de distribución de ese algo, etc.

También, atendiendo al espíritu de la ley -en atención a la intención del legislador-, si bien como señalamos anteriormente en el capítulo sobre la historia de la ley, éste no quiso establecer una cantidad determinada para que el juez establezca con una mera comparación de la norma con los hechos si estamos en presencia de una pequeña cantidad, tampoco explicitó la necesidad o la consideración de los diversos elementos establecidos por la jurisprudencia, cuyo establecimiento exceden las facultades del juez.

En consecuencia, aceptar este sin límite de contenidos que determinan el tipo y el análisis de los hechos, es un completo despropósito dado que, como pudimos analizar en la historia de la ley, ni el mismo legislador tuvo en mente esta magna construcción jurisprudencial.

CRÍTICA A SENTENCIA 2005/2005 CORTE SUPREMA

Debido al gran impacto que tuvo esta sentencia en la jurisprudencia del tema, especialmente en la resolución de recursos de nulidad por errónea aplicación del derecho, nos vemos obligados a realizar un análisis de la misma, debido a que creemos ha afectado negativamente a la protección de las garantías y derechos tanto constitucionales como procesales, a la vez de afectar a los principios penales que limitan al ius puniendi y dan validez a la aplicación del mismo.

³² Española, R. A. (23 de 2022). *RAE*. Obtenido de <https://dle.rae.es>: <https://dle.rae.es/cantidad>.

A raíz de lo explicado, descompondremos la sentencia para analizar los considerandos que a nuestro juicio ameritan análisis, todo esto con el fin de incentivar la evaluación negativa de dicha sentencia, la cual al pasar los años sigue teniendo plena vigencia para legitimar interpretaciones limitativas, arbitrarias y punitivas del concepto “pequeñas cantidades”.

Antes de analizar los considerandos importantes, es importante realizar un breve contexto de la sentencia, esta es una sentencia del año 2005, se encuadra dentro de los primeros años de vigencia de la ley 20.000, esta sentencia buscó clarificar la naturaleza jurídica del concepto “pequeñas cantidades” para también dejar clara la constitucionalidad del mismo.

Esta sentencia específicamente se pronuncia sobre un recurso de nulidad, el cual tenía como fin, que se aplicara al imputado de forma retroactiva el tipo del artículo 4 de la ley 20.000, dicho recurso fue declarado inadmisibile, dado la naturaleza de la resolución requerida de nulidad, sin embargo los autos pasaron al señor Presidente de la Corte Suprema para efectos de una actuación de oficio según el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Análisis de considerandos relevantes:

Considerando 6:

6.- Que es aún menos útil el criterio sostenido usualmente por las defensas, con arreglo al cual serían pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes aquellas que están destinadas a ser difundidas esto es, traficadas por el último interviniente en la cadena de distribución; pues, en efecto, de acuerdo a ese punto de vista serían también cantidades pequeñas las que efectúa un distribuidor callejero que, si bien es portador de una provisión de droga muy considerable, sólo consigue vender porciones reducidas a cada uno de sus numerosos clientes. Nos parece evidente que no ha podido ser ese el propósito perseguido por el legislador al crear la causal de atenuación de la pena contenida en el artículo 4° de la Ley N°20.000.

Este considerando llama profundamente la atención puesto que busca claramente establecer un criterio en base a conjeturas equivocadas, dado que en base a un somero análisis del Mensaje N°232-242 de 2.12.1999 que acompañó a la ley 20.000 al Congreso podríamos

reconocer que dicho artículo tiene como fin someter a penas inferiores a distribuidores callejeros es decir “personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en zonas urbanas”.

Este considerando más que un error, parecía tener como fin desconocer el espíritu de la ley y establecer criterios jurisprudenciales que pasen por encima de la intención del legislador, el cual textualmente buscaba establecer un tipo privilegiado para los “distribuidores callejeros”.

Dicho considerando parece también desprender una intención oculta, la cual pareciera ser establecer que a pesar de que en el hecho concreto de estar frente a pequeñas cantidades, es apropiado ignorarlo si el juez cree que dicho distribuidor pudiera revestir características de un traficante de grandes cantidades, lo cual es un signo claro de la aplicación del derecho penal de autor, característica la cual pareciera estar en el “espíritu escondido” de la norma y ser el origen de la indeterminación conceptual.

Considerando 7:

7° Que el empleo de conceptos como el que nos ocupa, si bien puede parecer hasta cierto punto reprochable, no es inusual en las legislaciones y, por cierto, no únicamente en la nuestra. Así, ya en 1953 se refirió a ellos Heinrich Henkel, denominándolos principios (o conceptos) regulativos (en el sentido de orientadores) por oposición a los principios o conceptos normativos. Este dice, refiriéndose al principio o concepto regulativo- contrasta enteramente con las cláusulas normativas. No entraña contenido ni medida de valor algunos, sino que es del todo neutral y, por ende, tampoco procura normas ni es constitutivo para la sentencia. Como principio puramente formal, no está en condiciones de anticipar el enjuiciamiento del caso individual, sino contiene tan sólo una instrucción de recurrir, esto es, de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento. Si el legislador utiliza una cláusula regulativa, ello no significa dación de norma, sino que implica, al contrario, una renuncia a establecerla.

En consecuencia, el empleo de lo regulativo por el juez no es aplicación de una norma ni obtención de la sentencia por subsunción en una premisa mayor decisoria, sino creación normativa sirviéndose de un concepto que no pone a disposición del juez contenido de decisión alguno, más sólo le indica que determine autónomamente, con la ayuda del elemento regulativo, los límites de las esferas dudosas de derecho y de deber.

