UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

ESCUELA DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

TRÁFICO, CONSUMO, PORTE Y CULTIVO: EL CANNABIS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO Y LOS PROBLEMAS EN TORNO A SUS FIGURAS PENALES.

JAVIER ANDRÉS BUZETA ZERGA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Rodrigo Ríos.

Santiago, Chile

2021

¨Porque la experiencia nos muestra, respecto de toda clase de infracciones, que por severas que sean las penas con que son conminadas, siempre habrá un número de ellas que se seguirán cometiendo: el propósito razonable del derecho penal es mantener ese número dentro de los niveles mínimos posibles para una convivencia civilizada. De lo contrario, al observar que pese a lo grave de las penas, continúan cometiéndose delitos, parecería natural modificar la ley para hacerlas más severas todavía, y al no conseguirse aún la eliminación total, elevarlas otra vez, y así sucesivamente, hasta que todos los delitos terminaran siendo sancionados con pena de muerte o presidio perpetuo (lo que, por lo demás, tampoco los suprimiría por completo) ¨

Luis Alfredo Etcheberry.

ÍNDICE TEMÁTICO

I. INTRODUCCIÓN……pp. 1 – 4.

CAPÍTULO I: CONCEPTO DE DROGA, ESTUPEFACIENTE Y SICOTRÓPICO; Y SU CONSAGRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

1. DROGA……...pp. 5 – 6.

2. ESTUPEFACIENTE…….…….p. 6.

3. SICOTRÓPICO/A……..…pp. 6 – 7.

4. SICOACTIVO/A……pp. 7 – 8.

5. CANNABIS……..p. 8.

6. REGULACIÓN HISTÓRICA DE LAS DROGAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO……...pp. 9 – 11.

7. SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y SICOTRÓPICAS DE ACUERDO A LA LEY N° 20.000……...pp. 11 – 12.

8. EL CARÁCTER TAXATIVO DEL DECRETO N° 867 (REGLAMENTO DE LA LEY N° 20.000)……pp. 12 – 13.

8.1. En relación a la taxatividad del Decreto N° 867: Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, ROL N° 1318-2016…….pp. 13 – 15.

9. CONCEPTO DE CANNABIS DE ACUERDO A LA LEY N° 20.000….pp. 15 – 16.

CAPÍTULO II: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA LEY N° 20.000 Y LOS DELITOS EN TORNO AL CANNABIS.

1. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO……pp. 17 – 20.

1.2. Los delitos que protegen la salud pública como delitos de peligro abstracto……..…pp. 20 – 21.

1.2.1. El principio de lesividad o de ofensividad……pp. 21 – 25.

2. EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO (SENTIDO AMPLIO)……..pp. 25 – 26.

2.1. Objeto material…….p. 26.

2.2. Conducta punible……..pp. 26 – 27.

2.3. Medios de comisión……..p. 27.

2.3.1. La elaboración, fabricación, preparación, producción y extracción……....pp. 27 – 29.

2.3.2. La oferta y la donación……pp. 29 – 30.

2.3.3. La distribución y el corretaje……...pp. 30 – 31.

2.3.4. El financiamiento y la organización……...pp. 31 – 32.

2.3.5. Tráfico por omisión……..pp. 32 – 33.

3. LA FALTA DE COMPETENTE AUTORIZACIÓN…….pp. 33 – 34.

4. EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO (SENTIDO ESTRICTO)……pp. 34 – 35.

4.1. El tráfico ilícito como delito de emprendimiento……pp. 35 – 36.

4.2. Las modalidades de tráfico……..…p. 36.

4.2.1. La posesión……..……..p. 36.

4.2.2. La adquisición……..pp. 36 – 37.

4.2.3. La guarda……p. 37.

4.2.4. El porte…….p. 37.

4.2.5. La transferencia……...…pp. 37 – 38.

4.2.6. El suministro……p. 38.

4.2.7. El transporte, la importación y la exportación…….pp. 38 – 39.

4.2.8. La sustracción……p. 39.

5. EL TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS (MICROTRÁFICO)…….p. 40.

5.1. El microtráfico como figura privilegiada y especial del delito de tráfico……pp. 40 – 41.

5.2. El concepto ¨pequeña cantidad¨ del artículo 4° de la Ley N° 20.000…….pp. 41 – 44.

6. LA SITUACIÓN DE CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES ENTRE EL ARTÍCULO 3° Y 4° DE LA LEY N° 20.000……..pp. 44 – 46.

6.1. El principio *non bis in ídem* en el concurso aparente de leyes penales……....pp. 46 – 47.

6.2. El principio de insignificancia……...p. 47.

6.3. El principio de especialidad……...pp. 47 – 48.

6.4. El principio de consunción……..…pp. 48 – 49.

7. EL DELITO DE CULTIVO DE ESPECIES VEGETALES DEL ART. 8° DE LA LEY N° 20.000…….pp. 50 – 51.

8. EL PORTE-IMPUNE Y EL PORTE-FALTA……pp. 52 – 55.

9. RÉGIMEN ESPECIAL DE AGRAVANTES DEL ART. 19 DE LA LEY N° 20.000……..……pp. 56 – 58.

9.1. Art. 19 letra a): Haber participado en una agrupación o reunión de delincuentes……pp. 58 – 61.

9.2. Art. 19 letra b): Utilización de violencia, armas o engaño…...pp. 61 – 62.

9.3. Art. 19 letra c): Suministro, promoción o facilitación de estupefacientes o sustancias sicotrópicas a menores de edad o a personas con capacidades mentales disminuidas o perturbadas……...pp. 62 – 64.

9.4. Art. 19 letra d): Aprovechamiento de cargo público…….pp. 64 – 66.

9.4.1. El delito de omisión de denuncia por parte de los funcionarios públicos (art. 13 de la Ley N° 20.000)……....pp. 66 – 68.

9.5. Art. 19 letra e): Utilización de inimputables……pp. 68 – 70.

9.6. Art. 19 letra f), g) y h): Agravación de la pena en atención al espacio físico en que se desarrolla el delito……..…pp- 70 – 71.

9.6.1. Art. 19 letra f): Establecimientos educacionales…...pp. 71 – 72.

9.6.2. Art. 19 letra g): Instituciones deportivas, culturales o sociales……pp. 72 – 73.

9.6.3. Art. 19 letra h): Centros hospitalarios, lugares de detención o reclusión y recintos militares o policiales……pp. 73 – 75.

10. LA IMPROCEDENCIA DE LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N° 7 DEL CÓDIGO PENAL RESPECTO DE LOS DELITOS DE LA LEY N° 20.000.....pp. 75 -76.

<u>CAPÍTULO III: EL CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO Y EL TRATAMIENTO MÉDICO COMO HIPÓTESIS DE ATIPICIDAD.</u>

1. EL CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO……p. 77.

1.1. Elementos……pp. 77 – 79.

1.2. En relación a la pureza de la sustancia estupefaciente o sicotrópica: El informe del art. 43 de la Ley N° 20.000……..pp. 79 – 80.

1.2.1. Argumentos a favor del art. 43 de la Ley N° 20.000…….….pp. 80 – 82.

1.2.2. Argumentos en contra del art. 43 de la Ley N° 20.000……..pp. 82 – 83.

1.3. Aplicación del consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo…….….p. 84.

1.4. Sobre la atipicidad del cultivo de plantas del género cannabis destinado al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo……...p. 84.

1.4.1. Sentencia ROL N° 4949-2015 de la Corte Suprema: Un cambio de paradigma……p. 85.

1.4.2. Respecto al bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000 y el principio de ofensividad……pp. 85 – 86.

1.4.3. Respecto a la ¨autolesión¨……..pp. 86 – 88.

1.4.4. Respecto al elemento ¨exclusividad¨ del consumo personal y próximo en el tiempo……..pp. 88 – 91.

1.4.5. Posturas diversas respecto a la atipicidad del cultivo de cannabis destinado al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo……..pp. 91 – 93.

1.4.6. Sobre la autorización de cultivo del SAG…….pp. 93 – 95.

2. EL TRATAMIENTO MÉDICO……p. 95.

2.1. Aplicación del tratamiento médico……pp. 95 – 96.

3. EL ONUS PROBANDI EN RELACIÓN AL CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO, Y AL TRATAMIENTO MÉDICO……..pp. 96 – 98.

4. EXCURSO: EL OLOR A CANNABIS COMO INDICIO EN RELACIÓN AL ART. 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL……pp. 98 – 101.

II. CONCLUSIONES...……..…pp. 102 – 108.

III. BIBLIOGRAFÍA………pp. 109 – 116.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.000 que ¨*sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*¨ en el año 2005, derogando la anterior Ley N° 19.366 de 1995, se creó el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas más conocido como *microtráfico*, buscando poder otorgarle a los tribunales la posibilidad de diferenciar las penas entre quienes realizaban conductas de tráfico con pequeñas cantidades de droga en relación a quienes lo realizan a gran escala formando parte del llamado narcotráfico. Esta figura, que se estableció en el art. 4° de la Ley, incluyó también como causales de justificación para las conductas de posesión, transporte, guarda y porte, la destinación de las sustancias respectivas a un tratamiento médico o al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

El consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo en la Ley N° 19.366 estaba considerado en relación al cultivo de especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas dónde, ante la concurrencia de esta circunstancia, la conducta sería sancionada bajo el régimen de faltas; misma sanción que recibía en esta Ley el porte o tenencia de sustancias ilícitas en lugares públicos destinadas al consumo personal exclusivo y próximo. Por tanto, la consagración de este elemento en el art. 4° de la Ley N° 20.000, sin realizar un reenvío a otra norma como sucede en el caso del delito de cultivo de especies vegetales, plasmó de manera clara su rol como causal de justificación de las conductas típicas de *microtráfico*, abriendo de esta manera una posibilidad para el consumo lícito de las sustancias reguladas por Ley, dentro de las que se encuentra, justamente, el cannabis. Esto fue una innovación sobretodo en relación al consumo con fines recreativos puesto que el porte, tenencia y consumo en lugares públicos con prescripción médica (hoy tratamiento médico) era impune en la Ley N° 19.366, situación que se mantiene en la actual Ley N° 20.000.

Según el *¨Informe Sobre Consumo De Drogas En Las Américas 2019¨* de la Organización de Estados Americanos (OEA)[1], Chile al año 2016 es el segundo país con mayor porcentaje de prevalencia de consumo de cannabis en la población general, teniendo un 14,5%, estando por encima de Canadá y Estados Unidos cuyos porcentajes están en torno al 14%, siendo superado solo por Jamaica cuyo porcentaje es cercano al 16%[2]. También, de acuerdo a los datos aportados por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) en el *¨World Drug Report 2020¨*[3], Chile al año 2018 tiene el tercer lugar a nivel mundial por consumo de cannabis en la población adulta, teniendo un porcentaje del 15,1%, superado por Estados Unidos con un 17% e Israel con un 27%[4]. En términos judiciales, conforme a lo informado por la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía de Chile en su *¨Observatorio Al Narcotráfico Informe 2020¨*[5] los imputados por delitos de la Ley N° 20.000 en el 2018 fueron 24.026 y en el 2019 fueron 23.650[6], donde existe una clara prevalencia de la figura del *microtráfico* que el año 2018 tuvo 13.456 imputados, siendo condenados 5.912 por dicho delito[7], en comparación al tráfico propiamente tal, que en el año 2018 tuvo 5.962 imputados, siendo condenados 4.536[8]; y al cultivo que en el mismo año tuvo 2.183 imputados, siendo condenados 1.313[9]. Teniendo en consideración estas cifras, se logra apreciar la importancia de la figura del tráfico ilícito de pequeñas cantidades, siendo en la práctica el delito más común de la Ley

---

[1] ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CICAD). Informe del Consumo de Drogas en las Américas 2019 **[en línea]** [Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2020]. **Disponible en:** <http://cicad.oas.org/Main/ssMain/HTML%20REPORT%20DRUG%202019/mobile/index.html>

[2] *Ibídem.* p. 68.

[3] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). World Drug Report 2020 **[en línea]** [Fecha de consulta: 12 de enero de 2021]. **Disponible en:** <https://wdr.unodc.org/wdr2020/index.html>

[4] CNN CHILE. *¨Chile es el Tercer País en Todo el Mundo que Registra Mayor Consumo de Marihuana entre Adultos¨.* 2020. **[en línea]** [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2020]. **Disponible en:** <https://www.cnnchile.com/tendencias/chile-consumo-marihuana-mundo_20201116/>

[5] FISCALÍA DE CHILE. UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS. *Observatorio del Narcotráfico Informe 2020* **[en línea]** [Fecha de consulta: 8 de abril de 2021]. **Disponible en: <**http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/observatorionarcotrafico2020.jsp>

[6] *Ibídem.* p. 54.

[7] *Ibídem.* pp. 55, 63.

[8] *Ídem.*

[9] *Ídem.*

N° 20.000, y llama la atención la gran incidencia que tiene el cannabis en nuestro país a pesar de la regulación existente en torno a esta sustancia, dónde sólo el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo junto con el tratamiento médico se erigen como las causales de justificación o atipicidad que, en determinados casos, legitimarían el uso del cannabis.

Sin embargo, la creación del delito de *microtráfico* ha traído consigo distintos problemas en la práctica, lo que también ha generado diversas posturas desde la doctrina y la jurisprudencia. En primer lugar, la indeterminación de lo que ha de entenderse por ¨pequeña cantidad¨, que es el elemento especializante del delito del art. 4° de la Ley N° 20.000, siendo también un elemento normativo del tipo, ha delegado en los tribunales la obligación de determinar en el caso concreto cuándo se está frente a una pequeña cantidad que habilite la aplicación del delito de *microtráfico*, por lo que no existe un estándar que defina *a priori*, bajo qué figura penal será sancionada la conducta realizada, por lo que dependerá netamente del tribunal de la instancia (y de los elementos de interpretación a los que recurra) para determinar si se está en presencia del delito de tráfico ilícito del art. 3° o del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades del art. 4°, por lo que una misma cantidad visto desde el prisma de dos tribunales distintos, podría ser constitutiva de distintos tipos penales. Situación similar ocurre con el ¨consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo¨, en que la proximidad en el tiempo es un elemento que tampoco está definido, por lo que nuevamente recae en los jueces de la instancia la obligación y la facultad de determinar si la conducta en particular, a su juicio, cumple con los elementos para poder constituirse como una causal de justificación, excluyendo así la aplicación de una sanción penal.

Sumado a esto, también han ocurrido distintos ¨sucesos jurídicos¨ que dicen relación con el cannabis y su regulación. Por ejemplo, en el año 2015 la Corte Suprema reconoció la atipicidad del cultivo de cannabis que está destinado a un consumo personal exclusivo y próximo (a pesar del reenvío que hace el art. 8° al art. 50), señalando que incluso la conducta podría ser realizada por más de una persona y seguir manteniendo el carácter de exclusivo. En el ámbito internacional,

en el año 2020, la Comisión de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), por mayoría decidió retirar el cannabis y la resina de cannabis de la Lista IV de la Convención Única de 1961 Sobre Estupefacientes[10], reconociendo así el potencial terapéutico y medicinal que tiene esta planta; lo que también se condice con el objetivo que tiene esta Convención, que consiste en limitar el uso de los estupefacientes para fines médicos y para investigaciones científicas. Esto también se suma al debate global que se ha instalado durante la última década en distintos Estados respecto a regular el uso del cannabis, ya sea para fines médicos o recreacionales, tal como ha sucedido, por ejemplo, en: Uruguay, Canadá, Estados Unidos, México, entre otros.

De esta manera, se logra apreciar que el cannabis es un fenómeno que está ocurriendo no sólo en Chile, sino que a nivel global, y además es un fenómeno que se está desarrollando bajo el alero del marco legal actual, en el caso de Chile bajo la Ley N° 20.000; razón por la que el objetivo del presente estudio es definir los criterios jurídicos existentes en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia en torno a las figuras penales más comunes relacionadas con el cannabis, siendo éstas: el tráfico (incluyendo el microtráfico), porte, consumo y cultivo. De esta forma, lo que se busca es reunir las distintas perspectivas y argumentos vertidos en relación a los problemas suscitados en la práctica a raíz de estos delitos, logrando así también definir los alcances y límites que presenta nuestra Ley N° 20.000, en especial aquellos relativos a la atipicidad o justificación de las conductas delictuales.

[10] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE ESTUPEFACIENTES. *Informe Sobre la Continuación del 63° Período de Sesiones (2 a 4 de diciembre de 2020)* **[en línea]** [Fecha de consulta: 6 de enero de 2021]. **Disponible en:** <https://undocs.org/es/E/2020/28/Add.1>

CAPÍTULO I: CONCEPTO DE DROGA, ESTUPEFACIENTE Y SICOTRÓPICO; Y SU CONSAGRACIÓN LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

1. DROGA:

La Organización Mundial de la Salud (OMS) emplea -al menos- 3 acepciones del concepto *droga*[11], reconociendo desde un principio que es un ¨*término de uso variado*¨. La primera acepción es en el campo de la medicina, entendiéndose por droga: ¨*toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental*¨. La segunda acepción es en el campo de la farmacología, entendiéndose por tal: ¨*toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos*¨. La tercera acepción es en el lenguaje de uso coloquial, señalando que cuando las personas emplean el término *droga*, por lo general, se están refiriendo en verdad a las ¨*sustancias psicoactivas*¨ o ¨*drogas ilegales*¨.

Por su parte, la Real Academia Española (RAE) también reconoce variados usos de esta palabra, sin embargo, la acepción más adecuada para este trabajo de investigación corresponde a definir *droga* como: ¨*Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno*¨. A su vez, la Academia distingue entre *droga blanda*, *droga dura* y *droga de diseño*, ejemplificando qué sustancia cabría dentro de cada categoría. Define como *droga blanda a* aquella que: ¨*no es adictiva o lo es en bajo grado, como las variedades del cáñamo índico*¨. La *droga dura* es aquella que: ¨*es fuertemente adictiva, como la heroína y la cocaína*¨. Por último, la *droga de diseño* es aquella que es: ¨*obtenida mediante ligeras modificaciones químicas a partir de otra para obtener especiales efectos psicotrópicos*¨.

En el ordenamiento jurídico chileno, de manera coloquial se suele referir a la Ley N° 20.000 como *¨Ley de Drogas¨*, sin embargo, lo que sanciona esta ley es el *¨tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas¨.* Dichas sustancias tienen una relación de género-especie con este concepto. Por lo que, cuando la ley se refiere

[11] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Glosario de Términos de Alcohol y Drogas. Madrid, España: Ministerio de Salud y Consumo, 2008. 66 p.

a *droga*, se está refiriendo a las sustancias estupefacientes o sicotrópicas que han sido puestas por el legislador bajo su control y que son aquellas que aparecen en los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° del Decreto N° 867 de fecha 19 de febrero de 2008 (Reglamento de la Ley N° 20.000).

2. ESTUPEFACIENTE:

Al igual que la Ley N° 20.000, que no define qué es una sustancia estupefaciente o sicotrópica sino que las enlista mediante su reglamento, la Convención de Las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (convención a la que está adscrita Chile[12]) no define qué es un *estupefaciente*, sino que señala que se entenderá por tal: ¨*cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*¨[13].

La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el protocolo de 1972, contiene cuatro listas que señalan distintas sustancias estupefacientes. La Lista I contiene más de 100, siendo la lista más extensa. Algunas de las sustancias que se encuentran dentro de esta son: el opio, la cocaína, el cannabis y la resina del cannabis. La Lista II, por su parte, sólo contiene 10 sustancias, dentro de las que está, por ejemplo: la codeína.

Según la RAE, una sustancia *estupefaciente* es aquella que: ¨*altera la sensibilidad y puede producir efectos estimulantes, deprimentes, narcóticos o alucinógenos, y cuyo uso continuado crea adicción*¨.

[12] Esta Convención fue ratificada y promulgada por Chile mediante Decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 20 de agosto de 1990.
[13] CONVENCIÓN de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988, Viena, Austria). Santiago, Chile: Ministerio de Relaciones Exteriores – 1990. 30 p.

3. SICOTRÓPICO/A (Tb. Psicotrópico/a):

La OMS distingue que la palabra sicotrópico tiene una acepción general y una acepción estricta. En su uso general, indica que sicotrópico se asemeja a la palabra sicoactivo, en razón a que ¨*afecta la mente o los procesos mentales*¨[14]. En su sentido estricto, sicotrópico o sustancia sicotrópica se define como: ¨*cualquier sustancia química que ejerce sus efectos principales o importantes en el sistema nervioso central*¨[15]. Además, advierte que algunos autores reconocen como sicotrópico aquellas sustancias que causan efectos sobre el estado de ánimo o sobre la conciencia de la persona, siendo sustancias con un ¨*elevado potencial de abuso*¨[16].

De forma similar como sucede en el caso de los estupefacientes, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 define sustancias sicotrópicas refiriéndose a las listas del Convenio Sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, señalando que se entiende por tales: ¨*cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971*¨[17].

4. SICOACTIVO/A (Tb. Psicoactivo/a):

La OMS define sustancia sicoactiva o droga sicoactiva como: ¨*sustancia que, cuando se ingiere, afecta a los procesos mentales*¨[18]. También aclara que los términos sicoactivo o sicotrópico se refieren a ¨*todo el grupo de sustancias, legales e ilegales, de interés para la política en materia de drogas*¨[19], y advierte que el hecho de que una sustancia sea sicoactiva no significa *per sé* que sea una sustancia que produzca dependencia.