Este considerando más que llamativo, resulta plenamente gravoso, ya que en un inicio reconoce que la aplicación de dichos conceptos regulativos puedan ser “reprobables” en su afán legitimador, Cury busca de forma -pareciera ser- desesperada dar legitimidad doctrinaria a la manifiesta reprochabilidad de esta creación legislativa.

Hay una especie de ojos ciegos frente a elementos gravosos que él mismo reconoce y legitima tales como “*Si el legislador utiliza una cláusula regulativa ello no significa dación de norma*” -lo cual de por sí sería grave- “*sino que implica, al contrario, **una renuncia a establecerla***” -lo cual es más gravoso aún-, es decir, reconoce y le parece correcto que el legislador renuncie a establecer la norma, para entregarle dicha labor al juez, en otras palabras, le parece correcto la “**renuncia**” al principio de legalidad, digo al principio de legalidad, dado que no es una renuncia a concretar la norma o precisarla, sino que es una renuncia a establecerla, no nos olvidemos que esto no es una remisión a un reglamento, sino que una remisión a quien aplica la norma.

Considerando 9:

9º.- Que, naturalmente, cabe preguntarse si un procedimiento legislativo de tipificación de conductas como el descrito es constitucionalmente aceptable, habida consideración de la precisión exigida a la descripción del hecho punible por el artículo 19 N°3 inciso octavo de la Carta Fundamental.

A este respecto, cabe recordar que, refiriéndose a las leyes penales en blanco se ha dicho y así lo ha resuelto, además, el Tribunal Constitucional- que estas son admisibles siempre que el núcleo de la conducta a la cual, bajo determinadas circunstancias se asociará una pena, se encuentre debidamente precisado en la norma legal, abandonando a una eventual instancia de inferior jerarquía únicamente la precisión de los presupuestos bajo los cuales ello habrá de ocurrir.

Pues bien, si eso es posible cuando el reenvío se dirige a un reglamento, una ordenanza o, incluso, una decisión de órganos administrativos subalternos, resulta razonable convenir en que también ha de aceptárselo cuando su destinatario es el juez, siempre que se cumplan en la ley formal los mismos presupuestos de determinación del comportamiento punible nuclear, y sólo se abandone a la magistratura la facultad de llenar los espacios marginales para precisar circunstancias que no pueden serlo sino atendiendo a las peculiaridades del caso concreto.

El afán legitimador de la Corte Suprema en este considerando es claro, la lectura adecuada de dichos párrafos nos ayuda a reconocer una clara falacia por analogía, donde utiliza un fallo del Tribunal Constitucional, el que claramente trataba sobre “leyes penales en blanco” que son leyes que remiten a otra norma de la misma o inferior jerarquía, y no trata sobre “conceptos o principios regulativos”.

Además, usa dicha resolución para tratar de asimilar remisiones a reglamentos y ordenanzas, las cuales son normas que si bien son de inferior jerarquía, no las crea un ente que aplique **la ley al caso concreto como lo hace el juez**, sino que las crea un órgano administrativo que tiene como fin **una aplicación general de la norma**.

Conclusiones del análisis:

Como hemos visto en los considerandos analizados, es evidente el intento de la Corte Suprema por legitimar la falta de certeza de la norma, más bien la inexistencia de cualquier tipo de definición, ya que como se desprende, el concepto de pequeñas cantidades puede hacer referencia, tanto a un traficante de grandes cantidades que usa las pequeñas cantidades como modo de ocultar un tráfico de mayor cantidad, como también a un traficante con pequeñas cantidades, pero que pone en riesgo la salud pública de forma grave ya que, es posible que con esa pequeña cantidad elabore 1000 microdosis para posteriormente venderlas a niños.

Esta legitimación de la manifiesta afectación al principio de legalidad penal tanto en relación a la definición del tipo como de la pena aplicable al hecho es gravísima, dado que utilizando y aplicando erróneamente conceptos de doctrina penal extranjera, busca dotar de legitimidad una clara entrega de potestad legislativa al juez para determinar el concepto a la luz de hechos concretos, lo cual no sería gravoso si estuviéramos frente a “conceptos marginales” o que la norma se encontrara dentro de una ley con mejor construcción normativa.

Justificar vulneraciones de este tipo para la búsqueda de aplicaciones político criminal más correctas del ius puniendi, tienen un efecto adverso, dado que a la vez se le entrega mayor espacio a la posibilidad de aplicaciones arbitrarias de la ley. El legislador debió haber limitado el

sentido del concepto de pequeñas cantidades, en atención a los criterios a utilizar, si estos serían cualitativos o cuantitativos, pero no lo hace, y a la vez la Corte Suprema no critica lo anterior, sino más bien, respalda dicha técnica.

El efecto de este fallo es el de blindar la variedad de interpretaciones y concretizaciones de la norma que se realizan en todo el país, las cuales muchas veces son erróneas, pero a raíz de la presente jurisprudencia, las Cortes de Apelaciones rechazan los recursos de nulidad por errónea aplicación del derecho interpuestos frente a estas, ya que consideran que el juez de primera instancia tiene plena libertad en los criterios utilizados.

Como bien dice el profesor José Luis Guzmán al referirse a los principios fundamentales del derecho penal *“si nuestro sector del ordenamiento está formado por disposiciones jurídicas, es indispensable o por lo menos limitarlas según ciertos postulados”*³³, es por esto que la sentencia tuvo que tener un rol más crítico frente a la norma, si bien con la base doctrinal utilizada pareciera dotar al concepto de cierta constitucionalidad, esto no obsta el hecho que efectivamente hay una afectación del principio de la legalidad, produciendo a la vez una afectación de garantías constitucionales.

Es en defensa del respeto de los principios de nuestro derecho penal que Sergio Torres dice que *“la historia enseña que mucho ha costado el reconocimiento del Estado de Derecho como forma pacífica de convivencia social, por lo que no debemos permitir que se derrumben los principios que a muchos ha costado tanto construir y a otros, tanto sostener”*³⁴, la utilización de leyes penales en blanco o conceptos regulativos con la excusa de dotar a la norma de mayor justicia u actualidad es un error, quienes deben hacerse cargo de que la norma goce de esas características es el legislador y no entregar sus facultades y obligaciones a un órgano que según las bases del Estado de derecho, le corresponde solo aplicar la norma o a lo más interpretarla para aplicarla, pero nunca determinarla para aplicarla.

“PEQUEÑA CANTIDAD” Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IGUALDAD ANTE LA LEY

³³ Dálbora, J. L. (2021). *José Luis, Elementos de Filosofía Jurídico-Penal*. Valparaíso: Prolibros, p.161.

³⁴ Torres, Sergio, *op. cit.*, p. 157.

Tanto a nivel internacional como nacional, se ha impuesto una política de drogas de orden criminal, sumamente represiva, la cual se ha denominado “guerra contra las drogas”. En el marco de esto, el sistema legislativo, específicamente, a través del derecho penal, ha sido utilizado como respuesta a este problema, por medio de la ley N°20.000.

El tipo penal del microtráfico, fue establecido de una manera simbólica, pues se inserta dentro de una norma legal ajena, que es propia de delitos de mayor gravedad, por lo que, adquiere una forma represiva.

Observando la historia fidedigna de la ley, este hecho es sumamente comprobable, donde podemos ver que el tratamiento que se le dio a quienes realizan este tipo de conductas son “enemigos” del Estado. En este sentido, cobran relevancia las palabras de los Sres. Diputados:

Sr. Diputado Jaime Orpis, *“El bien jurídico que hoy se está resguardando en el mundo en relación con el tema de la droga es la integridad de la sociedad, no la relación de la víctima con el victimario. Si aceptamos que ése es el bien jurídico que debemos proteger, la consecuencia lógica es que tenemos que alejarnos de una legislación eminentemente garantista y adoptar una de carácter excepcional, como la que en un tiempo se aplicó en contra del terrorismo. Esa es la batalla que hay que dar hoy contra la droga”*³⁵.

Sr. Diputado Juan Bustos, *“En resumen, nos encontramos ante una iniciativa elaborada en forma apresurada, que es de naturaleza represiva, que no integra los aspectos de prevención y de rehabilitación y, lo que es peor, que contradice los más elementales principios de un Estado de derecho”*.³⁶

RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad tiene carácter constitucional. Se hace expresa referencia en el artículo 19 N°3 inciso 7 y 8:

³⁵ Historia de la Ley N°20.000, Discusión en Sala, Diputado Sr. Jaime Orpis, p.184.

³⁶ Historia de la Ley N°20.000, Discusión en Sala, Diputado Sr. Juan Bustos, P.338.

Inciso 7: *“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”*.

Inciso 8: *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*.³⁷

De lo anterior, se aprecia la separación del principio de *“nullum crimen sine lege”* y *“nullum poena sine lege del nulla poena sine iudicio”*.

Ahora bien, en la legislación ordinaria, reconocemos este principio en, al menos dos preceptos, a saber los artículos 1 y 18 del Código Penal:

Artículo 1 del Código Penal: *“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”*.

Artículo 18 del Código Penal: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que 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 exima 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.”

El principio de legalidad es aquel en virtud del cual se establece que no hay delito ni sanción penal sino cuando exista una ley, creada por el legislador, que incrimina el hecho respectivo, donde además debe determinarse concretamente la clase de castigo. En este sentido, Beccaria señala que *“le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale”*³⁸.

³⁸ Beccaria, C. (1973). *Dei delitti e delle pene*. Letteratura italiana Einaudi. p. 10.

De su definición, podemos observar que contiene una doble referencia: al delito y a la pena. Podemos advertir, por una parte, que no hay delito sin ley y, por la otra, que no hay pena sin ley.

No obstante, la doctrina mayoritaria es concordante en atribuir ciertas consecuencias al principio de legalidad. Agregan que este principio cumple tres funciones distintas formuladas sintéticamente de la siguiente manera: “Nullum crimen, nulla poena sine lege previa, scripta et stricta”, es decir, no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta. A raíz de esta concepción del principio de legalidad, desprendemos tres efectos de este principio:

- 1) *En el primero de los sentidos señalados (no hay delito ni pena sin una ley previa), el principio de reserva implica una prohibición de retroactividad que limita, en consecuencia, las facultades del legislador, pero también la del juez que no podrá aplicar una ley nueva a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor. Su tratamiento pormenorizado corresponde, por consiguiente, al capítulo sobre los efectos de la ley penal en cuanto al tiempo.*
- 2) *En el segundo (no hay delito ni pena sin una ley escrita), significa que solo puede ser fuente del Derecho penal una ley formalmente tal, es decir, aquella que se ha formado de conformidad con los arts. 65 y siguientes de la C.P.R. Es, por lo tanto, una limitación dirigida al juez, que no puede buscar delitos y penas en el Derecho consuetudinario, incluyendo entre las últimas la agravación de las mismas.*
- 3) *En el tercer sentido, por último, (no hay delito ni pena sin una ley estricta) el principio expresa una exigencia de taxatividad y, consiguientemente, una prohibición de integración analógica, estrechamente vinculada con el aspecto anterior, pues si se prohíbe al juez recurrir a cualquier clase de normas que no estén contenidas en una ley formal, con mayor razón ha de vedársele la creación de ellas mediante un razonamiento analógico. [...] Sin embargo, a causa de su íntima relación con los problemas relativos a la interpretación de la ley penal —a la cual, en rigor, no pertenece, pero de algunas de cuyas formas es necesario delimitarlo— se lo tratará en ese lugar.³⁹*