[14] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Op. cit.* p. 53.
[15] *Ídem.*
[16] *Ídem.*
[17] CONVENCIÓN de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. *Op. cit.* p. 2.
[18] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Op. cit.* p. 58.
[19] *Ídem.*

A su vez, la RAE define sicoactivo como aquella sustancia que ¨*actúa sobre el sistema nervioso, alterando las funciones psíquicas*¨, compartiendo con la definición de la OMS la facultad que tienen estas sustancias de afectar los procesos mentales o funciones síquicas.

5. CANNABIS:

La OMS se remite al concepto de cannabis establecido en el Convenio Único de 1961 Sobre Estupefacientes[20], cual corresponde a definirlo como: ¨*las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera sea el nombre con que se las designe*¨[21].

Por su parte, el término *marihuana* es un término coloquial de origen mexicano, el cual se utilizaba para referirse al tabaco barato, el cuál antiguamente era mezclado con cannabis[22].

De forma general y según lo indicado por la OMS, los efectos que produce el uso del cannabis son: sensación de euforia, sensación de ligereza en las extremidades, aumento del apetito, sequedad en la boca y taquicardia[23]. Indica también que el uso de esta planta influye en distintas esferas humanas, como son la memoria inmediata, la capacidad de atención, el tiempo de reacción, la coordinación motriz y la percepción del tiempo, entre otras[24]. Reconoce también el uso medicinal que se le ha dado a distintos compuestos de la planta de cannabis, por ejemplo, en el tratamiento del glaucoma y en la reducción de las náuseas generadas por la quimioterapia oncológica[25].

[20] *Ibídem.* p. 22.
[21] CONVENCIÓN Única de 1961 Sobre Estupefacientes (1961, Nueva York, Estados Unidos). Organización de las Naciones Unidas. 1961. 56 p.
[22] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Op. cit.* p. 22.
[23] *Ibídem.* p. 22 – 23.
[24] *Ídem.*
[25] *Ídem.*

6. REGULACIÓN HISTÓRICA DE LAS DROGAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

La primera regulación respecto a las drogas en Chille vino dada por el Código Sanitario de 1931. En su artículo 244 se sancionaba la fabricación, importación y expendio de drogas narcóticas, estupefacientes o sustancias que pudieran producir hábitos nocivos. Sin embargo, las sanciones contempladas por el Código eran de carácter administrativo y no penal, como el comiso de las sustancias o la clausura del local que las fabricaba, importaba o expendía.

Posteriormente, en el año 1969, se dictó la Ley N° 17.155 que modificó el Título IV del Libro II del Código Penal, incluyendo el párrafo 14 relativo a los ¨Crímenes y Simples Delitos contra la Salud Pública¨. En este párrafo se establecieron siete artículos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes (artículos 319 letras a, b, c, d, e, f y g), teniendo una penalidad de presidio mayor en su grado medio y multa de diez a cien sueldos vitales. Fue esta Ley la que definiría una estructura ¨guía¨ para las regulaciones venideras en esta materia, ya que consideraba, por ejemplo: el delito de tráfico (considerando la mayoría de los verbos o conductas que constituyen actualmente el delito de tráfico en sentido estricto), la promoción o facilitación del ¨enviciamiento de terceros¨ (lo que sería un símil del tráfico en sentido amplio), el delito de elaboración o fabricación de estupefacientes, la disposición de un reglamento que señale las sustancias que están bajo regulación, el delito de prescripción abusiva y el delito de suministro abusivo.

Luego, se dictó la Ley N° 17.934, publicada el 16 de mayo de 1973, que vino a derogar la Ley N° 17.155. Esta ley tenía por nombre ¨Reprime el Tráfico Ilícito de Estupefacientes¨, y vino a derogar los artículos incluidos en el Código Penal por la Ley N° 17.155 relativos al tráfico de sustancias estupefacientes, haciéndolos propios, constituyéndose así como la primera ley de drogas propiamente tal. Esta Ley fue derogada en el año 1985 por la Ley N° 18.403 que ¨Sanciona el Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes¨, la que también sería derogada posteriormente por la Ley N° 19.366, publicada el 30 de enero de 1995, que ¨Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas¨.

Una de las modificaciones importantes que trajo la Ley N° 19.366 fue la inclusión del elemento *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*. Dicho elemento se estableció solamente en relación al delito de cultivo de su respectivo art. 2°.

Finalmente, el 16 de febrero de 2005, se publicó la Ley N° 20.000 que es el cuerpo legal vigente en materia de drogas, estupefacientes y sicotrópicos, derogando a la Ley N° 19.366 y cuya mayor innovación fue la creación del delito de tráfico de pequeñas cantidades, más conocido como *microtráfico.* Dicho delito fue creado debido a la desproporción de las penas que existía con la Ley N° 19.366, puesto que una persona que realizaba conductas de tráfico con ínfimas cantidades de droga recibía la totalidad de la pena que correspondería a un traficante propiamente tal. Dicha desproporción está plasmada en la historia de la Ley N° 20.000 de la siguiente manera: ¨…*dichas penas aparecen desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de drogas, como a aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes o drogas aún más peligrosas…utilizando además variados medios y recursos, traspasando fronteras, corrompiendo funcionarios públicos y en algunos casos ejerciendo violencia para lograr sus propósitos. Muchas veces esta desproporción, tratándose de personas de escasos recursos, sin antecedentes de actividades delictivas anteriores, a veces de avanzada edad, ha derivado…en la no aplicación de castigo…*¨[26]. Esta última parte deja en claro que la consagración del *microtráfico* no fue concebida tan solo para diferenciar las penas aplicables de acuerdo a la cantidad traficada, sino también para un efectivo castigo del tráfico de pequeñas cantidades, puesto que en distintas ocasiones ocurrió que los jueces de la instancia absolvieron al imputado en razón a la exigua cantidad de droga; dejando en claro que la voluntad del legislador es sancionar también las conductas asociadas a pequeñas cantidades, sin que queden impunes. Con esta nueva figura se le dio la posibilidad a los tribunales de ¨*imponer una pena inferior a los dealers*

[26] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. s.f. Historia de la Ley N° 20.000. **[en línea]**. s.n. s.l. 886 pp. [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2020]. **Disponible en:** https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5755/.

callejeros…que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas¨[27].

7. SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y SICOTRÓPICAS DE ACUERDO A LA LEY N° 20.000.

Al igual que los instrumentos internacionales que enlistan aquellas sustancias que deben ser consideradas como estupefacientes y sicotrópicas, la Ley N° 20.000 en su artículo 63 dispone que un reglamento deberá indicar las especies vegetales y sustancias estupefacientes o sicotrópicas a que se refiere la ley. Este reglamento es el Decreto N° 867, que en su Título I llamado *¨De las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas¨,* enlista aquellas sustancias que están sometidas al control de la Ley N° 20.000. En el artículo primero de este reglamento aparece el cannabis y su resina, junto con la cocaína, el LSD, la heroína, la psilocibina, la metanfetamina, el tetrahidrocannabinol, entre otros. Se ha consignado coloquialmente a este listado como la lista de ¨*drogas duras*¨ debido a que, como el mismo artículo lo señala refiriéndose al artículo 1° de la Ley N° 20.000, corresponde a las sustancias estupefacientes o sicotrópicas que generan dependencia física y/o síquica y que tienen la capacidad de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

En el artículo 2° del Reglamento se enlista a aquellas sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica que no son capaces de generar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. A este listado, se le ha denominado coloquialmente como el listado de las ¨*drogas blandas*¨.

El artículo 3° del reglamento se remite al artículo 2° del Decreto Supremo N° 1358 del Ministerio del Interior del año 2007, el cual enlista a las sustancias químicas esenciales y precursores que son objeto del delito del artículo 2° de la Ley N° 20.000.

[27] POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial. 2da versión actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2004. 689 p.

El artículo 4° del Reglamento enlista las sustancias que son objeto del delito del artículo 5° de la Ley N° 20.000, cuales son los productos que contengan hidrocarburos aromáticos.

Por último, el artículo 5° del Reglamento enlista las especies vegetales que son objeto del delito de cultivo establecido en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, apareciendo nuevamente enlistada la cannabis sativa junto con el cacto peyote y el hongo psilocide, entre otras.

8. EL CARÁCTER TAXATIVO DEL DECRETO N° 867 DE FECHA 19 DE FEBRERO DE 2008 (REGLAMENTO DE LA LEY N° 20.000).

En razón a lo dispuesto por el artículo 63 de la Ley N° 20.000[28], sólo las sustancias que aparezcan enlistadas en el Decreto N° 867 serán consideradas como estupefacientes o sicotrópicas y podrán ser objeto material de los delitos que trata la ley 20.000. Es decir, si estamos ante la presencia de algún delito que se enmarque dentro de los verbos rectores utilizados por la Ley N° 20.000 pero la sustancia involucrada no está contenida en los listados del Decreto N° 867, la conducta sería atípica y por tanto no podría tener sanción penal, ya que faltaría el objeto material del delito.

Así también lo ha señalado REBOLLEDO LATORRE, en relación al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, indicando que: ¨*Es necesario tener presente que el artículo primero de la Ley N° 20.000 se refiere al objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, señalando que este recae sobre ¨sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud¨, sin embargo esta descripción resulta insuficiente para establecer las sustancias cuyo tráfico se persigue, por ello el artículo 63 de la Ley de Drogas delega en un*

[28] Artículo 63 de la Ley N° 20.000: ¨*Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8°; los requisitos obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 9°, y las normas relativas al control y fiscalización de dichas plantaciones*¨.

*reglamento la facultad de establecer **listas taxativas** de sustancias que pueden ser objeto de tráfico*¨[29].

8.1. En relación a la taxatividad del Decreto N° 867: Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, ROL N° 1318-2016.

La taxatividad del Reglamento de la Ley N° 20.000 también ha sido reconocida por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco[30], ante el caso de un imputado que portaba 4 láminas de lo que supuestamente era LSD, lo que posteriormente fue desestimado por el Instituto de Salud Pública de Santiago, quienes determinaron que la sustancia correspondía a 25-B-NBOME, sustancia que no se encuentra en ninguno de los listados del Decreto N° 867. El imputado ya había sido absuelto por el tribunal de primera instancia, en razón a que la sustancia por la cual se le imputada el delito de microtráfico no era de aquellas señaladas por el reglamento de la Ley N° 20.000, siendo una conducta atípica penalmente.

A este respecto, la Corte indicó lo siguiente: ¨*Que atendido a que la droga incautada por los funcionarios…correspondientes a cuatro láminas, éstas, de acuerdo al Instituto de Salud Pública, de conformidad al protocolo de análisis de la sustancia ilícita corresponde a la denominada 25-B-NBOME, tal como en la acusación se indica 25-B-NBOME, y que de acuerdo a las alegaciones de la defensa, dicha nomenclatura no se encuentra contenida en el Reglamento de conformidad al artículo 63 de la Ley 20.000, para saber si se está o no frente a una sustancia ilícita, por lo que falta el elemento de la tipicidad para la configuración del delito, esta droga, no estando contemplada en el Decreto N° 867, ni tampoco está vislumbrada con la modificación a través del Decreto N° 1609, de Interior, de fecha 30 de marzo de 2015, el cual agregó varias otras sustancias y drogas sintéticas cuyos derivados eran de la feniletilamina, tal como lo es esta según lo expresado, sin embargo, esta*

[29] REBOLLEDO LATORRE, Lorena*. Inclusión de la Cannabis en el Artículo Primero del Reglamento de la Ley N° 20.000, Que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. Revista Jurídica del Ministerio Público (34): 159 – 165. Abril, 2008.
[30] CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. ROL N° 1318-2016. Temuco, Chile. De fecha 17 de enero de 2017.

denominación no se encuentra dentro de aquellas agregadas al reglamento mediante esta modificación, entendiéndose que ésta es de una composición diversa a las contenidas en dicho reglamento, obligando a estos sentenciadores a sancionar aquellas conductas que de conformidad a la remisión de la Ley 20.000 deben estar dentro del listado para poder determinar que son de aquellas indicadas por la ley caben dentro de la legislación para sancionar, no tratándose de una sustancia contenida, ni incluida en este reglamento, el cual además fue nuevamente modificado, con fecha 30 de enero de 2016, a través del decreto N° 154, donde se eliminó algunas drogas y se agregaron otras, tampoco en esta última modificación se agregó ésta nomenclatura de droga por la cual se le acusa al imputado, existiendo un vacío legal respecto de ésta materia, produciéndose falta de tipicidad de la conducta desplegada por el actor, no pudiendo ser considerada como una sustancia ilícita de las sancionadas por la Ley 20.000, no se podrá condenar al acusado por no estar contemplada en el tipo penal que sanciona por la Ley¨[31].

Concordando con lo señalado por el tribunal de primera instancia respecto a la taxatividad del Reglamento de Drogas, la Corte de Apelaciones rechazó el recurso de nulidad deducido por el fiscal en contra de la sentencia definitiva de primera instancia que absolvía al imputado del delito de microtráfico, por cuanto no cualquier sustancia es capaz de configurar dicho delito, sino que sólo aquellas que estén indicadas en los artículos 1 y 2 del Decreto N° 867, estableciendo así que: ¨*No existe en el razonamiento del tribunal ninguna vulneración al estándar de la valoración de la prueba que impone el artículo 297 del Código Procesal Penal, desde que no contradice los conocimientos científicamente afianzados, porque admitiendo que la prueba rendida establece que la sustancia incautada en el procedimiento es 25-B-NBOME, lo que hace el tribunal es establecer que el Ministerio Público no logró acreditar que la sustancia encontrada en poder del acusado es de aquellas contenidas en el tipo penal de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, situación sumamente relevante para determinar si la conducta es típica, por cuanto no cualquier sustancia o psicotrópico hace nacer esta figura delictual, sino que para*

[31] CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. ROL N° 1318-2016. Temuco, Chile. De fecha 17 de enero de 2017. Considerando 4°.

que estemos en el tipo penal del artículo 4°, en relación al artículo 1°, ambos de la Ley 20.000, debe tratarse de una de las sustancias contenidas en una de las dos listas que enumera de manera taxativa el reglamento de la ley 20.000, lo que dice relación con la calificación jurídica de los hechos y no con esta causal de nulidad principal, razones por las cuales será rechazado el recurso en esta parte¨[32]. En esta misma línea también concluye: ¨*Lo que hace* [el tribunal de primera instancia] *es determinar que al no estar dicha sustancia en la nómina de sustancias ilícitas contenida en el reglamento de la ley 20.000, dejaría este hecho en la atipicidad, pues la enumeración de sustancias que hace el reglamento para los efectos del tipo penal del artículo 4, en relación al artículo 1, ambos de la ley 20.000,* ***es taxativo*** *y por consiguiente si la sustancia no ha sido considerada por el reglamento y todas sus posteriores modificaciones, aun cuando pueda ocasionar peligros a la salud pública no constituye el delito por el cual se le ha acusado al imputado de la causa*¨[33].

Si bien el precedente caso se refería al delito de microtráfico establecido en el inciso 2° del artículo 4° de la Ley N° 20.000, el carácter taxativo de las listas del Decreto N° 867 hace que esta situación sea extensiva a los delitos del artículo 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 8° de la Ley N° 20.000, lo que significa que para que se puedan configurar estos delitos, la sustancia involucrada necesariamente debe estar tipificada en la respectiva lista del Reglamento de la Ley de Drogas.

9. CONCEPTO DE CANNABIS DE ACUERDO A LA LEY N° 20.000.

Lo que se entiende por cannabis no está consagrado en la Ley N° 20.000 propiamente tal, sino que está establecido por su reglamento. El Decreto N° 867 en su artículo 1° concibe al cannabis como las ¨*sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina*¨. De

[32] CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. ROL N° 1318-2016. Temuco, Chile. De fecha 17 de enero de 2017. Considerando 7°.
[33] CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. ROL N° 1318-2016. Temuco, Chile. De fecha 17 de enero de 2017. Considerando 9°.

conformidad a este artículo, tanto la planta de cannabis como sus flores, sus hojas, su resina e incluso sus semillas, pueden ser objeto de los delitos establecidos por la Ley N° 20.000[34]. No obstante estar señalados por el reglamento, el Servicio de Salud correspondiente deberá informar respecto de los componentes sicoactivos y de la peligrosidad que representen para la salud pública estas flores, hojas o semillas, de modo de que se compruebe la idoneidad de éstos para producir los graves efectos tóxicos que busca evitar la Ley N° 20.000[35].

[34] El artículo 2° del antiguo reglamento de la ley de drogas (Decreto N° 565 de 1996) concebía al cannabis como las ¨s*umidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera sea el nombre con que se designe. Se exceptúan las semillas y las hojas no unidas a las sumidades*¨. Bajo este concepto no se consideraban como sustancias estupefacientes las semillas y hojas no unidas a la planta, por lo que no podían ser objeto de los delitos de la Ley N° 19.366, lo que no acaece en la actualidad.
[35] Artículo 43 de la Ley N° 20.000.

CAPÍTULO II: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA LEY N° 20.000 Y LOS DELITOS EN TORNO AL CANNABIS.

1. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO.

La mayoría de los delitos que contempla la Ley N° 20.000 son delitos relacionados con el ciclo de la droga o con las drogas propiamente tal. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[36] clasifican estos delitos de la siguiente manera:

I. Delitos comprendidos en el ¨ciclo de la droga¨:

- Tráfico ilícito en sentido amplio (art. 3 inc. 1° parte final).
- Tráfico ilícito en sentido estricto (art. 3 inc. 1°).
- Microtráfico (art. 4)
- Presunciones de tráfico sancionadas como delitos especiales:
    - Desviación de cultivos (art. 10).
    - Suministro abusivo de sustancias ilícitas (art. 7).
    - Prescripción abusiva (art. 6).

II. Actos preparatorios y actos de tentativa especialmente punibles:

- Asociación ilícita (art. 16).
- Tráfico de precursores (art. 2).
- Cultivo (art. 8).
- Elaboración (art. 1).

III. Complicidad especialmente punible:

- Facilitación de bienes para la elaboración, plantación o tráfico de drogas (art. 11).

IV. Faltas relativas al consumo personal (art. 50).

[36] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 575.

Actualmente existe consenso respecto a que el bien jurídico protegido por estos delitos y la Ley N° 20.000 es la salud pública[37]. Sin embargo, si bien la mayoría de los delitos comprendidos en la Ley N° 20.000 protegen la salud pública, hay ciertos delitos que protegen bienes jurídicos diversos, por ejemplo, el delito del art. 13 respecto a la omisión del funcionario público de denunciar los delitos contemplados en la Ley N° 20.000 y el delito de violación del secreto de la investigación del art. 38, protegen la correcta administración de justicia[38]. También se ha considerado que el delito de suministro de hidrocarburos a menores tipificado en el art. 5° protege la salud individual[39] [40], siendo el único y excepcional caso de la Ley N° 20.000 en el que se protegería este bien jurídico.

El concepto de salud pública que maneja tanto la doctrina como la jurisprudencia es el dado por POLITOFF y MATUS, el cual corresponde a definir salud pública como: ¨*La salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas*¨[41]. Lo que busca evitar finalmente la Ley N° 20.000 es la difusión incontrolada de las *sustancias/drogas* estupefacientes o sicotrópicas, sea que se trate de aquellas que produzcan dependencia física o síquica o no, y que, además sean capaces de generar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública. Otro concepto de salud pública, aunque más antiguo, es el acuñado por ETCHEBERRY[42], que lo define como *¨un estado general de bienestar o normalidad fisiológica o psicológica¨*, también señala que lo que se busca con este bien jurídico es: *¨…proteger a la totalidad de los habitantes, o al menos a un número indefinidamente grande de ellos, contra conductas que son aptas para producir menoscabos en la salud de un número también elevado de personas, más allá de la salud de una persona*

[37] NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. *El Delito de Tráfico Ilícito de Pequeñas Cantidades de Sustancias Estupefacientes o Sicotrópicas del art. 4 de la Ley N° 20.000*. Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso, (26): 259 – 293, 2005.
[38] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 574.
[39] *Ídem.*
[40] REBOLLEDO LATORRE, Lorena. El Bien Jurídico Protegido en los Delitos de Tráfico Ilícito. Revista Jurídica del Ministerio Público (60): 119 – 133. Septiembre, 2014.
[41] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 574.
[42] ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo IV. 3ra edición revisada y actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1997. 382 p.

determinada en particular…¨. A partir de estas definiciones queda claro el carácter general y colectivo que reviste la salud pública.

¿Cuál es la razón para evitar la difusión incontrolada de estas sustancias? Debido a los efectos nocivos asociados a las drogas, como la adicción, la que podría afectar eventualmente a una parte de la sociedad, además de los efectos negativos asociados a la producción y venta ilícita de las mismas, por ejemplo: la marginación social y delincuencia organizada, entre otros. Estos efectos negativos se ven reflejados en el concepto que entregan POLITOFF y MATUS de salud pública, siendo este: ¨…*la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas y la libertad de los individuos afectados, de resultas de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción*¨[43]. Se debe tener presente que existe una difusión **controlada** de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, que corresponde a la difusión de las drogas farmacéuticas, la que está normada por el Código Sanitario (DFL N° 727). De hecho, los instrumentos internacionales como la Convención Única de 1961 Sobre Estupefacientes, el Convenio Sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de Las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, tienen como objetivo promover que los Estados tratantes regulen la producción de estas sustancias a fin de que sean suficientes para propósitos médicos y científicos, buscando limitar la fabricación y difusión ilícita.

De la definición de salud pública se desprende entonces que, la salud individual no es el bien jurídico que busca proteger la Ley N° 20.000, esto en razón a que lo que se busca evitar es la difusión incontrolada de sustancias ilícitas a un sector indeterminado de la colectividad. Es por esto que las conductas de *autolesión*, entendiéndose por tales como el daño que un individuo se produce de manera consciente y voluntaria a sí mismo, por ejemplo, al consumir o usar sustancias

[43] POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1988. 506 p.

estupefacientes o sicotrópicas; serían atípicas al no ser objeto de protección en la Ley N° 20.000 a la luz del bien jurídico que protege. Además, suponer una posible intromisión penal del Estado en este ámbito implicaría una eventual transgresión a la autodeterminación individual y a la libertad de conciencia establecida en la Constitución[44], constituyendo así un límite al *ius puniendi* estatal. Por ello es que, al menos en principio, el cultivo de cannabis no estaría penado siempre y cuando fuera lesivo sólo en la salud del individuo, es decir, si éste cultiva sólo para abastecer su propio consumo, sin que exista una difusión de esta sustancia, no estaría sancionado de acuerdo con las regulaciones de la Ley N° 20.000.

1.2. Los delitos que protegen la salud pública como delitos de peligro abstracto.

Se ha considerado en la doctrina y la jurisprudencia que, por lo general, los delitos que protegen la salud pública son delitos de peligro[45], y, específicamente, delitos de peligro abstracto. Los delitos de peligro abstracto son aquellos en que sólo se necesita para su sanción la puesta en peligro al bien jurídico, es decir, que exista una posibilidad de lesión concreta al bien que protegen[46], a diferencia de los delitos de lesión, que para su consumación requieren un efectivo daño al bien jurídico que protegen.

No obstante, los delitos de peligro abstracto han merecido distintas opiniones respecto a su aplicación, por cuanto se ha considerado que el legislador al concebirlos ha creado una presunción *et de iure*[47], en que la tipificación de una acción se reputa que de por sí pone en riesgo o peligro al bien jurídico que protege, y por tanto siempre será sancionada. Según CURY, los delitos de peligro abstracto

[44] RUIZ DELGADO, Fernando. *El Delito de Tráfico de Pequeñas Cantidades de Droga. Un Problema Concursal de la Ley 20.000*. Política Criminal, 4(8): 408 – 429. Diciembre, 2009.
[45] REBOLLEDO LATORRE. *Op. cit.* p. 123.
[46] POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General. 2da versión actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2004. 613 p.
[47] CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica De Chile, 2011. 812 p.

corresponderían a una sanción por desobediencia, ya que quien ejecuta la acción tipificada es castigado[48].

Por tanto, en el caso de los delitos que protegen la salud pública, y en específico el delito de tráfico ilícito, bastaría la mera actividad para que la conducta se considere como delito, sin que se necesite acreditar que ha existido un peligro para la salud[49].

Nuestra Corte Suprema, por su parte, ha concebido durante los últimos años que el delito de tráfico ílícito no sería un delito de peligro abstracto y que, aunque así se considerara, de igual manera se debe examinar el riesgo concreto que representa la conducta para el bien jurídico protegido, debiendo determinarse si efectiva y potencialmente éste pudo verse afectado por la conducta realizada.

En este sentido ha indicado que: *¨Si bien se ha querido catalogar al tráfico ilícito de drogas como un delito de peligro abstracto –lo que ha sido denegado en fallos anteriores de esta Sala-, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo…no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos…¨*[50] [51].

1.2.1. El principio de lesividad o de ofensividad.

[48] *Ibídem.* p. 292.
[49] REBOLLEDO LATORRE. *Op. cit.* p. 123. *Citando a*: ROMERAL MORALEDA, Antonio y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. Tráfico y Consumo de Drogas. Aspectos Penales y Médico Forenses. Granada, España: Editorial Comares, 1993. p. 3.
[50] CORTE SUPREMA. ROL N° 4949-2015. Santiago, Chile. De fecha 4 de junio de 2015. Considerando 5°.
[51] CORTE SUPREMA. ROL N° 15290-2015. Santiago, Chile. De fecha 11 de noviembre de 2015. Considerando 8°.

Tal como aparece en la cita anterior, un límite al *ius puniendi* del Estado lo constituye la lesión al bien jurídico protegido, puesto que sólo se pueden sancionar por la vía penal aquellas conductas que lesionen o pongan en riesgo a dichos bienes.

El principio de lesividad, también conocido como principio de ofensividad, concibe al derecho penal como la manifestación de la fuerza coactiva del Estado, a través del cual se protegen determinados bienes jurídicos, entendiendo como ¨*bien jurídico*¨: intereses, ya sea individuales o colectivos, que son fundamentales para la convivencia social[52]. En virtud del *ius puniendi* que detenta el Estado como herramienta para tutelar los bienes jurídicos, el fundamento de la sanción penal y lo que lo habilita en definitiva para ejercer su fuerza coactiva por medio del derecho penal es el **daño social**[53], es decir, el efectivo daño o disrupción que se le provoca a la convivencia social y, por consiguiente, al bien jurídico en sí. En concordancia con esto, algunos fallos de nuestra Corte Suprema también han entendido al principio de lesividad de la misma manera, entendiendo por tal que: ¨…*una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho…El principio de ¨lesividad¨ –que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga –también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada…*¨[54] [55].

[52] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 67.
[53] *Ídem.*
[54] CORTE SUPREMA. ROL N° 4949-2015. Santiago, Chile. De fecha 4 de junio de 2015. Considerando 5°.
[55] CORTE SUPREMA. ROL N° 15290-2015. Santiago, Chile. De fecha 11 de noviembre de 2015. Considerando 8°.

CABEZAS[56] trata de reunir las diferentes perspectivas que se tienen en la doctrina nacional respecto a este principio. En primer lugar, indica que existe consenso en que el principio de ofensividad no se encuentra consagrado en nuestra Constitución[57] de manera explícita, empero, comúnmente se le atribuye a los incisos 7° y 8°, del numeral 3°, del artículo 19 de la carta magna[58]. Respecto al bien jurídico como concepto, señala que, usualmente, se le reconocen dos funciones: como garantía y como una herramienta de interpretación[59]. Respecto a la primera función se concibe al bien jurídico, justamente, como una limitación al *ius puniendi* del Estado, de manera que sólo pueden sancionase las conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico en específico y no conductas que puedan reprocharse en base a concepciones éticas o morales[60]. Esto es lo que POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[61] reconocen como la ¨*función crítica*¨ del bien jurídico, siendo una forma de vedar del legislador la posibilidad de incriminar conductas que estarían dentro de la libertad individual de las personas. Respecto al bien jurídico en su función hermenéutica, es decir, como una herramienta de interpretación, se señala que es una herramienta en la interpretación de la ley para conocer el sentido objetivo de una incriminación determinada[62], teniendo en cuenta también que ¨*el tipo legal solo puede determinarse realmente, esto es, conocerse su contenido preciso y alcance efectivos, sus límites, a partir del bien jurídico protegido*¨[63]. Sin embargo, el autor concluye que un concepto que lograría unificar el principio de lesividad con aquellas posturas disidentes que no reconocen la autonomía de este principio y que, además, tiene prevalencia en la doctrina chilena, sería el concepto clásico de

[56] CABEZAS, Carlos. *El Principio de Ofensividad y su Relación con los Delitos de Peligro Abstracto en la Experiencia Italiana y Chilena. Un Breve Estudio Comparado*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20(2): 85 – 120, 2013.
[57] A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, lo que se ha denominado como ¨*constitucionalización del bien jurídico*¨.
[58]CABEZAS. *Op. cit.* pp. 94 – 95.
[59] *Ibídem.* p. 95.
[60] *Ibídem.* pp. 95 – 96.
[61] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 68.
[62] CABEZAS. *Op. cit.* p. 96 – 97.
[63] *Ibídem.* p. 95. *Citando a:* MERA, Jorge. Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Santiago, Chile: Conosur, 1998; y a DURÁN MIGLIARDI, Mario. Constitución y Legitimación de la Pena. Apuntes Teleológicos Sobre el Rol de la Constitución en el Sistema Penal. Política Criminal (11): pp. 142 – 162. Junio, 2011.

antijuricidad que se preceptúa como la ¨*efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos*¨[64], lo que se condeciría precisamente con el concepto de antijuricidad material, el cual reside en el efectivo daño social[65].

Retomando el problema que existiría en relación a los delitos de peligro abstracto, se ha señalado que, por lo general, estos delitos protegerían bienes jurídicos colectivos, donde se considera (en abstracto) que los actos que conforman el delito tienden a producir resultados lesivos al bien que protegen y por tanto el ordenamiento jurídico intenta evitar este daño antes de que se produzca. Sin embargo, a pesar de que se pueda considerar que ciertas conductas puedan poner en riesgo determinados bienes, en el caso concreto siempre debe ponderarse si efectivamente la conducta tuvo la aptitud o la posibilidad de llegar a lesionar el bien jurídico protegido. De no hacerse este examen, ocurriría el problema que se ha venido revisando, en que el delito de peligro abstracto se convertiría en una presunción *iuris et de iure*. No pueden concebirse los delitos de peligro abstracto sin considerar el posible daño que se le pueda ocasionar al bien jurídico que protegen, puesto que esto significaría castigar meras desobediencias, sancionando las conductas de por sí, sin que se relacionen con un interés concreto y real, ya sea individual o colectivo. A este respecto podemos citar nuevamente lo dicho por la Corte Suprema, en torno a que: ¨*Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una ¨praesumptio juris et de jure¨ de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base de la misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material…cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. Así se ha sostenido que si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro abstracto, pues establecen una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una*

[64] *Ibídem.* p. 98.
[65] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 209.

puesta en peligro…¨[66] [67]. También, en la misma línea argumentativa, ha señalado que: ¨*Tratándose de un delito de peligro…se requiere la concurrencia de una acción con la real aptitud para ocasionar el daño que el ordenamiento jurídico intenta evitar, pues de lo contrario la conducta descrita en el tipo penal es meramente presumida como peligrosa, despojando de legitimidad al poder sancionador del Estado*¨[68].

2. EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO (SENTIDO AMPLIO).

El delito de tráfico ilícito en su sentido amplio está establecido en la parte final del inciso primero del art. 3° de la Ley N° 20.000, y lo cometen quienes por **cualquier medio** induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de sustancias ilícitas o de las materias primas que sirvan para obtenerlas, quienes serán sancionados con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (desde 5 años y 1 día hasta 15 años) y multa desde las 40 hasta las 400 UTM. Este artículo se remite a las sustancias del art. 1° que consagra el delito de elaboración de sustancias estupefacientes o sicotrópicas[69], que son aquellas sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, ya sea de las que son capaces de producir graves efectos tóxicos o considerables a la salud o no. En caso de que el delito de tráfico recaiga sobre sustancias estupefacientes o sicotrópicas que no producen graves efectos tóxicos o considerables a la salud, es decir, es de aquellas *drogas blandas* enumeradas en el art. 2° del Decreto N° 867, se podrá (facultativamente) rebajar la pena en un grado[70]. En la derogada Ley N° 19.366, el delito de tráfico en su sentido amplio estaba tipificado en la parte final del inciso 1° del art. 5°, teniendo la misma penalidad que tiene actualmente.

---

[66] CORTE SUPREMA. ROL N° 4949-2015. Santiago, Chile. De fecha 4 de junio de 2015. Considerando 5°.
[67] CORTE SUPREMA. ROL N° 15290-2015. Santiago, Chile. De fecha 11 de noviembre de 2015. Considerando 8°.
[68] CORTE SUPREMA. ROL N° 6079-2017. Santiago, Chile. De fecha 6 de abril de 2017. Considerando 6°.
[69] Delito que tiene la misma penalidad que el tráfico ilícito en su sentido amplio.
[70] Así lo establece el artículo 1° inciso 2° de la Ley N° 20.000.

El sentido amplio de este delito se debe a que constituye en sí misma la figura base del delito de tráfico ilícito, por lo que comprende en sí mismo al resto de los delitos que conducen, de alguna manera, a la puesta indebida de sustancias ilícitas a disposición de consumidores finales[71]; siendo estos: el tráfico en sentido estricto, el tráfico de pequeñas cantidades (*microtráfico*), las presunciones de tráfico sancionadas como delitos especiales, los actos preparatorios especialmente punibles (por ejemplo: el cultivo y la elaboración) y los actos de complicidad especialmente punibles.

2.1. Objeto material.

El objeto material de este delito son las sustancias ilícitas que están enlistadas en los arts. 1° y 2° del Decreto N° 867. Así también lo son las materias primas y precursores o sustancias químicas esenciales[72], estando estas últimas enlistadas en el art. 3° del mismo Decreto. Si el objeto del delito fuere una sustancia que no es de aquellas señaladas por el reglamento de la ley de drogas, habría una tentativa absolutamente inidónea, por lo que no existiría delito[73]; lo que también se debe al carácter taxativo que tienen las listas del reglamento de la Ley N° 20.000.

2.2. Conducta punible.

Las conductas que penaliza este delito corresponden a la **inducción**, **promoción** o **facilitación** (por cualquier medio) de sustancias ilícitas para el uso o consumo por otra persona. Se debe tener en cuenta que el bien jurídico protegido por este delito es la salud pública, cuya protección se manifiesta en evitar la difusión incontrolada de las sustancias reguladas por la Ley N° 20.000 a un sector de la colectividad. Es por esto que la inducción, promoción o facilitación no se refiere al posible uso o consumo que haga una persona determinada de estas drogas, sino

[71] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* pp. 575 – 576.
[72] *Ibídem.* p. 577.
[73] *Ibídem.* pp. 577 – 578.

que corresponde al posible uso o consumo **masivo** por personas **indeterminadas**[74].

2.3. Medios de comisión.

¿A qué se refiere la Ley N° 20.000 con ¨cualquier medio¨ para facilitar, promover o inducir? Según POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[75], quienes lo relacionan con las conductas que aparecen en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, se entiende que, a modo general, estos medios de comisión serían: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la distribución, la venta, el corretaje, la donación, la entrega, la importación, la exportación, el financiamiento, la organización y la gestión.

2.3.1. La elaboración, fabricación, preparación, producción y extracción.

Si tenemos en cuenta que elaborar es ¨*transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado*¨; que preparar es ¨*hacer las operaciones necesarias para obtener un producto*¨; y que fabricar es una acepción de elaborar y a su vez también de la voz producir, concluimos que todas estas conductas, que son sinónimos entre sí, van encaminadas a un mismo fin cual es a raíz de un determinado proceso obtener un producto, en el caso que nos convoca, sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Si bien son conductas que se engloban dentro del tráfico ilícito en su sentido amplio, por ser el primer momento a partir del cual posteriormente se podría derivar en una conducta de tráfico, tanto en la derogada Ley N° 19.366 como en la actual Ley N° 20.000 están tipificadas como delito; siendo un acto preparatorio especialmente punible, ya que es un acto anterior

[74] *Ibídem.* p. 578.
[75] *Ibídem.* pp. 578 – 579.

al tráfico propiamente tal, esto es, anterior a su oferta, distribución, comercialización, entrega, etc.

En el art. 1° de la Ley N° 20.000 se sanciona a quienes, sin contar con la debida autorización, elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias estupefacientes o sicotrópicas capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública[76], con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (5 años y un día hasta 15 años), además de multa desde las 40 hasta las 400 UTM. Aparecen, aparte de los verbos ya vistos, las conductas de transformar y extraer, las que también van encaminadas a obtener sustancias estupefacientes o sicotrópicas sólo que a través de distintos procedimientos. En caso de que se trate de estupefacientes o sicotrópicos que no sean capaces de producir graves efectos tóxicos, es decir, es de aquellas *drogas blandas* enumeradas en el art. 2° del Decreto N° 867, se podrá rebajar (facultativamente) la pena en un grado. También cometen este delito no sólo quienes efectivamente elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias ilícitas, sino también quienes posean instrumentos, materiales o equipos para estos fines.

Por su parte, la producción como verbo punible aparece en el art. 2° de la Ley N° 20.000 que se refiere al comúnmente denominado **delito de tráfico de precursores**. El objeto de este delito son los precursores o sustancias químicas esenciales, las que se encuentran definidas en el Decreto Supremo N° 1358 de fecha 17 de abril del 2007[77], definiéndose así *precursores* como: *¨Las sustancias químicas que pueden utilizarse en la producción, fabricación, y/o preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicas, incorporando su estructura molecular al producto final, por lo que resultan fundamentales para dichos procesos¨*; y *sustancia química esencial* como: *¨Las sustancias químicas que no siendo precursores, tales como solventes, reactivos o catalizadores, pueden utilizarse en la producción, fabricación, extracción y/o preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicas¨*.

[76] Dichas sustancias están enumeradas en el art. 1° del Decreto N° 867 de 19 de febrero de 2008 (Reglamento de la Ley de Drogas).
[77] A este decreto se remite el art. 3° del Decreto N° 867 de 19 de febrero de 2008 (Reglamento de la Ley de Drogas).

Este decreto enlista las sustancias químicas controladas, dentro de las cuáles se encuentra, por ejemplo: el ácido sulfúrico, el alcohol isopropílico, el benceno, el cloroformo, entre otros.

Por un lado, se sanciona la producción, fabricación y elaboración de los precursores o sustancias químicas esenciales, sin embargo, en el mismo artículo, también se sanciona la distribución, transporte, comercialización, exportación, importación, posesión y tenencia. De esta manera, este delito comprende tanto la fabricación de las sustancias químicas controladas, como el tráfico *per sé* de las mismas, tanto en su sentido amplio (distribución, comercialización) como en su sentido estricto (transporte, exportación, importación, posesión, tenencia). Es por esta razón que a este delito se le conoce como tráfico de precursores, a pesar de que también se sancione la producción de los mismos.

La penalidad que tiene este delito va desde presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y un día hasta 10 años), además de multa desde 40 hasta las 400 UTM, no obstante, en caso de demostrarse que a causa de una negligencia inexcusable, el autor de estas conductas no conocía el destino ilícito a que se destinarían los precursores o sustancias químicas esenciales, el espectro de la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio (61 días hasta 3 años).

2.3.2. La oferta y la donación.

A diferencia de los anteriores medios de comisión, la oferta no está tipificada como un delito autónomo y, para efectos del tráfico ilícito en su sentido amplio, se concibe bajo la acepción de ¨*puesta a la venta de un determinado producto*¨, siendo el producto en este caso, las sustancias reguladas por la Ley N° 20.000 y su reglamento.

Se sanciona la oferta de por sí sin que se requiera para su consumación la aceptación por la otra parte, ya que con el solo ofrecimiento se entiende que se está

induciendo, promoviendo o facilitando el uso o consumo de las sustancias ilícitas, de ahí a que se caracterice a esta oferta como un acto unilateral y formal[78].

No obstante concebirse a la oferta en el contexto de una venta, también se podría concebir en caso de una oferta para trueque, ya que no por el hecho de no existir un intercambio monetario se estará dejando de facilitar o inducir el consumo de sustancias o drogas. Tal es el caso de la donación, en que no existe un intercambio de dinero, pero de igual manera se está induciendo al uso o consumo de las sustancias antedichas, por lo que de igual manera es una conducta que constituye tráfico, también teniendo en cuenta que el art. 3° de la Ley N° 20.000 sanciona a quienes trafiquen bajo ¨*cualquier título*¨.

A pesar de considerarse a la donación como un medio de comisión del delito de tráfico en sentido amplio, se verá más adelante que también está incluida dentro de la modalidad de tráfico de transferencia en el tráfico ilícito en su sentido estricto.

2.3.3. La distribución y el corretaje.

Si bien distribuir significa ¨*Dividir algo entre varias personas, designando a cada una lo que le corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho*¨, otra de las acepciones que tiene es ¨*Entregar una mercancía a los vendedores y consumidores*¨, siendo esta última una forma más precisa de entender la distribución como medio de comisión del tráfico ilícito, que se refiere a la repartición de las sustancias ilícitas que se hace para su posterior comercialización, situación que, por lo general, se da en las empresas u organizaciones criminales.

En el caso del corretaje, respecto al tráfico ilícito en su sentido amplio, se entiende como la intermediación que hace un tercero, ya sea, entre el productor de sustancias y el distribuidor, entre el distribuidor y el vendedor o entre el vendedor y el consumidor final[79]. De esta manera, a pesar de que este tercero no sea en

[78] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 580.
[79] *Ibídem.* pp. 580 – 581.

definitiva quien produzca o comercialice la droga en sí, de igual manera es partícipe en la inducción, facilitación o promoción de un consumo masivo de sustancias.

2.3.4. El financiamiento y la organización.

El financiamiento actualmente está tipificado autónomamente en el numeral 1° del art. 16 de la Ley N° 20.000, sancionado con presidio mayor en sus grados medio a máximo (5 años y 1 día hasta 20 años), a quien financie (de cualquier manera), ejerza el mando o planifique cualquiera de los delitos contemplados en la Ley. Se entiende que financia quien ¨*sufraga los gastos de una actividad*¨, no obstante, en el numeral 2° del artículo ya indicado, se sanciona también a quien suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, entre otros; por lo que podemos que estimar que el financiamiento no sólo viene dado por el aporte en dinero. Cabe estimar a quien financia como un autor directo de la figura de tráfico en su sentido amplio, entendida como inducir, promover o facilitar, puesto que es quien tiene el ¨*dominio*¨ sobre el acto punible, al ser quien tiene la capacidad de poner término a la ejecución del delito. En caso de que pierda esta capacidad, se podrá considerar como autor-inductor[80].

Respecto de la organización, el mismo art. 16 comienza señalando a quienes se ¨*asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley*¨, entendiendo que quien organiza (al igual que quien financia) está induciendo o promoviendo un consumo masivo de sustancias a largo plazo al montar una organización, a pesar de que, quizás, no participe en las actividades que constituyen tráfico propiamente tal; pero, en caso de que además de financiar u organizar, también cometa alguno de los delitos que contempla la Ley N° 20.000, es decir, tome parte también en los hechos que está organizando o financiando, se aplicará la totalidad de ambas penas, de conformidad al art. 74 del Código Penal.