Ateniéndonos a la Ley N°20.000, nos demuestra ser una arquitectura compleja, en la que no es posible determinar una única conducta descrita, como queda de manifiesto en los tipos

³⁹ Cury, E. (2020). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Santiago: Ediciones UC. P. 174.

penales de tráfico del artículo 3° y de tráfico de pequeñas cantidades de droga del artículo 4°, como tampoco es posible establecer un único momento comisivo, patente por las distintas hipótesis que prevé cada una de las normas. Como podemos apreciar, además, tampoco es posible sostener que los tipos penales previstos en esta ley respondan a la protección de un único bien jurídico.

Como hemos señalado en los apartados anteriores, respecto al artículo 4° y la indeterminación del concepto “*pequeñas cantidades*”, se deja un campo abierto, entregado al arbitrio judicial para su determinación, la cual precisa la conducta punible, tarea en principio reservada al legislador. La cantidad de droga incautada termina siendo un criterio relevante para diferenciar entre el tráfico y el microtráfico, aunque bien, no es el único criterio al que deben recurrir los jueces para llenar de contenido este concepto de “pequeña cantidad”.

Se le entrega facultad al juez, quien mediante su criterio aplicado al caso en concreto, determina el contenido ex post, es decir, después de los hechos. Esta determinación de contenido después de la ocurrencia de los hechos, provoca que el delincuente, si bien tiene noción sobre la conducta punible, no la tiene sobre el hecho penado, ni el riesgo de la pena. Esta discrecionalidad, vulnera el principio de tipicidad, al no determinarse la conducta sancionada, e incluso, torna imposible la aplicación de la presunción de conocimiento de la ley, pues esta se construye en el caso en concreto por el sentenciador, a posteriori de la ejecución del hecho.

En este sentido, denota que no existe previsibilidad y certeza necesaria sobre la pena de la conducta, siendo esta una afectación del principio *nulla poena sine lege*, específicamente en la exigencia de una *lex previa et certa*, lo que a su vez va en contra de finalidad preventiva de la pena, finalidad propia de un derecho penal liberal.

Ahora bien, ateniéndonos a esta indeterminación del concepto, Rodríguez Collao señala que mientras mayor sea la precisión con que el legislador describe las figuras delictivas, mayor también será la garantía para las personas, “*por este motivo, desde antiguo, los penalistas vienen repitiendo que tanto el delito como la pena deben estar establecidos en una ley, y que deben estarlo en términos muy precisos*”⁴⁰.

⁴⁰ Collao, L. R. (s.f.). *Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso, p.232-233.

Esta cláusula abierta, contraviene el principio de ley estricta. La intención del legislador fue *“dejar en manos de los jueces la flexibilidad suficiente para que sean ellos quienes determinen de manera soberana y discrecional cuando se está en presencia de esas pequeñas cantidades, de ahí que se decidiera por el legislador no establecer condiciones objetivas y expresas a este respecto”*⁴¹.

No obstante, si la intención del legislador fue castigar el tráfico de pequeñas cantidades de drogas, bien pudo señalarse expresamente qué cantidad se entiende por tal. Lo anterior, genera la interrogante de cuándo estaremos en presencia de grandes o pequeñas cantidades de drogas.

Hay distintos ejemplos de legislación extranjera donde se han establecido penas de acuerdo a las distintas cantidades traficadas, resguardando así, la seguridad jurídica y el principio de legalidad, determinando las cantidades específicas que constituyen una pequeña cantidad. De esta manera, abandonan toda posibilidad de otorgar algún grado de discrecionalidad a los jueces en la determinación del castigo, pues que si una persona posee una cantidad un poco superior a la del tipo privilegiado, inmediatamente pasa a la del tipo superior.

Por nuestra parte, el legislador descartó esta posibilidad. De esta entrega a los jueces de la facultad de determinar cuándo estamos frente a una pequeña cantidad, se encuentra el propósito de permitir a los magistrados una mayor flexibilidad al momento de enjuiciar estos delitos. La cantidad se transforma en un elemento importante a considerar, mas no el único. En aras de la justicia y la proporcionalidad de la pena, las particulares circunstancias concomitantes al tráfico deben ser consideradas. De esta manera, el principal efecto que se consigue con esta flexibilidad entregada a los jueces es la de evitar que los individuos se escuden en una determinada cantidad para ser sancionados directamente como microtraficantes.

El contexto del tráfico, apreciado por los jueces a la luz de los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, junto a la cantidad incautada, nos configuran el delito de microtráfico. Únicamente con la uniformidad en los criterios indiciarios puede resguardarse tan preciado fin del Derecho. Sin embargo, concordamos

⁴¹ Sentencia CS, Segunda Sala, ROL 3819-2006.

con las palabras de Scalia, que señala que es *“un camino lleno de peligrosas zonas de arbitrariedad y discrecionalidad entregadas a las instituciones punitivas, policiales y judiciales, por un lado, y de formas de “legalismo ético” marcado por la presencia de normas con orientaciones de “conductismo social” moralista y conservador por parte de las autoridades políticas-legislativas”*⁴².

Como hemos analizado en apartados anteriores, se ha hecho una equivocada interpretación del elemento “pequeña cantidad”, donde el juez ha echado mano a un sinfín de elementos con el propósito de llenar de contenido este concepto, valiéndose de criterios cualitativos, donde se toman en consideración las circunstancias del delito, e incluso, las características propias del imputado, lo cual analizaremos a continuación.

Un ejemplo de ello, ha sido el criterio de la habitualidad. Este elemento, no está explicitado en ningún artículo de la referida ley, sin embargo, ha sido adoptado como un criterio que distingue entre los delitos de tráfico y microtráfico. Debido a lo anterior, como dicha conducta no está consagrada en el tipo, no debiese servir para la determinación del mismo, no obstante, suele ser materia en la jurisprudencia en estos casos.

En consecuencia, esta discrecionalidad excesiva, conlleva al riesgo de que se dicten sentencias sumamente injustas, donde para decidir imponer el delito de tráfico o de microtráfico se utilizan argumentos antojadizos que vulneran los principios que rigen al Derecho penal.

RELACIÓN CON LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Este principio se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, establecido expresamente en la Constitución:

Artículo 1º *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” [...]*

⁴² Scalia, P. (2005). Prohibicionismo, grupos sociales "a riesgo" y autoritarismo institucional. La censura social hacia los "microtraficantes". *Polis Revista latinoamericana*, pp. 2 -3.

Artículo 19 N°2 *“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.*

Artículo 19 N°3 inciso 1 e inciso 2 primera parte de la Constitución Política de la República de Chile: *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.*

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

Avocándonos a nuestro estudio, y a la anteriormente referida “guerra contra las drogas” materializada en la Ley N°20.000, en esta se ha hecho un símil entre “droga-drogadicto” y “microtraficante-delincuente”, pasando el derecho penal a ser una reacción contra un “enemigo” en particular, que es el microtraficante.

Esta es una clara característica del derecho penal autoritario, que se hace evidente en el “Código Rocco”, en las leyes nacional-socialistas, etc., puesto que para el derecho penal autoritario pasa a segundo término la lesión al bien jurídico y cobra importancia prioritaria la detección del "enemigo", es decir que la acción típica no tiene importancia por su conflictividad por afectar un bien jurídico, sino por ser síntoma revelador de la “enemistad”.⁴³

La regulación contra las drogas recoge ciertos aspectos de lo que la doctrina denomina “derecho penal del enemigo”, cuyas características, de acuerdo con Jakobs, se pueden describir en tres elementos: *“en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”.*⁴⁴

⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁴ Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho Penal Del Enemigo*. Madrid, España: Civita Ediciones.p.79-81.

“Ocurre que esta variedad de autoritarismo ampara un determinado trasfondo social, arraigadísimo en el país. La estratificación social chilena es clasista. [...] De sus invisibles manejos dimana la moral pública que reputa la droga como una epidemia, al consumidor como un disoluto y, en privado, al traficante como un peligro vivo para la inmovilidad de la estructura social”⁴⁵.

Debido a la indeterminación del concepto “*pequeñas cantidades*”, se han generado diversas discusiones doctrinarias y una aplicación subjetiva del tipo penal contenido en el artículo 4°, en razón de la discrecionalidad de los jueces, generándose dificultades para aplicar de manera uniforme la ley, lo cual ha dado cabida a ciertas arbitrariedades, lo cual conlleva ciertamente a una afectación de la certeza jurídica, provocando con esto, también vulneraciones a la igualdad ante la ley.

Con la Ley N°20.000, se ha adoptado una regulación de las sustancias ilícitas, que pugna con las garantías penales, donde el poder punitivo, ha discriminado a ciertos individuos.

Por esta indeterminación del concepto regulativo, se toma en consideración criterios indiciarios utilizados para configurar el delito de microtráfico, tales como la situación personal o socioeconómica de los acusados, la condición o calidad del consumidor, y otras circunstancias de hecho.

Las circunstancias personales del acusado, como de su entorno socioeconómico, son valoradas por el juez al momento de entender si hay un tráfico de pequeñas cantidades de drogas para descartar el propósito o destino a un uso o consumo personal. La magnitud económica del comercio ilícito de la droga se reflejaría en diversos aspectos patrimoniales del sujeto activo, como su estilo de vida, bienes materiales que posee y la zona o comuna donde reside.

La condición de consumidor del acusado también ha sido un criterio a considerar por el juez, no solo por constituir un elemento negativo del microtráfico que excluye la sanción, sino porque puede llevar a estimar la configuración de una falta y no del delito. Sin embargo, este factor de interpretación o “condición” del acusado, ha sido utilizado para configurar el delito de tráfico, microtráfico y la falta de consumo, lo que demuestra no haber una claridad ni

⁴⁵ Guzmán Dálbora, José L, *op. cit.*, p. 430.

uniformidad acerca de cuál es en definitiva su validez a la hora de distinguir entre estas figuras penales.