[80] *Ibídem.* p. 579.

En estos casos no es necesario que se pruebe el efectivo consumo o uso que pudo haber realizado un destinatario final, desencadenado a raíz de esta organización o financiamiento en pos de conductas de tráfico ilícito, puesto que el mismo art. 16 indica que *por el sólo hecho* de asociación u organización se aplicarán las penas señaladas. Además, se debe tener en cuenta que una organización u asociación representa un claro riesgo de difusión masiva de sustancias ilícitas, por tratarse de una operación mayor en relación a la conducta de tráfico que podría realizar una sola persona de manera individual y también a que, al buscarse mayores réditos en estas empresas criminales, los volúmenes de sustancias ilícitas, por lo general, son mayores.

2.3.5. Tráfico por omisión.

El art. 12 de la Ley N° 20.000 sanciona a quien esté a cargo, bajo cualquier título, de un establecimiento comercial, establecimiento educacional (de cualquier nivel) o de cualquier otro recinto abierto al público o cuya entrada no pueda negarse sino por razones objetivas (restaurantes, bares, cine, hoteles, recinto deportivo, centros de baile o música) y que tolere o permita el tráfico o consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, sea que produzcan graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública o no, es decir, sea de aquellas sustancias enlistadas tanto en el art. 1° como el art. 2° del Reglamento de la Ley de Drogas.

Este delito se presenta como un delito de omisión propia[81], que son aquellos delitos que se producen a raíz de la infracción a una norma imperativa o mandato[82], en otras palabras, el delito se genera cuando una persona debiendo adoptar o realizar determinadas conductas, no las hace, desobedeciendo de esta manera el mandato al cual está obligado penalmente. En el presente delito en estudio, la omisión viene dada por el encargado quien, teniendo conocimiento de que en su establecimiento se están produciendo conductas de tráfico o consumo de las sustancias reguladas, no adopta las providencias necesarias para impedir la reiteración de las mismas a

[81] *Ibídem.* p. 581.
[82] CURY URZÚA. *Op. cit.* p. 677.

futuro. No tomar medidas para evitar dichas conductas equivale a tolerarlas, lo que acarrea una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días hasta 5 años) junto con una multa que va desde las 40 hasta 400 UTM, además de la clausura del local, la que puede ser temporal o definitiva. Esta sanción se aplicará al encargado del local, entendiendo por tal aquél que tiene una capacidad real de acción[83] para adoptar medidas preventivas.

Se descarta la aplicación de este delito para aquellos establecimientos abiertos al público donde quienes asisten no pueden encontrarse o reunirse entre sí por encontrarse separados físicamente, tal sería el caso, por ejemplo, de un motel o de un baño público individual[84]. Esto se debe a que lo que busca evitar este delito es la socialización de las sustancias ilícitas, es decir, que se normalice el uso de las mismas pudiendo, eventualmente, generar que más personas quieran consumirlas y, en consecuencia, buscar las vías para obtenerlas.

3. LA FALTA DE COMPETENTE AUTORIZACIÓN.

La estructura de las figuras más comunes de la Ley N° 20.000 contempla siempre la ¨*falta de la competente autorización*¨. Así podemos ver que esta aparece en el delito de elaboración de sustancias del art. 1°, las modalidades de tráfico del inciso 2° del art. 3°, el tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias del art. 4° y el cultivo de especies vegetales del art. 8°[85].

La falta de competente autorización constituye un elemento normativo del tipo en estos delitos[86], siendo de aquellos relativos a la antijuricidad de la conducta, específicamente relativos a la antijuricidad formal, es decir, cuando existe una falta de autorización legal para realizar la conducta[87]. De esta forma, la competente

[83] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 582.
[84] *Ídem.*
[85] Por su parte, el art. 7° de la Ley N° 20.000 referido al delito de suministro abusivo, sanciona a quien ¨*encontrándose autorizado para suministrar*¨ lo hiciere en contravención a las disposiciones legales o reglamentarias que lo regulan.
[86] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 583.
[87] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 209.

autorización también sería una causal de justificación respecto de estos delitos y su inclusión en la estructura de estos delitos se debe netamente a que de no haber sido de esta manera, aquellas personas que en razón a su profesión prescriben, venden o recetan sustancias estupefacientes o sicotrópicas (tales como médicos, farmacéuticos, visitadores médicos, entre otros), estarían cometiendo el delito de tráfico ilícito en su sentido amplio por considerarse que están induciendo, promoviendo o facilitando el uso de tales sustancias.

Algunos ejemplos de competente autorización serían:

- En el caso del art. 8°, la autorización otorgada por el SAG, regulada en el Título II del Decreto N° 867.
- La que detenta el funcionario policial para transportar la droga correspondiente al Servicio de Salud Pública para su respectiva destrucción[88].
- La que otorga el fiscal del Ministerio Público al agente encubierto para acumular la droga, como parte de la labor encubierta que realiza[89].

4. EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO (SENTIDO ESTRICTO).

El delito de tráfico ilícito en su sentido estricto es una figura especial del delito de tráfico ilícito en su sentido amplio[90]. Está establecido en el inciso 1° del artículo 3° de la Ley N° 20.000, y corresponde a quienes bajo cualquier título trafiquen sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, sea que estas generen o no graves efectos tóxicos a la salud; y también lo cometen quienes bajo cualquier título trafiquen con las materias primas que sirvan para obtener dichas sustancias. La pena que tiene este delito va desde los 5 años

[88] SALAZAR CÁDIZ, Andrés. s.f. El Consumo Personal, Exclusivo y Próximo en el Tiempo; Su Naturaleza Jurídica a la Luz de la Ley de Drogas. *Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* **[en línea].** s.n. s.l. 16 pp. [Fecha de consulta: 3 de julio de 2020]. **Disponible en:** <http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_4_Ley_20000_Consumo_Personal_AS.pdf>

[89] *Ídem.*

[90] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 620.

y un día hasta los 15 años (presidio mayor en sus grados mínimo a medio) junto con una multa que va desde las 40 hasta las 400 UTM. Esta es la misma pena que tienen el tráfico ilícito en su sentido amplio y la elaboración de estupefacientes o sicotrópicos.

Además de ser una figura especial, se diferencia de su figura básica en que este delito no requiere que se pruebe la conducta de tráfico como tal para tener por acreditado el delito, sino que se puede probar por medio de las **modalidades o presunciones de tráfico**. Estas modalidades de tráfico son conductas que se presumen forman parte de la actividad de tráfico, por lo que permiten establecer la existencia de este delito. Se encuentran establecidas en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley N° 20.000, siendo éstas las siguientes: importar, exportar, transportar, adquirir, transferir, sustraer, poseer, suministrar, guardar o portar. Probándose cualquiera de estas conductas estará por acreditado el tráfico en sentido estricto. Como señalan POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ la función de estas modalidades es ¨*posibilitar el castigo* [del tráfico] *aun cuando sólo se haya acreditado una cualquiera de las conductas que la constituyen, no siendo necesario acreditar que esa conducta es parte de una actividad de tráfico, hecho que se presume o, en palabras de la ley, ¨se entiende¨ que existe*¨[91].

4.1. El tráfico ilícito como delito de emprendimiento.

El delito de tráfico ilícito tanto en su sentido amplio como en su sentido estricto son de aquellos delitos que se clasifican como **delitos de emprendimiento**[92] [93], que son aquellos delitos se conforman de varias acciones, las que pueden ocurrir en diferentes momentos. Estas varias acciones constituyen en sí, distintas modalidades del mismo delito, por ejemplo: la venta, la distribución, la donación, la adquisición, la oferta, el porte, la guarda, la transferencia o la posesión de sustancias ilícitas o de sus materias primas son en sí mismas, distintas

[91] *Ibídem.* p. 622.
[92] *Ibídem.* p. 620.
[93] RUIZ DELGADO. *Op. cit.* p. 410.

maneras de cometer el delito de tráfico ilícito. Sin embargo, no se están cometiendo varios delitos, sino que se está cometiendo solo uno, que está conformado de varias acciones y basta que se participe en uno de ellos para ser autor del delito de tráfico ilícito, ya que se crea un estado de antijuridicidad permanente desde el primero de los actos. Es por esta razón que no es relevante si los actos fueron o no iniciados por el autor.

Debido al carácter que tiene el delito de tráfico ilícito como un delito de emprendimiento, es que tienen plena cabida las modalidades de tráfico, puesto que son distintas acciones que forman parte de un único delito.

4.2. Las modalidades de tráfico.

4.2.1. La posesión.

La posesión de acuerdo al artículo 700 del Código Civil es: ¨*La tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*¨. En caso de las sustancias estupefacientes o sicotrópicas, quien tiene la *posesión* es aquél que tiene la facultad de disponer materialmente de las mismas.

Al igual como sucede con la posesión en materia civil, no es necesario tener la aprehensión material de las sustancias para estar en *posesión* de las mismas. Una de las hipótesis en las que existe posesión a pesar de no tener aprehensión material es, por ejemplo, quien encarga la custodia de sustancias a otra persona[94].

4.2.2. La adquisición.

La adquisición de sustancias ilícitas, en el sentido literal de la palabra *adquirir*, consiste en hacer propias aquellas sustancias reguladas por la Ley N° 20.000 y su respectivo reglamento. Es la forma a través de la cual se entra en

[94] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 622.

posesión de las mismas y, al igual que sucede en el caso de la posesión, no es necesario tener la aprehensión material de las sustancias para ser adquirente, puesto que también se consideran como tráfico los casos de compra o permuta sin entrega material[95]. Nuevamente el elemento crucial es la facultad de disposición que se tiene sobre las sustancias o drogas.

4.2.3. La guarda.

A diferencia de la posesión y de la adquisición que tienen como elemento en común la facultad de disposición, quien *guarda* sustancias estupefacientes o sicotrópicas no está en posesión de las mismas, sino que -jurídicamente- es un mero tenedor. Esta mera tenencia constituirá tráfico siempre y cuando suponga una participación directa e inmediata en el mismo[96].

En su sentido literal, de acuerdo a la Academia, la palabra *guardar* tiene distintas acepciones, cuales son: ¨*tener cuidado de algo, vigilarlo y defenderlo*¨; ¨*poner algo donde esté seguro*¨ o ¨*conservar o retener algo*¨, por lo que quien realice cualquiera de estas acciones se encuentra dentro de la hipótesis de *guarda.*

4.2.4. El porte.

El porte de sustancias lo comete quien las tiene ¨*directamente bajo su control corporal*¨[97], siendo, al igual que en caso de la guarda, un mero tenedor de ellas. En razón al sentido literal de la voz *portar*, es que en esta modalidad si es necesario la aprehensión material de las sustancias, en caso contrario no habría porte de sustancias.

4.2.5. La transferencia.

[95] *Ibídem.* pp. 622 – 623.
[96] *Ibídem.* p. 623.
[97] *Ídem.*

Transferir en su sentido literal es ¨*ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo*¨. La transferencia como modalidad de tráfico es entonces ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre las sustancias reguladas por la Ley 20.000 y su reglamento. Tal sería el caso de quien esté vendiendo, permutando o donando una sustancia o sus materias primas.

4.2.6. El suministro.

Suministrar se define como: ¨*proveer a alguien de algo que necesita*¨. Además de ser una modalidad de tráfico, el *suministro* también está concebido especialmente como delito en el caso del suministro de productos que contengan hidrocarburos aromáticos a menores de edad y en el de suministro abusivo de sustancias, correspondientes a los artículos 5° y 7° de la Ley N° 20.000, respectivamente.

4.2.7. El transporte, la exportación y la importación.

El *transporte* como modalidad de tráfico se define como: ¨*llevar algo de un lugar a otro*¨, siendo el objeto a transportar, las sustancias ilícitas. Esta modalidad comprendería, en su definición, a la exportación y la importación[98], debido a que ambos supuestos implican la movilización o traslación de sustancias de un punto a otro. En caso de la **exportación**, el transporte sería para llevar sustancias hacia un país extranjero, mientras que en el caso de la **importación** sería para traerlas desde un país extranjero.

También caben dentro de esta modalidad los casos en que el transporte de sustancias sea por medio de un tercero, como podría ser un servicio postal o de correspondencia, ya sea privado o público[99]; debido a que (nuevamente) supone la traslación de objetos de un lugar hacia otro. Esto también cobra vital importancia en

[98] PRIETO RODRÍGUEZ, Javier. El Delito de Tráfico y el Consumo de Drogas en el Ordenamiento Jurídico Español. Barcelona, España: Bosch, 1986. 506 p.
[99] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 625.

la realidad social contemporánea debido a la notoria alza en el uso de aplicaciones o servicios de *delivery*.

En relación a la tenencia material de las sustancias en la modalidad en comento, según como señalan POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ: ¨*el transporte, la importación y la exportación no son más que formas de ejercer la posesión de las sustancias de que se tratan*¨[100]; por lo que, al igual que en el caso de la posesión y la adquisición, no se requiere la aprehensión material de éstas para que se modele esta presunción de tráfico. Tal es el caso de quien envía sustancias mediante un tercero que actúa como mero tenedor, ya que quien sigue teniendo la facultad de disposición de las sustancias es quien envía.

4.2.8. La sustracción.

La acepción de *sustraer* que se acomoda a esta modalidad es aquella que la define como ¨*hurtar, robar fraudulentamente*¨. La incorporación de esta modalidad responde a la voluntad del legislador de despejar eventuales lagunas legales que pudieran haberse generado en caso de que alguien hubiera sustraído sustancias ilícitas de otra persona, puesto que la sustracción de igual manera se podría encasillar dentro del porte inherente que conlleva o dentro de la modalidad de posesión[101].

De esta manera, queda de manifiesto que, al establecerse todas estas modalidades o presunciones, el legislador quiso contemplar la mayor cantidad de situaciones jurídicas en las que un individuo se puede encontrar respecto a las sustancias reguladas por la Ley N° 20.000 y su reglamento, para de esta manera poder imputarlas por tráfico en su sentido estricto. No obstante, es necesario tener presente que estas modalidades deben implicar en el caso concreto una relación inmediata y directa con el tráfico ilícito de sustancias.

[100] *Ídem*.
[101] *Ibídem.* p. 626.

5. EL TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS (MICROTRÁFICO).

Microtráfico es la forma coloquial de referirse al delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias ilícitas. Es una figura privilegiada del delito de tráfico[102], siendo incluido por la Ley N° 20.000 y establecido en el artículo 4° de la misma. Cometen microtráfico quienes, sin tener la competente autorización, posean, transporten, guarden o porten 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 el inciso primero (*drogas duras*) o segundo (*drogas blandas*) del artículo 1°. También lo cometen quienes adquieran, transfieran, suministren o faciliten, bajo cualquier título, **pequeñas cantidades** de estas sustancias, drogas o las materias primas que sirvan para obtenerlas, con el objeto de que sean consumidos por otro.

5.1. El microtráfico como figura privilegiada y especial del delito de tráfico.

El microtráfico es una figura privilegiada del delito de tráfico, en primer lugar, debido a su más baja penalidad, la que va desde los 541 días hasta los 5 años (presidio menor en sus grados medio a máximo), junto con una multa que va desde las 40 hasta las 400 UTM. A diferencia del tráfico que va desde los 5 años y 1 día hasta los 15 años (presidio mayor en sus grados mínimo a medio).

En segundo lugar, es una figura privilegiada debido a que no se aplicarán las penas señaladas en caso de que se justifique que las sustancias, drogas o materias primas están destinadas a un **tratamiento médico** o a su **uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo**.

Además de ser una figura privilegiada, es también un delito especial respecto del tráfico, tanto en su sentido amplio como estricto[103], ya que las conductas tipificadas

[102] *Ibídem.* pp. 583 – 585.
[103] MATUS, Jean Pierre. *Informe Acerca de Algunos Aspectos que se han Mostrado Problemáticos en la Aplicación Práctica de la Ley N° 20.000*. Revista Ius Et Praxis 11(2): 333 – 350, 2005.

son las mismas sancionadas por éste. Sin embargo, existe un elemento especializante, que es la **pequeña cantidad** de las sustancias, drogas o materias primas que se pretenden poseer, transportar, guardar, portar, adquirir, transferir, suministrar o facilitar. Siendo de esta manera ¨*una forma específica y privilegiada de poner a disposición de los consumidores finales tales sustancias*¨[104]. Es en razón a este elemento especializante que se ha señalado que el criterio que diferencia entre el tráfico y microtráfico es de carácter cuantitativo, ya que la aplicación de un delito u otro dependerá principal, pero no exclusivamente, de la cantidad de sustancias que se traten[105].

5.2. El concepto ¨pequeña cantidad¨ del artículo 4° de la Ley N° 20.000.

La derogada Ley N° 19.366 no diferenciaba el tráfico dependiendo si la cantidad traficada era pequeña o no. Sin embargo, la Ley N° 20.000 no señala qué es lo que se entiende por *pequeña cantidad*, ni tampoco establece cantidades mínimas o máximas para su determinación.

Desde la perspectiva del tipo penal, la *pequeña cantidad* es un **elemento normativo del tipo**[106], es decir es de aquellos elementos que componen la descripción típica y cuyo sentido sólo es discernible mediante valoraciones socioculturales y/o jurídicas[107]. Más específicamente, es de aquellos elementos normativos que, sin tener un carácter meramente descriptivo, necesitan de una especial valoración para configurar la tipicidad del hecho[108]. Esto se debe al carácter ¨relacional¨ que tiene la *pequeña cantidad*, puesto que no es un término absoluto que se explique a sí mismo, sino que requiere de otro elemento para consolidar su contenido[109].

Al ser un elemento normativo y carecer de contenido propio, la *pequeña cantidad* está entregada a la prudencia e interpretación del juez competente respectivo, quien

[104] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 585.
[105] NAVARRO DOLMESTCH. *Op. cit.* p. 262.
[106] *Ibídem.* p. 265.
[107] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* pp. 183 – 185.
[108] *Ídem.*
[109] NAVARRO DOLMESTCH. *Op. cit.* p. 265.

debe determinar si se está o no en presencia de una cantidad pequeña. El problema ocurre en que la Ley N° 20.000 no indica otros elementos a partir de los cuáles se pueda determinar si una cantidad es pequeña o no, por lo que en la práctica se ha recurrido a distintos elementos o criterios, por ejemplo:

a) Naturaleza de la droga o sustancia[110]: Este criterio dice relación con la capacidad que tiene la respectiva sustancia de generar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, lo que se determina a partir de su la calidad o pureza. Si bien la calidad o pureza son estándares que se han establecido por la Ley N° 20.000 en relación al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, también ha sido utilizado para determinar la ¨pequeña cantidad¨, puesto que entre más pura sea la sustancia por mayor concentración de principios activos, es menor la probabilidad de que se considere como pequeña, en razón a que es más dañina que una sustancia con menor capacidad psicoactiva.

RUIZ DELGADO[111] critica la utilización de este criterio por cuanto se estaría aplicando erróneamente la Ley N° 20.000, por cuanto el inciso primero del artículo 4° de la misma señala que el microtráfico es aplicable tanto a las sustancias del inciso primero como las del inciso segundo del artículo 1°, es decir, se aplica tanto a las sustancias que tienen la capacidad de producir efectos tóxicos como a las que no. Por lo que determinar si la droga tiene o no este carácter no se condeciría con la forma en que está redactado el cuerpo legal.

b) Prognosis de peligrosidad[112]: Este criterio se vincula con la cantidad de dosis que se pueden obtener una sustancia. A partir de esta cantidad de dosis se puede ¨pronosticar¨ a cuantas personas podría difundirse eventualmente, siendo el razonamiento de la siguiente manera: 10 dosis podría significar que potencialmente 10 personas distintas podrían obtener la misma sustancia. De esta forma, mientras exista mayor cantidad probable de personas que puedan llegar a ser destinatarios

[110] RUIZ DELGADO. *Op. cit.* p. 413.
[111] *Ídem*.
[112] *Ídem.*

de una sustancia, menor será la posibilidad de considerar la cantidad como pequeña.

c) Posibilidad de acrecentar la sustancia: Esta condición se relaciona con el porcentaje de pureza que tenga una sustancia. Mientras mayor sea la pureza también lo será la posibilidad de acrecentar dicha sustancia al agregarle otros aditivos y, por tanto, mayor será la cantidad total de droga que se puede difundir. Sin embargo, para establecer esta circunstancia, el sujeto activo debe contar con instrumentos o elementos que le permitan tales fines de acrecentamiento.

Estos son ejemplos de algunos elementos/criterios que se han utilizado para ¨dar forma¨ o dotar de contenido de alguna manera a la ¨*pequeña cantidad*¨ y, en consecuencia, descartar o justificar la aplicación de la figura privilegiada del artículo 4° de la Ley N° 20.000, en razón a que como ya se ha expuesto no existen parámetros establecidos por ésta para determinar la ¨*pequeña cantidad*¨. También se ha recurrido a las circunstancias concomitantes del delito o las condiciones del sujeto activo al momento de establecer si una sustancia es pequeña o no, como podría ser el hecho de que la droga se encuentre dosificada, el perfil psicológico de quien comete el delito o incluso su nivel socioeconómico. Lo cierto es que, al no haber elementos ni estándares delimitados por la ley, los tribunales poseen un espectro de interpretación bastante amplio que sólo está limitado por las reglas de valoración de la prueba del artículo 297 del Código Penal[113].

POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[114] han señalado que el mismo artículo 4° de la Ley N° 20.000, da a entender que es *pequeña cantidad*, definiéndola como: aquella cantidad ¨*necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo*¨, indicando también que esto se condeciría con el espíritu de la Ley N° 20.000, cual sería sancionar privilegiadamente con el delito de microtráfico a quien trafique con las cantidades que tendría un consumidor no traficante. Sin embargo, esta definición no ha estado exenta de críticas, puesto que el concepto de consumo personal

[113] NAVARRO DOLMESTCH. *Op. cit.* p. 271.
[114] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 585.

exclusivo y próximo en el tiempo también es un concepto indeterminado[115]. Según DOLMESTCH[116] la pequeña cantidad señalada por el artículo 4° del cuerpo legal en estudio sería una cantidad mayor que la que se puede destinar al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. El autor basa esta distinción a partir de la definición de la voz *mínimo/a*, cual es según la RAE: ¨*tan pequeño en su especie que no hay menor igual*¨; y la definición de la voz *pequeño/a*, cual es: ¨*que tiene poco tamaño o un tamaño inferior a otros de su misma clase*¨. De esta manera la cantidad mínima sería la cantidad más pequeña que puede existir, siendo ésta la que puede destinarse al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, por lo que existiría un tramo donde una cantidad no se podría considerar destinada al autoconsumo por no ser mínima y tendría que considerarse como una pequeña cantidad destinada al microtráfico. Sin embargo, diferimos con esta distinción debido a que, el destino de la sustancia o droga debe esclarecerse a partir de otros elementos del caso y no tan sólo a partir de la cantidad, que como se ha establecido, no está determinada por la ley.

DOLMESTCH[117] también plantea que producto de la indeterminación del elemento ¨pequeña cantidad¨, en la práctica, y en atención al principio *in dubio pro reo*, en aquellos casos en que exista duda respecto a si una determinada cantidad es pequeña o grande, se debe preferir la aplicación del delito de *microtráfico*, en razón a que es una figura privilegiada. Por tanto, se deberán subsumir en el delito del art. 4° tanto aquellos casos en que el tribunal llegue al convencimiento de que se trata de una ¨pequeña cantidad¨ cómo en aquellos casos en que exista duda.

6. LA SITUACIÓN DE CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES ENTRE EL ARTÍCULO 3° Y 4° DE LA LEY N° 20.000.

[115] RUIZ DELGADO. *Op. cit.* p. 415.
[116] NAVARRO DOLMESTCH. *Op. cit.* pp. 271 – 272.
[117] *Ibídem.* p. 272.

El concurso aparente de leyes penales ocurre cuando para un mismo hecho, le son aplicables, en principio, distintas normas penales; pero, en definitiva, sólo le será aplicable una de ellas, quedando la otra norma desplazada por ésta.

RUIZ DELGADO[118] plantea que existiría un concurso aparente de leyes penales entre el delito de tráfico del artículo 3° y el microtráfico del artículo 4°, ambos de la Ley N° 20.000. Esto se debería a que el microtráfico, por su carácter de figura especial del delito de tráfico, al contener los mismos verbos rectores que éste (*poseer, transportar, guardar, portar, adquirir, transferir, suministrar, facilitar*) provoca que a estas mismas acciones le sean aplicables ambas figuras delictuales, lo que también ocurre debido a la indeterminación del elemento especializante, la ¨pequeña cantidad¨.

Se descarta la existencia de un concurso material/real o de un concurso ideal/formal, puesto que en estos existe una pluralidad de delitos que concurren de manera conjunta, siendo todos aplicables, mientras que, en el presente caso, aparentemente concurren distintas figuras penales, pero sólo será aplicable una de ellas. Además, se debe tener presente el carácter de delitos de emprendimiento que revisten el tráfico y el microtráfico, donde existe una pluralidad de hechos que pueden estar separados espacio-temporalmente, pero sólo se configurará un solo delito y no varios como tantas acciones haya.

Algunos autores como ETCHEBERRY[119], señalan que el concurso aparente de leyes penales no es un problema concursal en sí, si no que sería más bien un problema de interpretación o de aplicación de la norma. Así también lo estima CURY[120], quien establece de manera clara que: ¨*No lo hay* [concurso] *de hechos, puesto que el que se enjuicia es solamente uno. No lo hay tampoco de leyes, pues la concurrencia de éstas es puramente aparente y, al cabo, sólo una de ellas regirá*

[118] RUIZ DELGADO. *Op. cit.* pp. 418 – 423.
[119] ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal: Parte General, Tomo II. 3ra edición revisada y actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1998. 269 p.
[120] CURY URZÚA. *Op. cit.* p. 667.

la conducta de que se trata. No lo hay, por fin, de delitos, ya que, en suma, se entenderá que únicamente fue cometido uno¨.

La solución al concurso aparente de leyes viene dada por la aplicación de ciertos principios que establecen relaciones entre las normas que son aparentemente aplicables o entre los hechos acaecidos (en caso de que hubiera una pluralidad de hechos). Estos son los principios de *especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad*. Para ETCHEBERRY[121], la solución del concurso aparente debe pasar por dos *tamices* antes de aplicar los principios[122]. En primer lugar, ante la presencia de distintas normas que parecen aplicables, se debe determinar si efectivamente estamos ante un concurso de leyes o es meramente aparente. Una vez descartado la posibilidad de un concurso propiamente tal, y con la certeza de que nos encontramos ante un concurso aparente, se determinará cuál es la disposición que debe ser aplicada en razón a los principios indicados[123].

Por su parte, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[124] entienden que la solución del concurso aparente viene dada por la presencia de requisitos de aplicabilidad de los principios. De esta manera, la presencia de estos requisitos permite establecer que nos encontramos efectivamente ante un concurso aparente y no ante las otras figuras de concurso de leyes. Además, dependiendo del requisito de aplicabilidad que esté presente, será el principio que deberá aplicarse para la solución del concurso aparente. Estos requisitos de aplicabilidad se forman a partir de dos principios de justicia material, siendo éstos: el principio *non bis in ídem* y el *principio de insignificancia*.

6.1. El principio *non bis in ídem* en el concurso aparente de leyes penales.

[121] ETCHEBERRY. *Op. cit.* p. 123.
[122] A pesar de haberse mencionado los cuatro principios, de acuerdo a ETCHEBERRY la solución a la problemática del concurso aparente de leyes penales se rige únicamente por el principio de especialidad y el principio de consunción.
[123] ETCHEBERRY. *Op. cit.* p. 123.
[124] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 457.

El principio *non bis in ídem* en el concurso aparente de leyes penales ocurre cuando de aplicarse de manera conjunta las normas aparentemente aplicables al hecho concreto, se estaría juzgando o sancionando necesariamente un mismo elemento jurídico de relevancia penal, dos o más veces, siendo éste elemento jurídico común a las normas que estarían en concurso aparente. En caso de que estemos ante este principio o requisito de aplicabilidad, se deberá preferir la utilización de los principios de *especialidad*, *subsidiariedad* o *alternatividad* para solucionar el concurso aparente[125].

6.2. El principio de insignificancia.

El principio de *insignificancia* se presenta cuando no existe una relación lógica entre las disposiciones en apariencia aplicables, por lo que se ponderan los hechos que constituyen, en principio, los delitos aparentemente aplicables, a partir de criterios empíricos o fácticos. A raíz de esta ponderación, uno de los hechos se considerará como insignificante frente al otro, por poseer una menor entidad lesiva. Con la presencia de este criterio, se debe preferir como solución el principio de *consunción*, en cuya razón, el delito de menor intensidad criminal será absorbido por el delito de mayor intensidad, por considerarse (el primero) como insignificante[126].

6.3. El principio de especialidad.

El principio de especialidad es uno de los criterios/elementos que se utilizan para dar solución al concurso aparente de leyes penales. Es un criterio de carácter lógico. Ocurre cuando una de las normas aparentemente aplicables contiene todos los elementos de la otra, y, además, uno o más elementos especializantes, lo que se conoce como *especialidad por extensión o adición*[127]. Tal es el caso que ocurre

[125] *Ídem.*
[126] *Ibídem.* p. 457 – 458.
[127] *Ibídem.* p. 458.

entre el delito de microtráfico del artículo 4° y el delito de tráfico del artículo 3°, ya que el primero contempla todos los elementos del segundo con la diferencia de la inclusión del elemento ¨pequeña cantidad¨, sin embargo, no siempre se podrá utilizar este principio para solucionar el concurso aparente. De otra manera, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[128] conciben a la especialidad como: ¨*la relación que existe entre dos supuestos de hecho legales, cuando todos los casos concretos que se subsumen en el supuesto de hecho legal de una norma, la especial, se subsumen también dentro de otra norma, la general, la que es aplicable al menos a un caso concreto adicional no subsumible dentro del supuesto de hecho de la primera*¨. A modo general, se puede concebir la especialidad como la relación de especialidad o de género/especie que existe entre disposiciones penales que son aparentemente aplicables a un hecho concreto.

Al lograr establecerse una relación de especialidad entre las normas que estarían en un concurso aparente, la norma general quedará desplazada por la norma especial, en atención a que esta última comprende de mejor manera al hecho concreto con todas sus particularidades. No es de relevancia para este principio la diferente penalidad que pueda haber entre las normas aparentemente aplicables, puesto que el tratamiento especial puede haber sido dado ya sea por un criterio de benignidad o de severidad. Existiendo un precepto que sea especial respecto al otro se le debe dar aplicación preferente y exclusiva[129].

6.4. El principio de consunción.

El *principio de consunción o absorción*, a diferencia del principio de especialidad, no tiene un carácter lógico, sino que es axiológico[130] o valorativo[131], en atención a que se debe ponderar la gravedad o desvalor delictivo que representan las normas que pueden tener aplicación al hecho concreto, es decir,

[128] *Ídem.*
[129] ETCHEBERRY. *Op. cit.* p. 124.
[130] CURY URZÚA. *Op. cit.* p. 669.
[131] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 461.

que se encuentran en concurso aparente. A raíz de esta valoración se determina cuál norma representa la infracción principal y cuál norma será la infracción acompañante, ya sea como *actos anteriores*, *propiamente acompañantes* o *posteriores copenados*[132]. De esta manera el concurso aparente será solucionado al tener que aplicarse aquella disposición que se presente como principal, puesto que las demás serán absorbidas o ¨consumidas¨ por ésta, en consideración a que la norma principal representa una mayor gravedad que las otras, siendo el resto insignificantes o de poca entidad penal en relación a ésta.

Según RUIZ DELGADO[133] la solución del concurso aparente entre el artículo 3° y el artículo 4° de la Ley N° 20.000 prescindiría de la utilización de los principios de alternatividad y subsidiariedad por no tener aplicación en el caso en comento. Además, advierte que no siempre se podrá recurrir a la misma solución, por lo que se debe analizar caso a caso. Indica que de estimarse que existe un concurso aparente entre estas normas (puesto que no existe una opinión uniforme en la doctrina), debería aplicarse el principio de especialidad, de conformidad al carácter de figura especial que reviste el microtráfico en relación al delito del artículo 3° de la Ley N° 20.000. Sin embargo, en el caso de una persona que habitualmente realiza conductas de tráfico, en algunos casos con cantidades que pueden considerarse ¨pequeñas¨ y en otros casos con cantidades mayores; sería más adecuado solucionar el concurso aparente mediante el *principio de consunción*, puesto que la conducta de tráfico de ¨grandes cantidades¨ absorbería el disvalor de las conductas de tráfico de ¨pequeñas cantidades¨; además, resultaría absurdo ¨premiar¨ a quien ha realizado tráfico con grandes cantidades de sustancias ilícitas con la aplicación de la figura privilegiada del microtráfico, lo que no se condeciría con la *ratio* de la ley. En este caso habría una *especialidad negativa* según RUIZ DELGADO[134], ya que será la ley general la que absorba a la ley especial.

[132] *Ibídem*. pp. 461 – 462.
[133] RUIZ DELGADO. *Op. cit.* p. 420.
[134] *Ídem.*

7. EL DELITO DE CULTIVO DE ESPECIES VEGETALES DEL ART. 8° DE LA LEY N° 20.000.

El art. 8° de la Ley N° 20.000 consagra el delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis u otras especies que sean productoras de sustancias estupefacientes. Este delito lo cometerán quienes, sin la competente autorización, siembren, planten, cultiven o cosechen las especies vegetales señaladas en el art. 5° del Decreto N° 867[135]. Este delito tiene una penalidad que va desde presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (desde 3 años hasta 10 años), además de una multa que va desde las 40 hasta las 400 UTM; pudiendo ser rebajada en un grado, de manera facultativa por el tribunal, de acuerdo a la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor.

El delito de cultivo fue introducido a la legislación de drogas con la Ley N° 18.403 de fecha 4 de marzo de 1985[136], buscando adecuarse a las disposiciones de la Convención Única Sobre Estupefacientes de 1961, específicamente a su art. 22[137]y 28[138]. Desde esta Convención es que se erigió una política criminal prohibicionista

[135] El art. 5° del Decreto N° 867 de fecha 19 de febrero de 2008 establece las especies vegetales que son objeto material del delito del art. 8° de la Ley N° 20.000, siendo estas: cannabis sativa L, cacto peyote, *catha edulis* (khat), datura estramonium L, hongo psilocide, *eritroxylon coca*, *papaver somniferum* L y *salvia divinorum*.

[136] En el art. 2° de la Ley N° 18.403 se establecía que: *¨Los que, sin contar con la competente autorización, siembren, cultiven, cosechen o posean especies vegetales o sintéticas del género cannabis u otras productoras de substancias estupefacientes o sicotrópicas, en circunstancias que hagan presumir el propósito de tráfico ilícito de alguna de ellas, incurrirán en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de veinte a cien ingresos mínimos mensuales¨.*

[137] Art. 22 de la Convención Única de 1961: *¨1. Cuando las condiciones existentes en el país o en un territorio de una Parte sean tales que, a su juicio, la prohibición del cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta del cannabis resulte la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la Parte interesada prohibirá dicho cultivo. 2. Una Parte que prohíba el cultivo de la adormidera o de la planta del cannabis tomará las medidas apropiadas para secuestrar cualquier planta ilícitamente cultivada y destruirla, excepto pequeñas cantidades requeridas por la Parte para propósitos científicos o de investigación¨.*

[138] Art. 28 de la Convención Única de 1961: *¨Fiscalización del cannabis. 1. Si una Parte permite el cultivo de la planta del cannabis para producir cannabis o resina de cannabis, aplicará a ese cultivo el mismo sistema de fiscalización establecido en el artículo 23 para la fiscalización de la adormidera. 2. La presente Convención no se aplicará al cultivo de la planta del cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semillas) u hortícolas. 3. Las Partes adoptarán las medidas necesarias para impedir el uso indebido o tráfico ilícito de las hojas de la planta del cannabis¨.*

en cuanto al cultivo de cannabis (la que se mantiene en la actualidad[139]), lo que se ve reflejado en el art. 22 ya mencionado, en torno a la prohibición de cultivo como herramienta eficaz para proteger la salud pública y además la obligación que pesa sobre el Estado de secuestrar y destruir las plantas de cannabis cultivadas de manera ilícita, esto es, sin autorización estatal. Así, el art. 28 de la Convención, viene establecer que, en caso de que el Estado permita el cultivo de cannabis, debe disponer de un organismo fiscalizador, el que tendrá la facultad de autorizar cultivos, expidiendo la licencia correspondiente para ello y designando las zonas en que se hará dicho cultivo. Los cultivos autorizados tienen, además, la obligación de entregar (o vender) la totalidad del producto de dichas cosechas al organismo fiscalizador[140]. En el caso de Chile, el organismo encargado de autorizar cultivos de cannabis es el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), de acuerdo al art. 9° de la Ley N° 20.000.

El cultivo de especies vegetales se concibe como un acto preparatorio del delito de tráfico sancionado especialmente, por cuanto obedece a una técnica legislativa que busca frenar el tráfico desde una etapa anterior a su entrada al ciclo de la droga, es decir desde la siembra hasta la cosecha, en este caso, de la especie vegetal productora de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Por ende, la razón de la penalización del cultivo está dada en base a la relación que guarda con un eventual tráfico futuro de las sustancias que dicha planta puede producir, buscando evitar de esta manera, la eventual difusión incontrolada de las mismas, puesto que el cultivo como parte de los delitos de tráfico y, en su calidad de acto anterior e imperfecto a éste, también protege el bien jurídico de la salud pública.

---

[139] RABI GONZÁLEZ, Roberto. *Tratamiento Penal de la Siembra, Plantación, Cultivo o Cosecha de Especies Vegetales del Género Cannabis en Chile.* Revista Jurídica del Ministerio Público (80): 74 – 86. Diciembre, 2020. p. 82.

[140] Cabe hacer presente que, las disposiciones de la Convención Única de 1961 relativas al cultivo de cannabis aún tienen vigencia, puesto que de acuerdo al art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, dispone que: *¨1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: Letra A). ii). El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada¨.*

8. EL PORTE-IMPUNE Y EL PORTE-FALTA.

Como ya se revisó, el porte es una de las modalidades de tráfico contempladas en el inciso 2° del art. 3° de la Ley N° 20.000; presunción que también está considerada dentro de las conductas del inciso 1° del art. 4°, entendiéndose por *porte* el tener las sustancias o drogas directamente bajo el control corporal.

La Defensoría Penal Pública plantea que existirían dos concepciones del porte[141]. En primer lugar, está el porte que aparece en el inciso primero del art. 4°, referido al porte de pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, a menos que este porte esté destinado a un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Por otra parte, tenemos el porte del inciso sexto del art. 50, conocido como **porte-falta**, donde se sanciona a quienes tengan o porten drogas o sustancias ilícitas en lugares públicos (calles, caminos, plazas) o abiertos al público (restaurantes, cines, teatros, estadios, bares) para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Teniendo presentes estas dos normas referidas al porte de sustancias, se generan confusiones, puesto que ambas contienen el elemento del uso o consumo personal exclusivo próximo en el tiempo, diferenciándose en que en el art. 4° es una causal de justificación o atipicidad mientras que en el art. 50 el porte será sancionado a pesar de que su destino sea el autoconsumo, siempre y cuando el porte sea en un lugar público o abierto al público. La explicación que otorga la Defensoría Penal Pública es que el porte del art. 4° inciso primero sería un **porte-impune**, en atención a que considera la causal de justificación del uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, pero advierte que dicha exclusión de responsabilidad sólo sería aplicable en caso de que el porte se realice en un lugar privado[142], ya que de ser en un lugar público o abierto al púbico estaríamos ante la figura del porte-falta el cual no se puede justificar con un *autoconsumo*. Señala que la consecuencia práctica de esto es que cuando se justifique el consumo personal exclusivo y

[141] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Defensoría Penal Pública. Estudios y Capacitación: Ley 20.000: Tráfico, Microtráfico y Consumo de Drogas: Elementos Jurídicos y Sociológicos para su Distinción y Defensa. Santiago, Chile (8) 2013.
[142] *Ibídem*. pp. 43 – 44.

próximo en el tiempo, la mayor parte de las veces, *¨se hará para solicitar la sanción en virtud del art. 50, y no la absolución en virtud de la figura impune del consumo individual del artículo 4° inciso 1°¨*[143].

Por su parte POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ tienen su propia concepción respecto de lo que sería el porte-impune y el porte-falta. Indican que el porte-falta del art. 50 sería un porte cuyo destino sería el consumo en lugares públicos o abiertos al público, teniendo en cuenta que la sanción al porte está dada en relación al consumo en dichos lugares, que es lo que justamente sanciona el art. 50. Por tanto, para que el porte constituya una falta tendría que estar destinado al consumo en lugares públicos o abiertos al público; o en caso de que quien porta la sustancia lo haga de manera *ostensible*, esto es, de manera manifiesta o jactanciosa, de modo que pueda ser *¨percibido por terceros indeterminados¨* como un consumidor de drogas[144]. Lo que busca la Ley N° 20.000 con este porte-falta es evitar el consumo en lugares públicos antes que se produzca, puesto que se estima que el consumo en lugares públicos y, específicamente, en presencia de más gente, provoca un efecto sensibilizador del bien jurídico salud pública, en razón a que la normalización del consumo de estas sustancias posee en sí un efecto multiplicador o *¨epidemiológico¨*[145], generando así nuevos consumidores o que más personas estimen como un hábito normal el consumo de drogas.

A diferencia de lo razonado por la Defensoría Penal Pública, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ plantean que existiría una hipótesis de porte-impune aun siendo en un lugar público o abierto al público, la que correspondería al porte sin ostentación para uso o consumo personal exclusivo y próximo en lugares privados[146]. Para fundamentar este planteamiento se basan, primeramente, en que no se estaría vulnerando la salud pública en el caso del porte sin ostentación para consumo en un lugar privado, puesto que, en atención a su destinación, no constituiría una modalidad para un eventual tráfico, ni tampoco una falta para consumo en lugares

[143] *Ídem.*
[144] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 634.
[145] *Ibídem.* p. 633.
[146] *Ibídem.* p. 634.

públicos y al ser sin ostentación tampoco cabría la posibilidad de que ocurriera una sensibilización del bien jurídico protegido. Indican que sólo reconociéndose este particular caso de porte-impune cobrarían sentido y relevancia las disposiciones del inciso 1° del art. 4° y las del art. 8°[147], entendiendo que el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo es atípico. Por tanto, de no admitirse este porte-impune sin ostentación, la causal de justificación de autoconsumo no tendría ningún efecto, sería inoperante o ilusoria[148]. Otro argumento que fundamentaría la impunidad o atipicidad del porte sin ostentación para consumo en lugar privado, es que sería un caso de consunción inversa donde la atipicidad del consumo personal absorbería la aparente tipicidad del acto preparatorio del porte en lugares públicos[149].