Como bien señalamos, el principio de igualdad actualmente se encuentra protegido en distintos ámbitos del derecho penal, *“por una parte respecto a la tipificación de delitos que no dicen relación por una cualidad de la persona sino por el hecho cometido”*⁴⁶. No obstante, en la Ley N°20.000, los criterios cualitativos utilizados por los jueces, principalmente se enfocan en las características propias del imputado, e incluso, en base a circunstancias similares, obteniendo calificaciones jurídicas distintas.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS

En este capítulo analizaremos nuestra jurisprudencia nacional siempre desde la óptica de los principios de legalidad e igualdad, esto para poder atender la problemática que motiva este trabajo como también saber qué opinan los jueces de la misma.

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resulta importante revisar la existencia de sentencias del Tribunal Constitucional a la luz de requerimientos de inaplicabilidad en la materia, cuya búsqueda resultó infructuosa. Creemos que esto se debe a que los requerimientos de inaplicabilidad tienen como fin buscar la aplicación de normas favorables al imputado, pero al presentar un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 4° de la Ley 20.000, podría tener como efecto la aplicación del artículo 3° de la misma, lo cual no sería para nada provechoso en el cómputo de la pena para la parte requirente.

Los únicos requerimientos que son presentados en referencia al microtráfico, son los que tienen que ver con el inciso 1° de la ley 18.216 que prohíbe la aplicación de penas sustitutivas en delitos de microtráfico, tema que sobrepasa los límites de este trabajo.

⁴⁶ Naquira, J. (2008). Principios y penas en el Derecho Penal Chileno. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología* (10). p. r2:25.

SENTENCIAS TRIBUNALES PENALES

Si bien no se encuentran sentencias donde se mencione el principio de legalidad o de igualdad de forma textual, si hay sentencias que sirven al análisis desde los principios.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Sobre el principio en cuestión ya se han revisado sentencias útiles a lo largo del trabajo, pero sí es importante precisar de mejor forma el contenido de las mismas.

Como hemos dicho anteriormente, un fallo que reconoce la indeterminación de la norma y más que eso, lo acepta y le entrega un camino para su aplicación, es el fallo 2005-05 de la CS, este fallo como resulta evidente es antiguo, pero vemos por ejemplo en los fallos de las Cortes de Apelaciones que este es aún tiene vigencia.

A modo de ejemplo, podemos ver en el fallo ROL 1005-2022 de la ICA de Valparaíso que se utiliza para fundamentar la sentencia que es un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho que este caso como es usual, fue rechazado.

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

Si bien como se dijo, la determinación de lo que debe entenderse como pequeña cantidad de droga, quedó entregada a la decisión de los tribunales de justicia, las razones esgrimidas por el legislador permiten tener un parámetro para determinar cuándo se está en presencia de un delito de microtráfico o tráfico.⁴⁷

Como ya hemos expuesto, una de las principales afectaciones al principio de legalidad, es la determinación judicial del concepto pequeñas cantidades y en el fallo ROL 1368-2022 de la ICA de San Miguel podemos ver el reconocimiento de los criterios jurisprudenciales que hemos señalado en capítulos anteriores.

Es así que, en el considerando décimo nos encontramos con el criterio de la dosificación el que en esta causa determina la calificación jurídica de los hechos como tráfico.

“Décimo: Que, a juicio de esta Corte, la calificación efectuada por el tribunal del grado aparece acertada y coherente con el mérito de los hechos establecidos, pues acreditado que la droga encontrada se hallaba distribuida en 586 contenedoras, en que fueron distribuidos más de 250 gramos, impide considerar que la conducta corresponda a la figura conocida como microtráfico.”⁴⁸

Más adelante en el mismo fallo, se reconoce la dificultad de identificar el precepto de pequeñas cantidades y entrega una guía sobre qué elementos y circunstancias ayudan a la calificación jurídica de los hechos.

“Sin embargo, la dificultad de este precepto, radica en los criterios que permiten calificar una cantidad como "pequeña" para estos efectos, encontrándose conteste la jurisprudencia, que ello no se reduce sólo a la cuestión objetiva de la cantidad o peso, que puede compararse con otros casos que sirvan de parámetro, sino que deben considerarse otro tipo de factores.

Nuestra Corte Suprema, ha descartado que la mera circunstancia de la venta al menudeo de droga, y el caso del vendedor de droga al consumidor final, implique necesariamente la figura de microtráfico, sino que deben ser considerado los aspectos de hecho y circunstancias concretas, que involucren aspectos que van más allá de la cantidad, sino también calidad, tipo de droga y otros elementos concomitantes del caso. En tal sentido, aparece

⁴⁷ Sentencia ICA Valparaíso, ROL 1005-2022.

⁴⁸ Sentencia ICA San Miguel, ROL 1368-2022.

totalmente plausible, considerar como criterio para esta calificación, la cantidad de dosis en que se distribuye la droga incautada.”⁴⁹

PRINCIPIO DE IGUALDAD

A continuación analizaremos diversas sentencias donde a pesar de basarse en circunstancias similares se obtienen calificaciones jurídicas distintas, ejemplo de esto es la comparación del fallo Rol 534-2019 del 6to TJOP de Santiago y el fallo ROL 4492-2022 de la Segunda Sala de la CS.

Estos fallos tienen un punto en común, el cual es que tratan sobre hechos desarrollados dentro de centros penitenciarios, en el primero de estos fallos, aplicando los criterios jurisprudenciales usuales ya explicados, se determinó que el tráfico de 47,25 gramos de cannabis, 19,67 gramos de cocaína y 112,27 gramos de cocaína base correspondía a uno de pequeñas cantidades, mientras que en el segundo fallo, se consideraron que 20 gramos de cannabis correspondían a la figura de tráfico del artículo 3º, esto pues según el juez el tráfico en dosis pequeños es propio de uno realizado en un ambiente controlado como los recintos penitenciarios.