Si bien se puede considerar que la postura que plantea POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ es discutible, de igual manera ha encontrado asidero en nuestra jurisprudencia, así podemos tener en cuenta lo señalado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, que indica al respecto: ¨ *…el artículo 50 inciso 3° de la ley 20.000 sanciona como falta la conducta consistente en tener o portar en los lugares públicos a que se refiere el inciso 1° del mismo artículo, drogas o sustancias estupefacientes, para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, es decir, para realizar dicho consumo en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música, o en establecimientos educacionales o de capacitación; todo lo cual es indicativo de que la tenencia o porte debe trascender o hacerse ostensible frente a terceros, pues de otra manera no se entiende que, por una parte, el legislador no sancione el consumo personal y exclusivo en recinto privado, no concertado con terceros, por afectar dicha conducta únicamente la salud del individuo, y por otra parte, sí sancione el acto de portar privadamente la droga para realizar dicho consumo personal, siendo que en ambos casos no se divisa que se vea afectado el bien jurídico que se pretende proteger.*

[147] *Ídem.*
[148] *Ibídem.* p. 635.
[149] *Ídem.*

De esta manera, resulta efectivo que el porte de droga para su consumo próximo en el tiempo en su domicilio, no es más que un acto preparatorio de un acto final no penado por la ley, por lo que corresponde considerar la conducta imputada como un acto atípico"[150].

Por su parte, SALAZAR CÁDIZ[151] se muestra contrario al planteamiento de POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. En primer lugar, señala que el tipo penal del porte no exige la ostentación sino sólo el porte de alguna de las sustancias indicadas en el art. 1° de la Ley N° 20.000, por lo que finalmente los autores estarían excediendo su competencia de intérpretes al agregar elementos no contemplados por el legislador[152]. Así, plantea que una interpretación acorde a la norma, llevaría a concluir que el legislador por razones político-criminales quiso restringir el porte sólo a la intimidad de la persona, en un lugar privado[153], teniendo también en cuenta que no es necesario distinguir en la destinación que tendrá la sustancia portada, puesto que la falta estaría consumada sólo hecho del porte. Propone el caso de quien adquiere droga y la porta en la vía pública con el fin de consumirla en su hogar, señalando que esta conducta de igual manera es lesiva a la salud pública por cuanto quien lo hace está integrando recursos en el ciclo económico de la droga[154], lo que se condeciría con la decisión política-criminal del legislador de restringir el tráfico desde su financiamiento para lo cual se debe desincentivar el consumo y, en consecuencia, el porte para el consumo[155].

---

[150] CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. ROL N° 660-2018. La Serena, Chile. De fecha 29 de noviembre de 2018. Considerando 2°. *También en este mismo sentido*: CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. ROL N° 144-2012. Antofagasta, Chile. De fecha 3 de julio de 2012.

[151] SALAZAR CÁDIZ, Andrés. s.f. El Porte de Droga en Lugares de Libre Acceso Público. *Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* **[en línea]**. s.n. s.l. 8 p. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2020]. **Disponible en:** http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/porte_droga_acceso_publico_AS.pdf

[152] *Ibídem*. p. 4.

[153] *Ibídem.* p. 5.

[154] *Ibídem.* p. 9.

[155] *Ídem.*

9. RÉGIMEN ESPECIAL DE AGRAVANTES DEL ART. 19 DE LA LEY N° 20.000.

El art. 19 de la Ley N° 20.000 establece ocho circunstancias agravantes de la responsabilidad penal respecto de los delitos establecidos en los artículos 1 al 18[156] de la misma, quedando excluida su aplicación respecto de aquellos delitos contemplados sobre el art. 19, por ejemplo: la negativa injustificada de los notarios, conservadores y archiveros a entregar informes, documentos o antecedentes solicitados por el Ministerio Público (art. 29); la prohibición de revelar la identidad de los testigos o peritos protegidos (art. 31 inciso 2°); la violación del secreto de las actuaciones judiciales o administrativas (en contexto de un cambio de identidad) por parte de los funcionarios del Estado (art. 35 inciso 3°); el uso malicioso de la identidad ¨anterior¨ por parte de quien posee una nueva identidad (art. 35 inciso 4°); la violación del secreto de la investigación (art. 37); la difusión de información relativa a una investigación amparada por secreto absoluto (art. 38 inciso 3°); el retardo en la entrega o destrucción de las sustancias, especies o materias primas por parte del funcionario respectivo (art. 42)[157]; el consumo en lugares públicos o abiertos al público (art. 50 inciso 1°); el porte falta (art. 50 inciso 6°); entre otros.

El art. 19 de la Ley N° 20.000 establece que, en caso de concurrir una de las agravantes señaladas, se **deberá** aumentar la pena en un grado, siendo un mandato para el juez[158], mientras que, en caso de que concurran dos o más circunstancias agravantes, se **podrá** (facultativamente) aumentar la pena en dos grados. Esto altera las reglas generales de aplicación de las circunstancias

[156] El art. 19 de la Ley N° 20.000 parte señalando: ¨*Tratándose de los delitos anteriormente descritos…*¨.
[157] RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley N° 20.000. Tesis (Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Escuela de Graduados, 2011. 177 p. (p.93)
[158] *Ibídem.* p. 94.

agravantes establecidas en los artículos 67[159] y 68[160] del Código Penal, en cuyo caso, ante la concurrencia de sólo una agravante se aplicará la pena en su *máximum* (en el caso del art. 67) o se tendrá que aplicar el máximo de los grados que constituye la pena (en el caso del art. 68); mientras que, en caso de que concurran dos o más agravantes se podrá aplicar la pena superior en un grado (en el caso del art. 67) o se podrá imponer la pena inmediatamente superior en su grado máximo (en el caso del art. 68).

En cuanto a la forma en que se debe realizar el aumento de la pena, de acuerdo con POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[161] se debe ¨*…elevar toda la pena prevista, conservando un marco penal de igual cantidad de grados, puesto que el texto legal no contempla una limitación como la del art. 68 CP en cuanto a la forma en que ha de hacerse el aumento…¨*[162], ejemplificando que en el caso del delito de tráfico del art. 3° de la Ley N° 20.000 que tiene aparejada una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (5 años y 1 día hasta 15 años), en caso de concurrir una agravante del art. 19, quedaría en un marco penal de presidio mayor en su grado medio a máximo (10 años y 1 día hasta 20 años). También, los autores advierten que, en el caso del aumento en dos grados establecido en el inciso final del art. 19 esta facultad ¨*habrá de tomarse con mucha prudencia si no quiere llegarse al*

---

[159] Art. 67 del Código Penal: ¨*Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla. Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum, y en el segundo en su máximum. Para determinar en tales casos el mínimum y el máximum de la pena, se divide por la mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximum y la más baja el mínimum. Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado…*¨.

[160] Art. 68 del Código Penal*: ¨Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes. Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo. Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Cuando, no concurriendo circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley…¨.*

[161] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* pp. 613 – 614.

[162] *Ídem.*

paroxismo penológico de castigar estas conductas con penas que pueden llegar hasta la de ¡presidio perpetuo!¨[163].

Así, teniendo presente que, ante la concurrencia de cualquiera de estas ocho circunstancias agravantes se deberá aumentar el marco penal en al menos un grado (y hasta en dos grados en el caso de que concurran dos o más); sin que se pueda, además, compensarse este aumento ante la concurrencia de circunstancias atenuantes como sí sucede en el caso de los artículos 67[164] y 68[165] del Código Penal, esto trae severas consecuencias para el imputado en la práctica, por ejemplo, la imposibilidad de poder acceder a alguna pena sustitutiva de la Ley N° 18.216 por excederse los respectivos límites de la pena a que son aplicables[166]. Esto también se suma al hecho de que el delito de tráfico del art. 3°, si concurre al menos una de estas circunstancias agravantes especiales, en la práctica será sancionado con una de las penas más altas de nuestro ordenamiento jurídico penal[167], mientras que en el caso del delito de tráfico de pequeñas cantidades del art. 4°, que tiene aparejada una pena de simple delito, pasaría a ser sancionado con una pena de crimen[168] ante el aumento que hace el art. 19 de la Ley N° 20.000. Por lo que, indudablemente, el régimen especial de agravantes de la Ley N° 20.000 es mucho más drástico y gravoso en sus efectos, que el régimen general del Código Penal.

9.1. Art. 19 letra a): Haber participado en una agrupación o reunión de delincuentes.

El art. 23 de la antigua Ley N° 19.366 también contemplaba circunstancias agravantes especiales, sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.000

[163] *Ídem.*
[164] Art. 67 del Código Penal inciso final: *¨En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras¨.*
[165] Art. 68 del Código Penal inciso final: *¨Concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos¨.*
[166] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 93.
[167] *Ídem.*
[168] *Ídem.*

se suprimió la agravante del numeral 6°[169] (prevalecimiento de la posición de garante) y se agregó la agravante en comento, cual es: que el imputado haya participado en una agrupación o reunión de delincuentes, pero sin haber incurrido en el delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000.

Esta agravante correspondiente a haber formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, viene a ser una figura residual del delito de asociación ilícita del art. 16, ya que se busca sancionar aquellas conductas que van más allá de una simple coautoría en los términos del art. 15 N° 3 del Código Penal pero no alcanzan a configurarse como una asociación ilícita propiamente tal[170]. Si se tiene en cuenta que *¨reunión¨* se define como *¨conjunto de personas reunidas¨*; que una de las acepciones de *¨agrupación¨* es *¨conjunto de personas o cosas agrupadas¨*; mientras que *¨organización¨* se define como *¨asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines¨* y que *¨asociación¨* se define como *¨conjunto de asociados para un mismo fin¨*, es loable concluir que el delito de asociación ilícita requiere más que la sola pluralidad de personas para poder configurarse como tal; debe existir una identidad en el fin perseguido por los miembros de la organización, es decir, un objetivo común; debe haber una jerarquía entre los miembros; debe haber una división o repartición de las funciones o tareas que se desempeñan como parte de la actividad delictual; y también debe haber una permanencia en el tiempo[171]. En razón de todos estos elementos que han sido reconocidos tradicionalmente en la doctrina y jurisprudencia como parte de una asociación ilícita, es que en la práctica se vuelve complicado en términos

[169] Art. 16 de la derogada Ley N° 19.366: *¨6.- Si el hechor indujere, promoviere o facilitare el uso o consumo de estupefacientes, sicotrópicos o hidrocarburos aromáticos u otras drogas o substancias capaces de producir dependencia, a personas que se encuentran a su cargo o bajo su cuidado¨*.
[170] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 99.
[171] HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Diciembre, 2008. Informes en Derecho Doctrina Procesal 2007 ¨Algunos Aspectos de la Ley N° 20.000¨ **[en línea]**. *Centro de Documentación Defensoría Penal Pública*. Santiago, Chile. pp. 147 – 160. [Fecha de consulta: 5 de julio de 2021] **Disponible en:** <https://biblio.dpp.cl/datafiles/3259-2.pdf> *Citando a:* ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, 3º Edición: Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1997; GRISOLÍA, Francisco. ¨El Delito de Asociación Ilícita¨. Revista Chilena de Derecho Vol. 31°, 2004; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. ¨Objeto Jurídico y Accidentes del Delito de Asociaciones Ilícitas¨. Estudios y Defensas Penales, 2º Edición, Lexis-Nexis. Santiago, 2007; SEPÚLVEDA, Eduardo. ¨El Delito de Asociación Ilícita de la Ley Nº 19.366 Sobre el Tráfico Ilícito de Drogas¨ Cuadernos Judiciales Nº 4, 2001; *Coinciden también con estos elementos:* POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 614; y RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 99.

probatorios acreditar su existencia, puesto que tienen que ser probados cada uno de ellos. Sin embargo, en el caso de la agravación de la pena por agruparse o reunirse para cometer alguno de los delitos de la Ley N° 20.000 tampoco basta la mera pluralidad de personas, ya que si ese fuera el caso el legislador habría optado por formular dicha agravante en términos similares, por ejemplo, al numeral 4° del art. 485 del Código Penal, esto es en ¨*cuadrilla*¨[172]; o al numeral 3° del art. 456 bis del mismo cuerpo legal siendo ¨*…dos o más los malhechores*¨. Por tanto, tal como se adelantó, esta agravación viene a ser la herramienta para sancionar aquellas asociaciones ilícitas imperfectas, donde por falta de alguno de los elementos como la organización jerárquica o la permanencia en el tiempo no caben dentro del art. 16 de la Ley N° 20.000, pero igual corresponde un reproche mayor de la conducta al existir un mayor riesgo lesivo al bien jurídico protegido en la conducta que despliega un individuo agrupado, al riesgo que existe en la conducta desplegada por un persona de manera individual. En este entendido, claramente el estándar probatorio en el caso de la agravante del art. 19 es menor que el exigido en el caso del art. 16[173].

Por otra parte, el alcance de la voz *¨delincuentes¨* respecto a esta agravante ha sido fuente de discusión, ya que se ha argumentado que para configurarse esta circunstancia quienes conforman o conformaron la respectiva agrupación delictual deben registrar antecedentes penales previos, para de este modo erigirse como ¨*delincuentes*¨ propiamente tales. Esta discusión también había tenido lugar en relación al término ¨*malhechores*¨ del art. 456 bis del Código Penal, que establece las agravantes en relación a los delitos de robo y hurto, sin embargo, en el caso que nos ocupa, se ha descartado que los imputados deban tener antecedentes penales para la configuración de la agravante de la letra a) del art. 19, en este sentido HERNÁNDEZ BASUALTO señala que la utilización del término delincuentes:

[172] Entiéndase *¨cuadrilla¨* como: *¨más de tres malhechores¨*. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Op. cit.* p. 4.
[173] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 98.

¨…simplemente hace referencia a la calidad de sujetos intervinientes en el delito en cuestión, sin que sea necesario que reúnan cualidades especiales¨[174].

Por último, y a modo de síntesis de este acápite, se puede hacer referencia a la definición que entrega HERNÁNDEZ BASUALTO respecto de la agravante de la letra a) del art. 19 de la Ley N° 20.000 cual corresponde a definirla como: ¨…*una agrupación más o menos permanente de sujetos concertados para la comisión de un número indeterminado de delitos, pero que no cuenta con el grado de organización propio de una asociación ilícita, en términos de jerarquía y disciplina internas*¨[175].

9.2. Art. 19 letra b): Utilización de violencia, armas o engaño.

Esta circunstancia agravante ya estaba contemplada en el art. 23 de la derogada Ley N° 19.366 en su numeral 2° que disponía: ¨*Si el delito se cometiere usando la violencia o el engaño*¨, por lo que una innovación de la Ley N° 20.000 en este ámbito fue añadir las armas a esta agravante. Esta circunstancia viene a dar cumplimiento a lo establecido en el art. 3.5 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 que indica: *¨5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo l, del presente artículo, tales como: d) El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente¨.*

La violencia en esta agravante comprende tanto el uso de la fuerza física como la coacción psicológica[176]. Claramente el empleo de armas en la comisión del delito

---

[174] HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Op. cit.* p. 4 – 5. *En un sentido similar:* RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* pp. 100 – 101. Entiende que el término delincuentes viene dado por la finalidad común que comparten los partícipes, cual es la realización de un delito y específicamente, en el caso de la letra a) del art. 19, un delito de aquellos establecidos en la Ley N° 20.000.

[175] *Ibídem.* p. 14.

[176] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 615. *Citando a:* POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan y GRISOLÍA, Francisco. Derecho Penal Chileno Parte Especial: Delitos Contra El Individuo En Sus Condiciones Físicas. 2ª Edición. Santiago, Chile. 1993.

es un acto violento *per sé*, sin embargo, su inclusión de manera expresa permite abarcar aquellas situaciones donde se portan o exhiben armas como medio intimidatorio para coaccionar a terceros a la ejecución de un delito[177], sin que necesariamente tengan que ser percutadas o utilizadas.

Si bien el uso de armas en la comisión de un delito está contemplado como circunstancia agravante en el numeral 20 del art. 12 del Código Penal[178]; ante la concurrencia de la agravante especial de la letra b) del art. 19 en estudio, la agravante general quedaría subsumida en esta última en atención al principio de consunción[179] y a la mayor gravedad que representa la agravante especial. Lo mismo sucederá en el caso de los delitos de coacciones o amenazas que ocurran en contexto de la utilización de violencia o armas[180]. No obstante, queda la duda respecto a si los delitos establecidos por la Ley N° 17.798 sobre control de armas también quedarían subsumidos en la agravante especial de la Ley N° 20.000, puesto que ambos cuerpos legales protegen bienes jurídicos distintos, siendo, en el caso de la primera, la seguridad colectiva o la seguridad pública[181]. El principal argumento que afirmaría la consunción de estos delitos por la agravante del art. 19 es, nuevamente, la mayor gravedad o mayor desvalor que reviste ésta última, debido al aumento de grados que proceden ante la concurrencia de una o dos circunstancias agravantes, sin embargo, en algunos casos se ha resuelto este concurso bajo el principio de especialidad[182].

9.3. Art. 19 letra c): Suministro, promoción o facilitación de estupefacientes o sustancias sicotrópicas a menores de edad o a personas con capacidades mentales disminuidas o perturbadas.

[177] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* pp. 101 – 102.
[178] Art. 12 del Código Penal: ¨*Son circunstancias agravantes: 20ª. Ejecutarlo portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132*¨.
[179] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 616.
[180] *Ídem.*
[181] VILLEGAS, Myrna. *La Ley N° 17.798, Sobre Control de Armas. Problemas de Aplicación Tras la Reforma de la Ley N° 20.813.* Política Criminal, 14(28): 1 – 53. Diciembre, 2019.
[182] *Véase*: RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* pp. 102 – 103. *Nota al pie* N° 343.

Esta circunstancia agravante especial también estaba considerada en la antigua Ley N° 19.366 en el numeral 4° del art. 23[183] y, al igual como sucede en el caso de la letra b) del art. 19, viene a dar cumplimiento a lo preceptuado en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, específicamente en la letra f) del art. 3.5 que se refiere a la agravación del hecho delictual por la ¨*victimización o utilización de menores de edad*¨. El objetivo que tienen estas normas no es otro que el de proteger la integridad de los menores de edad en razón a su falta de capacidad para auto-determinarse y la carencia de la suficiente madurez al momento de discernir sobre un posible consumo de drogas para su persona; teniendo también en cuenta que, el consumo de drogas en menores de edad puede traer consigo efectos irreversibles que puedan afectar su desarrollo biológico, psicológico y social[184], sumado a que existe una mayor probabilidad de que desarrollen un alto grado de dependencia a tales sustancias[185]. Esta protección a la integridad de los menores de edad también se ve reflejada en el delito establecido en el art. 5° de la Ley N° 20.000, referente al suministro de hidrocarburos aromáticos.

Con la reformulación de la agravante de la letra c) del art. 19 de la Ley N° 20.000, en relación a su antecesora de la Ley N° 19.366, fue que el legislador amplió esta protección también a las personas con facultades mentales disminuidas o perturbadas, en razón de su falta de autodeterminación, la incapacidad para responsabilizarse por sí mismos y al mayor riesgo de dependencia que pueden desarrollar respecto a las sustancias estupefacientes o sicotrópicas; características que comparten con el sector etario menor de dieciocho años.

El problema que surge a raíz de esta circunstancia agravante dice relación con el error sobre la minoría de edad o sobre la salud mental en que se puede encontrar quien suministra, promueve, induce o facilita el uso o consumo de las drogas, ya

---

[183] Art. 23 de la Ley N° 19.366: *¨4.- Si se suministraren drogas o substancias estupefacientes o sicotrópicas a menores de 18 años de edad o cuando se promueva o facilite su uso o consumo a dichos menores¨.*

[184] CHILE. MINISTERIO DE SALUD. Subsecretaría de Salud Pública. Guía Clínica AUGE: ¨Consumo Perjudicial y Dependencia de Alcohol y Otras Drogas en Personas Menores de 20 Años¨. Santiago, Chile: MINSAL, 2013. 92 p.

[185] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* pp. 103 – 104.

que no basta que solo se acredite que el individuo inducido al consumo es menor de edad o que tiene sus facultades mentales disminuidas para que proceda la aplicación de la circunstancia agravante, sino que esto debe ser apreciable directamente a través de los sentidos de quien suministra, facilita, promueve o induce[186], es decir, a sabiendas de que la persona a quien le está proveyendo de drogas es menor de edad o tiene disminuidas sus capacidades mentales, lo que constituye el dolo del agente. En caso de que la minoría de edad o la perturbación de las facultades mentales no sea apreciable mediante el simple empleo de los sentidos, habrá un error del tipo excluyente de la culpabilidad respecto a la agravante[187], por lo que no correspondería su aplicación. Sin embargo, en caso de que quien suministre, facilite o induzca el uso o consumo de drogas tenga dudas respecto a si el individuo es efectivamente menor de edad o tiene facultades mentales perturbadas, estaríamos ante un caso de dolo eventual[188], donde a pesar de tener la duda respecto a la condición del individuo, de igual manera acepta el riesgo induciéndolo al uso o consumo de sustancias ilícitas.

9.4. Art. 19 letra d): Aprovechamiento de cargo público.

El art. 19 de la Ley N° 20.000 en su letra d) establece como circunstancia agravante: ¨*Si el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales*¨[189]. A su vez, esta agravante está establecida en el art. 3.5 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, disponiendo en su letra e): ¨*El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo*¨. La razón de la agravación de los delitos de la Ley N° 20.000 que establece el art. 19 cuando son realizados por un funcionario público, viene

[186] *Ibídem.* p. 105. *Pie de página* N° 346 y 347.
[187] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 616.
[188] *Ídem.*
[189] En la antigua Ley N° 19.366 esta circunstancia agravante estaba establecida en el art. 23 N° 5: ¨*Si el delito se cometiere por funcionarios públicos aprovechándose de su investidura o de las funciones que desempeñan*¨.

dada en atención al mayor estándar de comportamiento[190] y probidad que se les exige debido a su vinculación con el Estado. En este sentido, el criterio utilizado para definir quiénes son efectivamente funcionarios públicos viene dado por el art. 260 del Código Penal que señala: ¨*…se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular*¨. La investidura de funcionario público, al ser una circunstancia relativa a la persona, se constituye entonces como una agravante personal[191], cuya definición se desprende de lo señalado por el art. 64 del Código Penal[192].

Para que proceda la aplicación de esta circunstancia agravante especial no basta con que solo se acredite la calidad de funcionario público, sino que existen ciertos elementos subjetivos y espaciales que se deben verificar antes. En primer lugar, tal como lo señala el art. 19, el delito se debe cometer en contexto del aprovechamiento de la investidura de funcionario público, es decir en el marco de desempeño de sus funciones, lo que significa que no se podrá aplicar esta agravante respecto de las conductas que pueda tener el funcionario *¨fuera del ámbito temporal y espacial del ejercicio de sus funciones públicas*¨[193]. Además, tampoco basta que la conducta delictual tenga lugar dentro del ejercicio de sus funciones, sino que la motivación del funcionario debe ser ajena a su función pública, es decir, debe haber un aprovechamiento para un fin personal. En este caso, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[194] proponen el ejemplo de quien cumpliendo labores de asistente social le suministra o facilita pequeñas cantidades de drogas a un adicto con el fin de

[190] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 106.
[191] *Ídem.*
[192] Art. 64 del Código Penal: *¨Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran…¨.*
[193] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 617.
[194] *Ídem.*

superar una crisis de abstinencia, por lo que no correspondería la aplicación de la agravante calificada, dado que el eventual delito de microtráfico en el que cabría esta conducta dice relación con las funciones que desarrolla un asistente social, no existiendo un fin ajeno a su función que se pretenda satisfacer con la comisión de este delito.

9.4.1. El delito de omisión de denuncia por parte de los funcionarios públicos (art. 13 de la Ley N° 20.000).

Existe una mayor rigurosidad de parte de la Ley N° 20.000 hacia los funcionarios públicos, no tan sólo por la presencia de la agravante especial del art. 19°, sino también en razón al delito establecido en el art. 13 relativo a la omisión de denuncia por parte del funcionario público[195]. A modo general, el Código Procesal Penal en su art. 175 señala quienes están obligados a denunciar, contemplando en su letra b) a los fiscales y a los demás **empleados públicos**[196] quienes deben efectuar la denuncia respectiva de aquellos delitos de los que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones. Así, las personas señaladas por el Código Procesal Penal en el art. 175 que incumplan su deber de denunciar, serán sancionados con multa de 1 a 4 UTM o con la sanción establecida en disposiciones especiales, si las hubiere; de conformidad a lo establecido en el art. 177 del mismo Código[197].

La sanción establecida por el art. 13 de la Ley N° 20.000 de presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días hasta 5 años) junto con la multa que va desde

---

[195] Art. 13 de la Ley N° 20.000: ¨*El funcionario público que, en razón de su cargo, tome conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley y omita denunciarlo al Ministerio Público, a los funcionarios de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones, o de Gendarmería en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales*¨.

[196] Al igual que en la agravante especial del art. 19 letra d) de la Ley N° 20.000, el concepto de funcionario público que se utilizará en el caso del delito del art. 13 es el señalado por el art. 260 del Código Penal.

[197] Art. 177 del Código Procesal Penal: ¨*Incumplimiento de la obligación de denunciar. Las personas indicadas en el artículo 175 que omitieren hacer la denuncia que en él se prescribe incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que correspondiere…*¨.

las 40 hasta las 400 UTM, supera con creces a la establecida en el art. 177 del Código Procesal Penal, y dado el tenor literal de este último, se deberá aplicar la pena establecida en la disposición especial, siendo en este caso la del art. 13, por lo que claramente tratándose de delitos relacionados con sustancias estupefacientes o sicotrópicas, hay un mayor estándar de exigencia hacia los funcionarios o empleados públicos y una exacerbación de la reacción penal producto de la omisión de la denuncia, situación que no ocurre con otros delitos que podrían tener un mayor nivel de injusto (desde el punto de vista del bien jurídico protegido), por ejemplo: la violación, el homicidio simple, el homicidio calificado, el secuestro, el robo con violencia, entre otros[198].

El art. 177 del Código Procesal Penal en su inciso segundo dispone una excusa legal absolutoria, donde no se aplicará la pena establecida por el incumplimiento del deber de denunciar ¨…*cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos*¨. Si bien esta excusa legal no está contemplada por el art. 13 de la Ley N° 20.000 de manera expresa, RÍOS[199] concluye que esta excusa legal absolutoria también se haría extensiva a este artículo, gracias a la analogía *in bonam partem*, entendiendo por *analogía ¨la transposición de una regla jurídica a un caso no regulado por ley por la vía de un argumento de semejanza*¨[200]*,* y por *in bonam partem*, aquella analogía que se hace en beneficio de la parte. La analogía, de acuerdo a CURY[201], sigue el aforismo jurídico que reza: ¨*en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición*¨, por lo que, habiendo una identidad en el sujeto activo (funcionario público) y en el delito propiamente tal (incumplimiento del deber de denunciar) entre los artículos 13 de la Ley N° 20.000 y 177 del Código Procesal Penal, es loable una aplicación analógica de la excusa legal antedicha. También se debe tener en cuenta que se hace aplicable al art. 13 lo relativo al plazo para efectuar la denuncia y a la

198 RÍOS ÁLVAREZ*. Op. cit.* p. 86. *Nota al pie* N° 303.
199 *Ibídem.* pp. 83 – 85.
200 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. Op. cit. p. 99.
201 CURY. *Op. cit.* p. 201.

responsabilidad y derechos del denunciante, regulado en los artículos 176 y 178 del Código Procesal Penal, respectivamente[202].

En relación a las diferencias que presenta el delito del actual art. 13 de la Ley N° 20.000 con el antiguo art. 21 de la Ley N° 19.366[203], lo primero que se puede advertir comparando ambos artículos es la falta del ¨*beneficio de cualquier naturaleza*¨, bastando en la actualidad el sólo incumplimiento del deber de realizar la denuncia para que se configure el delito, sin que se tenga que probar que existe un beneficio de por medio. También se suprimió la ocultación, alteración y destrucción de la prueba por parte del funcionario público, situación que ya no está penada de manera especial en la Ley N° 20.000 sino que se podrá subsumir dentro de la figura genérica de obstrucción a la investigación del art. 269 bis del Código Penal[204].

9.5. Art. 19 letra e): Utilización de inimputables.

El art. 10 del Código Penal señala cuáles son las personas que están exentas de responsabilidad penal, donde se encuentra, por ejemplo: al loco o demente, los menores de edad, el que obra en defensa de su persona o derechos, el que obra violentado por una fuerza irresistible, el que obra en cumplimiento de un deber, entre otros. Esta agravante viene a ser una forma de evitar que se burle la eficacia de la Ley N° 20.000, donde al cometerse los delitos por medio de personas exentas de responsabilidad penal, no se podrían sancionar, pero también viene a resguardar la seguridad de los inimputables y el desarrollo integral de los menores de edad[205], ya que se puede ver afectado por la exposición a los delitos relacionados con

[202] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 85.
[203] Art. 21 de la Ley N° 19.366: *¨El funcionario público que, en razón de su cargo, tomase conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley y, por beneficio de cualquier naturaleza, omitiere denunciarlo a la autoridad correspondiente; u ocultare, alterare o destruyere cualquier tipo de prueba del mismo o de sus partícipes, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Se castigará con las mismas penas al que, en razón de su cargo o de la función que desempeña, tomase conocimiento de alguno de los hechos a que se refiere el artículo 12 y, por beneficio de cualquier naturaleza, omitiere denunciarlo a la autoridad correspondiente, u ocultare, alterare o destruyere cualquier tipo de prueba del mismo o de sus partícipes¨.*
[204] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* pp. 82 – 83. *Nota al pie* N° 293.
[205] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. Op. cit. p. 618.

sustancias estupefacientes o sicotrópicas y la consecuente adicción o dependencia a dichas sustancias que se puede generar a raíz de este vínculo.

La Ley N° 19.366 anteriormente sólo consideraba la agravación de la pena ante la utilización de los inimputables señalados en los numerales 1, 2 y 3 del art. 10 del Código Penal[206], por lo que la introducción de la Ley N° 20.000 vino a hacer más amplia la aplicación de esta agravante especial, extendiéndola a cualquier persona exenta de responsabilidad penal.

La utilización que hace una persona respecto de un individuo exento de responsabilidad penal para que cometa alguno de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000 es un caso de autoría mediata, donde la persona ejecuta el hecho ¨*mediante otro, cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de su comportamiento…*¨[207]. Por lo que de conformidad al art. 15 N° 2 del Código Penal[208], la persona que utiliza al inimputable será penada como autor y, tratándose de los delitos de la Ley N° 20.000, se le aumentará la pena al menos en un grado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 19.

También se debe tener en cuenta la agravación de la pena establecida en el art. 72 del Código Penal respecto del prevalecimiento de menores de edad para la perpetración de un delito[209], situación que de igual manera se contempla en la agravante de la letra e) del art. 19 de la Ley N° 20.000, sin embargo, como se señaló previamente, esta última disposición es mucho más amplia que la agravante general del Código Penal, puesto que considera mayor cantidad de sujetos inimputables, no sólo a los menores de edad. Además, la agravante especial del art. 19 es más grave,

---

[206] Art. 23 de la Ley N° 19.366: ¨*1.- Si el delito se cometiere valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 10, N°s. 1, 2 y 3, del Código Penal*¨.

[207] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 402. *Citando a:* ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen der Aufbau der Vebrechenslehre,* 3ª Edición, Munich, 1997.

[208] Art. 15 del Código Penal: ¨*Se consideran autores: 2°. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo*¨.

[209] Art. 72 del Código Penal: ¨*En los casos en que aparezcan responsables de un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez*¨.

ya que la pena deberá aumentarse sí o sí en un grado, mientras que en el caso del art. 72, la circunstancia de prevalerse de menores de edad podrá ser ¨*apreciada en conciencia por el juez*¨. No obstante estas diferencias entre las normas mencionadas, en razón al principio de especialidad, se deberá optar por la aplicación de la agravante especial de la Ley N° 20.000 ante un posible concurso entre estas normas[210], ya que abarca de mejor manera el injusto que existe en la exposición de los exentos de responsabilidad penal (en especial los menores de edad y quienes tienen algún trastorno mental) a la actividad delictual y a las consecuencias nocivas que traen consigo las drogas.

9.6. Art. 19 letra f), g) y h): Agravación de la pena en atención al espacio físico en que se desarrolla el delito.

Las últimas tres circunstancias agravantes del art. 19 tienen en común que su mayor gravedad se debe al espacio físico donde se desarrolla el delito y a la mayor aglomeración de personas que existe en dichos espacios, ya sea un establecimiento educacional, una institución deportiva, cultural o social; un centro hospitalario o de asistencia; un lugar de detención o reclusión; o un recinto policial o militar. Esta es una directriz que viene desde la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 en su artículo 3.5 letra g)[211]. La razón que justifica la agravación de la pena al cometerse alguno de los delitos de la Ley N° 20.000 en alguno de estos establecimientos es, en primer lugar, la mayor lesividad que existe hacia la salud pública, puesto que existe un mayor riesgo de difusión incontrolada de sustancias nocivas hacia la colectividad, pudiendo llegar a mayores cantidades de personas indeterminadas en comparación a otros lugares menos concurridos, situación que es la que justamente busca prever esta ley. En segundo lugar, existe un

[210] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 110. *En este mismo sentido:* POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 618.
[211] Art. 3.5 letra g): *¨El hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales¨.*

aprovechamiento por parte de quien realiza conductas de tráfico en los lugares ya mencionados, mientras se encuentran aglomeradas una cantidad considerable de personas, ya que es justamente el tumulto de personas lo que le facilita el poder llevar a cabo dichas conductas de tráfico sin ser detectado, además del mayor rédito que puede obtener al tener acceso a una mayor cantidad de posibles consumidores, de manera que el establecimiento de estas agravantes es una forma de desincentivar la comisión de este tipo de delitos en lugares concurridos, al existir un mayor grado de complejidad al momento de pesquisar dichos delitos en tal contexto.

A continuación, se revisarán ciertas particularidades que presentan las distintas hipótesis de las letras f), g) y h) entre ellas, partiendo por la agravación de aquellos delitos que se cometan al interior o en las inmediaciones de establecimientos educativos.

9.6.1. Art. 19 letra f): Establecimientos educacionales.

Uno de los problemas interpretativos que ha surgido en relación a esta circunstancia se debe a la indeterminación del término *inmediaciones*, que se define como ¨*proximidad en torno a un lugar*¨, no existiendo criterios espaciales concretos para establecer cuáles son las inmediaciones de un establecimiento. Sin embargo, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ señalan que estas inmediaciones en particular deben entenderse como aquellos lugares ¨*donde los escolares o estudiantes se aglutinan en número indeterminado al entrar o salir de ellos, o por donde necesariamente deben pasar a esos efectos, y siempre que al momento de la comisión del delito ellos estén presentes*¨[212]. Esto se condice con la alusión que hace la misma letra f) del art. 19 a los ¨*sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas y sociales*¨, lugares que no estaban descritos en la antigua Ley 19.366[213], por lo que la Ley N° 20.000 extendió

[212] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 619.
[213] Art. 23 de la Ley N° 19.366: *¨Las penas contempladas en esta ley para crímenes y simples delitos serán aumentadas en un grado: 3.- Si el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, recinto militar o policial, institución deportiva, cultural o social, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas¨.*

el ámbito de aplicación de esta norma, resguardando de mejor manera aquellos lugares destinados a actividades educacionales. La agravante de la letra f) hace referencia a los establecimientos de enseñanza y a los sitios a los que acuden escolares y estudiantes, por lo que cabrían dentro de esta definición tanto las escuelas de educación básica y media, como también las universidades, centros de formación técnica, pre universitarios y, en general, cualquier establecimiento que desarrolle actividades educacionales, en razón a que todos tienen en común ser lugares de enseñanza y a la generalidad que abarca el término ¨estudiante¨. Sin embargo, esta circunstancia agravante toma mayor importancia en el caso de los establecimientos de educación primaria y secundaria (y sus respectivas inmediaciones), puesto que a ellos concurren, por lo general, menores de edad; sujetos a los que la Ley N° 20.000 busca proteger con mayor celo debido a las perniciosas consecuencias de las drogas sobre ellos. También es necesario hacer presente que esta circunstancia agravante no puede ser aplicada en conjunto con la establecida en la letra c) del mismo art. 19, referente a al suministro, promoción o facilitación de drogas a menores de edad, en atención al principio *non bis in ídem* y a lo dispuesto en el art. 63 del Código Penal[214] [215].

9.6.2. Art. 19 letra g): Instituciones deportivas, culturales o sociales.

La aplicación de esta circunstancia agravante está condicionada a que la ejecución del delito en cuestión debe suceder mientras la institución deportiva, cultural o social esté en funcionamiento ó, como señala la ley, mientras esté cumpliendo sus fines propios. Por lo tanto, a diferencia de los delitos de drogas que ocurren en establecimientos educacionales, la agravación de la pena en este caso no depende netamente de la naturaleza del lugar, sino que efectivamente deben encontrarse reunidas personas indeterminadas[216]. En relación a este último punto,

[214] Art. 63 del Código Penal: ¨*No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse*¨.
[215] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 619*. Así también:* RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 114.
[216] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 619.

podría suceder que el delito ocurra en un lugar que no sea necesariamente una institución deportiva, cultural o social, pero si se están desarrollando espectáculos públicos o actividades recreativas, culturales o sociales, de igual manera tendría aplicación la circunstancia en comento, como podría ser un evento cultural teniendo lugar en una plaza. Nuevamente, lo determinante para la agravación de la pena es la reunión de personas en torno a una actividad de las índoles ya señaladas, *a contrario sensum*, la no concurrencia de personas ¨*conlleva la inexistencia de peligro para el bien jurídico protegido*¨[217], por lo que no procedería la agravación bajo esta circunstancia. Aquí es donde POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[218] ejemplifican con el tráfico que ocurre en una discoteca en horas en que no funciona, o el que sucede en las puertas de un estadio cuando no hay espectáculo alguno, situaciones donde no procedería la agravante de la letra g) del art. 19 por las razones que ya se han señalado.

9.6.3. Art. 19 letra h): Centros hospitalarios, lugares de detención o reclusión y recintos militares o policiales.

Esta última circunstancia agravante reúne distintos lugares en los cuales, si se comete uno de los delitos establecidos en la Ley N° 20.000, se aumentará la pena en al menos un grado, siendo estos: los centros hospitalarios o de asistencia, los lugares de detención o de reclusión y los centros policiales o militares. En relación a esta agravante especial, nuevamente toma importancia el ¨*principio de inherencia*¨ establecido en el art. 63 del Código Penal, en virtud del cual no pueden aplicarse aquellas circunstancias agravantes que sean inherentes al delito que se está cometiendo, o que constituyan en sí mismas el delito propiamente tal. De esta manera, no podría aplicarse la agravante de la letra h) al delito de tráfico que cometen los internos en un lugar de reclusión, debido a que, al estar cumpliendo una pena privativa de libertad, no tienen la opción de poder cometerlo en un lugar diverso a su lugar de reclusión, siendo una circunstancia inherente a su situación

[217] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* p. 115.
[218] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 619.

particular; lo mismo ocurre con los delitos que cometan los detenidos en un lugar de detención[219]. En el caso de los centros hospitalarios o de asistencia, tampoco podría aplicarse esta agravante respecto del delito de *prescripción abusiva* del art. 6° o del delito de *suministro abusivo* del art. 7°, ambos de la Ley N° 20.000, en razón al mismo principio[220]. En el caso de los recintos militares o policiales, tampoco procedería la aplicación de esta agravante respecto del delito de consumo personal del art. 14, delito que sólo aplica para el personal militar, policía de investigaciones, gendarmería y aeronáutica[221]. Ahora, respecto de quienes sí podría proceder la aplicación de la agravante en estudio, serían las personas ajenas a los centros hospitalarios, lugares de detención, reclusión, recintos policiales o militares; y, para que proceda su aplicación, quien ejecuta el delito debe estarse prevaliendo de la reunión de personas indeterminadas en tales lugares para poder pasar desapercibido[222].

Como se ha expuesto, las razones *político criminales* que fundan la agravación de la pena en atención a los espacios físicos concurridos por personas indeterminadas, circunstancias establecidas en las letras f), g) y h) del art. 19, buscan desincentivar la comisión de los delitos relacionados con drogas en dichos lugares, por cuanto al haber mayor cantidad de personas reunidas, existe un mayor riesgo de difusión incontrolada de sustancias ilícitas y por ende, un mayor riesgo para la salud pública. Sin embargo, como también se ha señalado, en el caso de la letra f) referente a los establecimientos educacionales también se funda en la protección hacia la integridad y bienestar de los menores de edad (en el caso de los establecimientos de educación primaria y secundaria principalmente). Ahora, en el caso de la letra h) referente a los centros hospitalarios, lugares de detención, reclusión y recintos militares o policiales, creemos que su agravación viene dada, en parte, por la naturaleza de los mismos, ya que obviamente el legislador no desea que se cometan delitos asociados con drogas en los lugares donde se asiste médicamente

[219] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* pp. 115 – 116.
[220] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 620.
[221] El art. 14 de la Ley N° 20.000 al referirse al personal militar a quien aplica la norma, se remite al art. 6° del Código de Justicia Militar, donde aparecen los funcionarios de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, entre otros.
[222] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 620.

a las personas o en los centros de detención o reclusión donde los detenidos y recluidos pueden incluso haber sido procesados por estos mismos delitos; y menos en los recintos militares y policiales, quienes desempeñan un rol importante en el desarrollo de las diligencias de investigación y fiscalización de tales delitos, además existiendo un mayor estándar de probidad respecto de ellos al ser quienes conforman el poder coercitivo del Estado. No obstante esto, se debe tener presente lo señalado por la doctrina en torno a que, para que proceda la aplicación de la agravante de la letra h), el autor del delito debe estarse aprovechando de la aglomeración de individuos para distribuir más fácilmente la droga.

10. LA IMPROCEDENCIA DE LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N° 7 DEL CÓDIGO PENAL RESPECTO DE LOS DELITOS DE LA LEY N° 20.000.