Este es un criterio propio del razonamiento del juez que se dio en la causa Rol 4492-2022, pero no en la causa Rol 534-2019, siendo que ambos casos tratan del intento de ingresar drogas dentro de un penal, en síntesis, por las mismas circunstancias y con una mucho menor cantidad de droga, se obtiene una pena considerablemente mayor, en este tipo de casos donde los criterios de determinar el concepto se le entregan al juez es propio y normal que se den este tipo de condenas injustas.

También uno de los ejemplos más repetidos por quienes se dedican al estudio del tema corresponde a que dependiendo del lugar de asiento del tribunal la flexibilidad del concepto pequeñas cantidades es mayor, esto resulta evidente por ejemplo en fallos como el de ROL 180-

⁴⁹ Ibid.

2019 del TJOP de Antofagasta, donde se consideró que el tráfico de 416 gramos de cannabis era de pequeña cantidad y se condenó bajo el artículo 3° de la ley 20.000 a todos los participantes.

Lo destacado del fallo resulta evidente, puesto como se ve en el gráfico expuesto capítulos más arriba, en promedio la línea de gris está entre los 200-300 gramos, es decir, que arriba de los 300 gramos de cualquier clase de droga es una constante la calificación jurídica de los hechos como tráfico del artículo 3°, salvo excepciones como estas.

Esto resulta sumamente gravoso cuando tenemos casos en que se condena por tráfico por 20 gramos como expusimos anteriormente, o casos como el de Rol 2-2022 del 6° TJOP de Santiago donde hubo una condena por tráfico por 258 gramos de cocaína base y el de Rol 699-2022 de la ICA de Valparaíso donde en total habían 208.11 gramos de droga. En ambos casos condenaron por tráfico por casi la mitad de droga de la presente en el caso de Antofagasta.

CONCLUSIÓN

El delito de microtráfico del artículo 4 de la Ley 20.000 ha traído muchas dificultades desde su entrada en vigencia dado la falta de precisión del concepto “pequeñas cantidades”, aunque pareciera ser que se ha normalizado y asentado en nuestra jurisprudencia que la labor de determinar este concepto le compete al juez que conoce el caso concreto. Esto si bien con la creación de criterios jurisprudenciales ha permitido la aplicación de la norma, también ha traído problemas, dado que al estar la figura indeterminada a priori, su determinación a posteriori, que de por sí es una afectación al principio de legalidad, donde afecta también al principio de igualdad, dado que un mismo hecho dependiendo tanto de los criterios del juez como del lugar del tribunal, puede ser calificado como tráfico o como microtráfico.

A raíz de lo anterior, surge la idea de buscar una solución que responda a esta problemática que otorgue mayor certeza jurídica y protección de los principios de legalidad penal e igualdad. En base a esto, analizaremos tres alternativas, entre ellas: precisar el concepto de “pequeñas cantidades”; derogar el tipo penal del artículo 4° de la Ley 20.000, y modificar el tipo.

Respecto de la primera alternativa, es decir, la de precisar el concepto de “pequeñas cantidades”, la consideramos inviable, toda vez que conllevaría a tener que determinar la cantidad de cada tipo de droga, lo cual, prácticamente nos traería muchos problemas. Entre ellos, en primer lugar, porque fácticamente cada año hay nuevas sustancias y derivados de esas sustancias que afectan a la salud pública, por lo cual se requeriría una reforma legal cada año, esto se podría solucionar con una remisión normativa a un órgano administrativo, pero esto sería solo trasladar el problema; en segundo lugar, porque la ley solo debe regular en abstracto, es el juez quien debe aplicar esta misma ley abstracta al caso concreto, siempre que dicha ley no tenga una abstracción desmesurada como es el caso que nos convoca.

Ahora bien, la idea de derogar este tipo penal, no la consideramos adecuada, ya que esto afectaría el fin del legislador al crear este tipo privilegiado, puesto nos retrotraería al problema de que frente a cantidades pequeñas de drogas las penas sí o sí serían las del tráfico del artículo 3º, las cuales son considerablemente más altas.

Por último, está la alternativa de modificar el tipo penal del artículo 4º, lo cual consideramos la idea más viable y adecuada. En este sentido, propondríamos la idea de, más que determinar el concepto de “pequeñas cantidades”, delimitaríamos la discrecionalidad del juez a la hora de hacerse cargo de las circunstancias concomitantes del hecho, es decir, de los criterios jurisprudenciales que analizamos en los apartados anteriores, sin incluir aquellos que atiendan a las características del sujeto, como lo son su condición socioeconómica o su situación de consumidor.

Ejemplos de los criterios que se podrían establecer en la ley podrían ser los siguientes:

- 1) Cantidad de la droga.
- 2) Antecedentes de la investigación.
- 3) Forma de dosificación y distribución de la droga, esto según los hechos y no según suposiciones a futuro.

En términos prácticos, esto beneficiaría también a la defensa la cual tendría mayores argumentos para interponer recurso de nulidad en caso de una dictación de una sentencia

condenatoria, porque los criterios ya no serían una mera discreción del tribunal, dado que la ley señalaría cuáles serían las circunstancias para tomar en cuenta, y el juez deberá hacerse cargo de cada una al momento de argumentar si va a condenar por tráfico o microtráfico.

Por lo anterior, es necesario implementar cambios legislativos que se ajusten a las nuevas realidades sociales, y acabar con esa expresión “prohibicionista” de la ley, ajustando el Derecho a la sociedad, en convivencia con los ciudadanos, y no como un mero instrumento de control de una moral determinada.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. (2008). Nulla Poena Sine Lege en Derecho Penal Internacional. *Estudios de Derecho Penal Intenacional, Tomo II*.
- Arrieta, N. (2011). El delito de “microtráfico” en la jurisprudencia: sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la “pequeña cantidad”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (46), 81-110.
- Beccaria, C. (1973). *Dei delitti e delle pene*. Letteratura italiana Einaudi.
- Castro, J. (s.f.). Una década de dificultades interpretativas, acoge recurso de nulidad de la fiscalía. Más allá de la cantidad y pureza de la droga en los tipos penales del artículo 4° y 3° de la Ley N°20.000. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (81).
- Collao, L. R. (s.f.). *Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso.
- Concha, N. A. (2010). Evolución normativa del Derecho chileno en materia de tráfico ilícito de drogas. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (N°45), 163.
- Cury, E. (2020). *Derecho Penal Parte General, Tomo I*. Santiago: Ediciones UC.
- Dálbora, J. L. (2021). *José Luis, Elementos de Filosofía Jurídico-Penal*. Valparaíso: Prolibros.
- Dálbora, J. L. (2017). Trascendencia de la pena al defensor y autoprotección del Estado en la ley chilena de estupefacientes. *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, 411.
- Delgado, F. R. (Diciembre de 2009). El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la Ley 20.000. *Política Criminal*, 4(8), 410.

- Dolmestch, R. N. (s.f.). El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 4° de la Ley N°20.000. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 290.
- Figueredo, J. D. (s.f.). Una propuesta alternativa al discurso de la criminalización/descriminalización de las drogas. *Revista Chilena de Derecho*, 22(2).
- Heinkel, H. (2005). *Exigibilidad e inexistencia como principio jurídico regulativo*. Trad.: Gúzman Dalbora, Jose (Vol. 2). Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Historia de la Ley N°20.000.
- Jakobs, G., & Cancio Melia, M. (2003). *Derecho Penal Del Enemigo*. Madrid, España: Civita Ediciones.
- Náquira, J. (2008). Principios y penas en el Derecho Penal Chileno. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (10).
- Presidente de la República, Mensaje N°232-341, en historia de la ley 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional, diciembre de 1999.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho Traducción de la séptima edición alemana*. Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2022). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid, España: Thomson Reuters
- Scalia, P. (2005). Prohibicionismo, grupos sociales "a riesgo" y autoritarismo institucional. La censura social hacia los "microtraficantes". *Polis Revista latinoamericana*.

Torres, S. (2013). Características y consecuencias del Derecho Penal de Emergencia. En L. Ferrajol, R. Zaffaroni, & S. Torres, *La Emergencia del Miedo*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

Velis, L. C. (2009). Del microtráfico de drogas y del análisis jurisprudencial de sus más importantes criterios indiciarios. *Revista de Estudios Ius Novum* (Nº2), 93.

Zaffaroni, E. R. (Diciembre de 2009). La legislación Anti-Droga Latinoamericana: Sus Componentes de Derecho Penal Autoritario. *Entre el Control Social y los Derechos Humanos Los Restos de la Política y la Legislación de Drogas*, 1.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA:

Sentencia CS, Segunda Sala, ROL 2005-2005.

Sentencia CS, Segunda Sala ROL 3819-2006

Sentencia CS, Segunda Sala, ROL 6788-2007

Sentencia CS, Segunda Sala, ROL 29597-2019

Sentencia CS, Segunda Sala, ROL 4492-2022

CORTES DE APELACIONES:

Sentencia ICA Concepción, ROL 45.639-17

Sentencia ICA Valparaíso, ROL 1481-2022

Sentencia ICA Valparaíso, ROL 699-2022

Sentencia ICA Valparaíso, ROL 766-2022

Sentencia ICA Valparaíso, ROL 1005-2022

Sentencia ICA San Miguel, ROL 1368-2022

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL:

Sentencia TJOP Viña del Mar, ROL 343-2016

Sentencia TJOP Coyhaique, ROL 59-2019

Sentencia 6° TJOP Santiago, ROL 534-2019

Sentencia TJOP Ovalle, ROL 121-2019

Sentencia TJOP Antofagasta, ROL 211-2019

Sentencia TJOP Antofagasta , ROL 180-1019

Sentencia TJOP Ovalle, ROL 18-2020

Sentencia TJOP Melipilla, ROL 62-2020

Sentencia 6° TJOP Santiago, ROL 250-2020

Sentencia TJOP La Serena, ROL 23-2020

Sentencia 1° TJOP Santiago, ROL 81-2020

Sentencia 2° TJOP Santiago, ROL 234-2020

Sentencia 6° TJOP Santiago, ROL 218-2020

Sentencia TJOP Arica, ROL 244-2020

Sentencia TJOP Chillan, ROL 110-2020

Sentencia TJOP Talca, ROL 273-2021

Sentencia TJOP San Bernardo, ROL 57-2021

Sentencia 6° TJOP Santiago, ROL 334-2021

Sentencia TJOP Viña del Mar, ROL 6-2021

Sentencia TJOP Arica, ROL 161-2021

Sentencia TJOP Concepción, ROL 63-2022

Sentencia 6° TJOP Santiago, ROL 2-2022

Sentencia TJOP Copiapó, ROL 149-2022

Sentencia TJOP Los Andes, ROL 1-2022

Sentencia 1° TJOP Santiago, ROL 52-2022

Sentencia 6° TJOP Santiago, ROL 2- 2022