El art. 20 de la Ley N° 20.000 establece que: ¨*En los delitos contemplados en esta ley no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el número 7 del artículo 11 del Código Penal*¨[223], misma norma que estaba contemplada en el art. 32 de la antigua Ley N° 19.366 y que también tiene lugar en los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas de acuerdo al art. 450 bis del Código Penal. El no poder reparar el mal causado por la comisión de un delito es una situación excepcional, ya que, por lo general, el delincuente puede hacerlo buscando obtener los beneficios que le reporta esta atenuante. En el caso de los delitos de robo con violencia o robo con intimidación, el no poder reparar el mal causado viene dado por tratarse de delitos *pluriofensivos*, es decir, que afectan a varios bienes jurídicos a la vez; siendo en este caso, la seguridad e integridad física y síquica de las personas, junto con el derecho de propiedad que existe sobre las especies robadas[224]. En el caso de los delitos de la Ley N° 20.000, como ya se revisó, el bien jurídico protegido es la salud pública, el que se caracteriza por ser un estado de bienestar colectivo, perteneciente a personas indeterminadas. En este

[223] Art. 11 del Código Penal: ¨*Son circunstancias atenuantes: 7ª. Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias*¨.
[224] RÍOS ÁLVAREZ. *Op. cit.* pp. 117 – 118.

punto se discute si podría proceder, en concreto, una reparación del mal causado, por cuanto al tratarse de una colectividad, no habría una persona o un destinatario en específico respecto de quien pudiera repararse el perjuicio sufrido. Además, si se tiene en cuenta que, por lo general, los delitos que protegen la salud pública son delitos de peligro, donde lo sancionado es el riesgo potencial al que se ve expuesto el bien jurídico, sin que se requiera un resultado lesivo; ello trae como consecuencia que, en muchos casos, no exista un perjuicio que reparar, ya que el delito puede no haber alcanzado a lesionar el bien jurídico en particular, tal es el caso, por ejemplo, de quien posee o guarda drogas con el fin de comercializarlas, pero es sorprendido antes de que se produzca la transacción. Sin embargo, fuera de todas las complicaciones prácticas que trae la reparación del mal causado en el caso de los delitos de la Ley N° 20.000, con la disposición del art. 20 en comento, el legislador ha querido ¨*dar una señal de severidad*¨[225] respecto a los delitos de drogas, prohibiendo de manera clara la aplicación de la atenuante del art. 11 N° 7 del Código Penal en estos casos, severidad que se ve latente, por ejemplo, en que esta prohibición tendrá efecto sobre delitos que no tienen asociada una pena de crimen, como lo es el delito de tráfico de pequeñas cantidades del art. 4°, a diferencia de lo que ocurre en el caso del art. 450 bis del Código Penal donde los delitos a los que se les veda la posibilidad de atenuar la pena bajo esta circunstancia son sólo dos, teniendo ambos pena de crimen[226].

[225] *Ibídem.* p. 120.
[226] *Ibídem.* pp. 118 – 119.

CAPÍTULO III: EL CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO Y EL TRATAMIENTO MÉDICO COMO HIPÓTESIS DE ATIPICIDAD.

1. EL CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO.

El consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, también denominado coloquialmente como *autoconsumo*, es uno de los elementos negativos del tipo del delito de tráfico de pequeñas cantidades[227], por cuanto su concurrencia derivará en la atipicidad de la conducta[228]. No obstante, existen algunos autores en doctrina que consideran que el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo sería una norma de reenvío o de determinación de la pena más que un elemento negativo o una causal de justificación del tipo penal[229]. Uno de los argumentos para afirmar esta naturaleza es la redacción del art. 8° de la Ley N° 20.000 que se refiere al cultivo, siembra, plantación o cosecha de especies vegetales productoras de estupefacientes o sicotrópicos. Tal como señala el artículo, en caso de que se justifique que la especie vegetal está destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, se aplicarán las penas de falta del art. 50 de la misma Ley. Sin embargo, este ¨*reenvío*¨ no aparece en el art. 4° referente al *microtráfico*. Otros argumentos que apoyan esta hipótesis, es que, de considerarse al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo como un elemento negativo, la consecuencia jurídica sería que de comprobarse esta circunstancia no procedería pena alguna debido a la atipicidad en la que se encontraría la conducta, lo que no siempre ha ocurrido en la práctica.

1.1. Elementos.

A diferencia del concepto ¨pequeña cantidad¨, la Ley N° 20.000 en el caso del autoconsumo si entrega elementos a partir de los cuáles se puede juzgar si estamos ante un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, indicando en el inciso final del artículo 4° que: ¨*Se entenderá que no concurre la circunstancia de*

[227] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit*. p. 586.
[228] CURY URZÚA. *Op. cit.* pp. 281 – 282.
[229] SALAZAR CÁDIZ. *Op. cit.* pp 10 – 12.

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 posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título*¨. A partir de este inciso podemos reconocer entonces dos elementos a ponderar para considerar si un consumo es personal exclusivo y próximo en el tiempo, siendo la calidad o pureza de la droga y las circunstancias concomitantes del hecho. Sin embargo, a pesar de que la Ley se pronuncia respecto a qué se debe entender por este consumo, los elementos que entrega siguen siendo indeterminados en su contenido, por lo que nuevamente serán los jueces de la instancia quienes deberán determinar si se verifica la circunstancia de estar destinado a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, teniendo como base a los elementos ya señalados.

POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[230] reconocen tres elementos que conformarían el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Dos de estos elementos son planteados por HERNÁNDEZ[231], siendo, por una parte, la cantidad de sustancias o droga del hecho particular y, por otra, la calidad de consumidor habitual que detente el acusado. Esto se condeciría también con lo planteado por DOLMESTCH[232], quien señala que, en términos probatorios y a nivel jurisprudencial, existirían dos criterios para determinar si estamos frente a un consumo personal: un criterio de tipo objetivo que dice relación con las sustancias propiamente tal, su cantidad, pureza y forma de presentación; y un criterio de tipo subjetivo que se relaciona con las características personales del acusado, tales como su condición de consumidor o adicto. No obstante, en relación a este último elemento, se ha planteado el problema de que una persona que se encuentre en una condición de adicto o que simplemente tenga una mayor tolerancia a las sustancias estupefacientes o sicotrópicas, podría justificar cantidades mayores de droga bajo un consumo

[230] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. Cit.* p. 588.
[231] HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno. Análisis Crítico de Dogmática y Política Criminal. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica, 1992. 125 p.
[232] NAVARRO DOLMESTCH. *Op. Cit.* p. 281.

personal en comparación a alguien cuyos hábitos de consumo no sean tan habituales, pudiendo este último quedar afecto a una sanción penal por no poder justificar una determinada cantidad de acuerdo a sus hábitos de consumo.

Siguiendo con los elementos integrantes del *autoconsumo* planteados por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[233], el tercer y último elemento consiste en que el tráfico no se encuentre acreditado por otros medios de prueba más directos, de manera que se confirme que la droga o sustancia está destinada, ya sea actual o futuramente, al consumo de otra persona, descartándose totalmente la posibilidad de un consumo propio.

1.2. En relación a la pureza de la sustancia estupefacientes o sicotrópica: El informe del art. 43 de la Ley N° 20.000.

El art. 43 de la Ley N° 20.000 en su inciso primero señala que: ¨*El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su* ***peso*** *o* ***cantidad****, su* ***naturaleza****,* ***contenido****,* ***composición*** *y* ***grado de pureza****, como, asimismo, un informe acerca de los* ***componentes tóxicos*** *y* ***sicoactivos*** *asociados, los* ***efectos*** *que produzca y la* ***peligrosidad*** *que revista para la salud pública…*¨. De esta manera se identifican dos documentos que deben ser emitidos por el Servicio de Salud, siendo estos: el protocolo de análisis químico, que se condeciría con el inciso final del art. 4° en torno a conocer la calidad y pureza de la droga; y, el informe respecto a los componentes tóxicos y sicoactivos, además de los efectos que producen y la peligrosidad que representan para el bien jurídico salud pública.

Esta disposición ha generado gran controversia a nivel jurisprudencial respecto a la importancia y rol que desempeña este informe en los procesos penales y las consecuencias que trae su omisión o la falta de alguno de los elementos señalados por el art. 43. Así, podemos distinguir dos posturas, por una parte, una postura que

[233] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. Cit.* p. 588.

plantea que la omisión del protocolo o del informe, o la falta de alguno de sus elementos, especialmente la pureza, derivaría en la imposibilidad de poder sancionar la conducta respectiva, mientras que la contraria postula que la omisión del mismo no produciría efecto alguno. A continuación, se revisarán ambas perspectivas.

1.2.1. Argumentos a favor del art. 43 de la Ley N° 20.000.

En primer lugar, se plantea que el informe del art. 43 fue una innovación introducida por la Ley N° 20.000 en relación a su antecesora Ley N° 19.366[234], que no contaba con dicho elemento. Este fue introducido en el segundo trámite constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, siendo propuesto por el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) bajo recomendación del Ministerio Público que lo ¨*… estimaba conveniente, porque permitiría mejorar la calidad de la información que emite el Instituto de Salud Pública…para saber qué están consumiendo los chilenos y no echar mano de mitos*¨[235]. Con la inclusión de este informe se postula que el legislador enfatizó en reconocer a la salud pública como bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000, puesto que uno de los ítems que debe contener el informe es la peligrosidad que reviste la sustancia analizada para la salud pública, requiriendo, de esta manera, que el ente acusador (Ministerio Público) pruebe en juicio la peligrosidad que representa la sustancia respectiva para la salud colectiva mediante el protocolo e informe técnico[236].

---

[234] CORTE SUPREMA. ROL N° 25735-2019. Santiago, Chile. De fecha 12 de noviembre de 2019. Considerando 6°; CORTE SUPREMA. ROL N° 2493-2019. Santiago, Chile. De fecha 18 de marzo de 2019. Considerando 6°; CORTE SUPREMA. ROL N° 8340-2019. Santiago, Chile. De fecha 11 de julio de 2019. Considerando 4°.

[235] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. S.F. Historia de la Ley N° 20.000. **[en línea]**. s.n. s.l. 886 p. [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2020]. **Disponible en:** https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5755/. p. 605.

[236] CORTE SUPREMA. ROL N° 25735-2019. Santiago, Chile. De fecha 12 de noviembre de 2019. Considerando 6°; CORTE SUPREMA. ROL N° 2493-2019. Santiago, Chile. De fecha 18 de marzo de 2019. Considerando 6°; CORTE SUPREMA. ROL N° 8340-2019. Santiago, Chile. De fecha 11 de julio de 2019. Considerando 4°.

Se ha indicado también que si el informe en comento sólo hace presente la presencia de un estupefaciente o sicotrópico en una sustancia determinada, sin indicar u omitiendo el grado de pureza o concentración del mismo, es imposible saber si tiene la idoneidad o aptitud de producir los graves efectos tóxicos o considerables a la salud pública que busca evitar la Ley N° 20.000[237]. Esta situación al relacionarla con el principio de lesividad u ofensividad que concibe que la esencia del hecho punible está dada por la necesaria lesión que produzca la conducta típica al bien jurídico protegido, obliga en el ámbito del enjuiciamiento al juzgador a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada[238]. Teniendo en cuenta también que una de las funciones que tiene el bien jurídico es la de garantía, al constituir un límite al *ius puniendi* estatal puesto que no toda acción humana puede ser castigada sino solamente aquellas que lesionen o pongan en un riesgo efectivo al bien jurídico, sólo estas conductas se pueden considerar como un injusto punible penalmente. En esta misma línea, al no conocerse la pureza de la sustancia, su composición o sus componentes tóxicos, se hace imposible que el tribunal llegue a la convicción a la que alude el art. 340 del Código Procesal Penal[239] al faltar elementos para determinar con certeza la antijuricidad material que revestiría la conducta enjuiciada en relación a la sustancia, además de que, al no conocerse la pureza o la concentración de sicoactivos que existe en una sustancia determinada se estaría ignorando el verdadero potencial de dañosidad que posee la misma, derivando en que esta se tenga que presumir por parte de los juzgadores[240]. En síntesis, mientras no se pruebe el efectivo peligro para el bien jurídico protegido que

[237] CORTE SUPREMA. ROL N° 25735-2019. Santiago, Chile. De fecha 12 de noviembre de 2019. Considerando 7°; CORTE SUPREMA. ROL N° 2493-2019. Santiago, Chile. De fecha 18 de marzo de 2019. Considerando 7°; CORTE SUPREMA. ROL N° 8340-2019. Santiago, Chile. De fecha 11 de julio de 2019. Considerando 5°.
[238] CORTE SUPREMA. ROL N° 25735-2019. Santiago, Chile. De fecha 12 de noviembre de 2019. Considerando 8°; CORTE SUPREMA. ROL N° 2493-2019. Santiago, Chile. De fecha 18 de marzo de 2019. Considerando 8°.
[239] CORTE SUPREMA. ROL N° 25735-2019. Santiago, Chile. De fecha 12 de noviembre de 2019. Considerando 7°; CORTE SUPREMA. ROL N° 2493-2019. Santiago, Chile. De fecha 18 de marzo de 2019. Considerando 7°; CORTE SUPREMA. ROL N° 8340-2019. Santiago, Chile. De fecha 11 de julio de 2019. Considerando 5°.
[240] CORTE SUPREMA. ROL N° 25735-2019. Santiago, Chile. De fecha 12 de noviembre de 2019. Considerando 9°; CORTE SUPREMA. ROL N° 2493-2019. Santiago, Chile. De fecha 18 de marzo de 2019. Considerando 9°.

representa la sustancia en cuestión, la conducta enjuiciada debe quedar liberada de toda amenaza penal[241].

1.2.2. Argumentos en contra del art. 43 de la Ley N° 20.000.

En contraposición a la postura anterior, se ha señalando que la pureza o concentración de la sustancia no es un elemento ni una exigencia del tipo penal[242], por lo que no sería necesaria para la configuración del injusto y en particular del delito de tráfico de pequeñas cantidades del art. 4°. Se debe tener en cuenta también que la propia Ley N° 20.000 en su art. 63 indica que: ¨*Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8°…*¨, siendo el Reglamento de la Ley de Drogas el instrumento que debe indicar cuáles son las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica y cuyo uso puede provocar graves efectos tóxicos o considerables a la salud pública, por lo que si la respectiva sustancia está enlistada en el reglamento, se entiende que es productora de dependencia física o síquica, y, en caso de aquellas enlistadas en su art. 1°, que provocan graves efectos tóxicos o dañinos a la salud[243] . Por tanto, la ausencia de dicho informe (o del grado de pureza o concentración) no obsta a que la sustancia respectiva deje de tener tales características.

Respecto a la función que desempeña el informe del art. 43 esta postura plantea que su verdadera utilidad es para que el juez de la instancia tenga mayor conocimiento de la droga incautada, siendo un elemento más a ponderar en juicio, que servirá para distinguir si se está ante la presencia de un consumidor o un traficante[244]. Otra utilidad que tendría es en torno a determinar si una sustancia

[241] CORTE SUPREMA. ROL N° 40949-2019. Santiago, Chile. De fecha 7 de abril de 2020. Considerando 6° del voto disidente.
[242] CORTE SUPREMA. ROL N° 129295-2020. Santiago, Chile. De fecha 15 de diciembre de 2020. Considerando 7°; CORTE SUPREMA. ROL N° 40949-2019. Santiago, Chile. De fecha 7 de abril de 2020. Considerando 5°.
[243] CORTE SUPREMA. ROL N° 40949-2019. Santiago, Chile. De fecha 7 de abril de 2020. Considerando 6°.
[244] CORTE SUPREMA. ROL N° 129295-2020. Santiago, Chile. De fecha 15 de diciembre de 2020. Considerando 8°

puede estar destinada o no a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo[245], de conformidad al inciso final del art. 4°, siempre y cuando se haya hecho presente en juicio la circunstancia de que la droga esté destinada a tal efecto.

También existe un argumento que se basa en la ubicación que tiene el informe del art. 43 en la Ley N° 20.000, puesto que se encuentra dentro del párrafo 3° del Título III de la misma, relativo a ¨*las medidas para asegurar el mejor resultado de la Investigación*¨, lo que reafirmaría la función en torno a que el juez de la instancia tenga un conocimiento preciso y técnico respecto de la sustancia en particular.

Tal como se adelantó, no existe consenso actualmente en la jurisprudencia respecto al rol que cumplen los informes y protocolos del art. 43, ni tampoco respecto a las consecuencias que conlleva la omisión del mismo o de alguno de los elementos que señala el respectivo artículo, en especial el elemento pureza, que está específicamente señalado por el inciso final del art. 4°. En la práctica, este debate ha ocurrido (mayoritariamente) en recursos de nulidad que se fundan en la causal del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación de derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo y, en específico, respecto del delito de tráfico de pequeñas cantidades y la errónea aplicación de los artículos 4 y 43 de la Ley N° 20.000.

Si bien han habido casos en que la postura ¨a favor¨ del art. 43 se ha reconocido como la postura ¨disidente¨ en este tema[246], recalcamos que en la práctica no existe una opinión uniforme, lo que se ve reflejado en los variados votos disidentes que existen en los distintos fallos, tanto a favor como en contra del art. 43. Sin embargo, algo que caracteriza aquellas argumentaciones en favor del art. 43 es la remisión al resto de fallos que siguen estos postulados, situación que no ocurre en caso de la postura contraria[247].

---

[245] CORTE SUPREMA. ROL N° 40949-2019. Santiago, Chile. De fecha 7 de abril de 2020. Considerando 7°.

[246] CORTE SUPREMA. ROL N° 129295-2020. Santiago, Chile. De fecha 15 de diciembre de 2020. Considerando 1° del voto disidente.

[247] De esta manera, otras sentencias de la Corte Suprema que apoyan los argumentos en favor del art. 43 son: ROL N° 4215-12 de 25 de julio de 2012, ROL N° 21599-2014 de 1 de septiembre de 2014, ROL N° 25488-14 de 20 de noviembre de 2014, ROL N° 3421-15 de 14 de abril de 2015, ROL

1.3. Aplicación del consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

De la sola lectura del art. 4° de la Ley N° 20.000 se podría concluir que el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo está vedado sólo al delito de tráfico de pequeñas cantidades, y más específicamente, sólo en relación a las conductas de poseer, transportar, guardar o portar. Esto debido a su ubicación y a que no aparece contemplado respecto de las conductas del inciso 2° del art. 4°. Sin embargo, la postura de POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[248] plantea que el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo también sería aplicable al delito de tráfico del artículo 3°, tanto en su sentido amplio como estricto. Esto se debería a la atipicidad que representa el consumo personal, por cuanto no afectaría al bien jurídico salud pública, salvo en los casos en que excepcionalmente está penado como falta.

DOLMESTCH[249] refuta esta aplicación extensiva del consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo al delito de tráfico del art. 3° por cuanto al ya no estar frente a una ¨pequeña cantidad¨, no podría justificarse un consumo que pueda concretarse en un espacio de tiempo breve, por tratarse de una cantidad mayor. También indica que no podría aplicarse respecto de las conductas del inciso 2° del art. 4° debido a que la transferencia, el suministro y la facilitación implican de por sí la entrega de sustancias a un tercero, dejando fuera la posibilidad de un consumo personal.

1.4. Sobre la atipicidad del cultivo de plantas del género cannabis destinado al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

N° 3707-15 de 28 de abril de 2015, ROL N° 5672-15 de 4 de junio de 2015, ROL N° 7222-15 de 20 de julio de 2015, ROL N° 8253-15 de 10 de agosto de 2015, ROL N° 8810-15 de 25 de agosto de 2015, ROL N° 24793-15 de 21 de diciembre de 2015, ROL N° 14865-16 de 6 de abril de 2016, ROL N° 17095-16 de 21 de abril de 2016, ROL N° 27073-16 de 21 de junio de 2016, ROL N° 65323-16 de 26 de octubre de 2016, ROL N° 68800-16 de 14 de noviembre de 2016, ROL N° 95178-16 de 3 de enero de 2017, ROL N° 97785-16 de 3 de enero de 2017, ROL N° 2493-19 de 18 de marzo de 2019 y ROL N° 25735-19 de 12 de noviembre de 2019.

[248] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 586.

[249] NAVARRO DOLMESTCH. *Op. cit.* p. 278.

1.4.1. Sentencia ROL N° 4949-2015 de la Corte Suprema: un cambio de paradigma

El año 2015, un fallo de la Corte Suprema[250] introdujo un cambio de paradigma en torno al delito de cultivo de especies vegetales del art. 8°, reconociendo que la plantación, cultivo o siembra de plantas del género cannabis, realizado por varias personas, con el objetivo de que sean destinadas a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, es una conducta atípica.

Este fallo versa sobre la plantación de 7 plantas de cannabis que mantenía la acusada quien, junto a dos personas más, forma parte de una agrupación llamada Triagrama, quienes comparten convicciones colectivas y desempeñan distintas actividades enfocadas al desarrollo espiritual y ampliación de la conciencia, para las cuales emplean el cannabis[251]. A raíz de esta plantación, fue condenada a la pena como autora del delito del art. 8° de la Ley N° 20.000 por el tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, ante lo cual se dedujo recurso de nulidad, el que fue acogido en definitiva por la causal de la letra b) del art. 363 del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo

1.4.2. Respecto al bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000 y el principio de ofensividad.

La argumentación del fallo parte del consenso existente en que el bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000 es la salud pública, haciendo presente que el bien jurídico es un limitante del poder punitivo del estado, puesto que el legislador sólo puede castigar aquellas conductas que lesionan o ponen en riesgo un bien jurídico determinado. De esta manera, se indica que en razón al principio de lesividad u ofensividad, se debe determinar por parte del juez de la instancia, el daño social que legitima la aplicación de una sanción penal, o, como sería el caso

[250] CORTE SUPREMA. ROL N° 4949-2015. Santiago, Chile. De fecha 4 de junio de 2015.
[251] *Ibídem*. Considerando 9°.

del cultivo, de la idoneidad que tiene la acción para poner en riesgo a la salud pública, debiendo establecerse ¨…*un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo…*¨[252] para dicho bien jurídico. En otras palabras, del cultivo, plantación o siembra debe seguirse un riesgo **efectivo** de difusión incontrolada de dichas sustancias.

Establecen que este examen de peligrosidad o lesividad al bien jurídico es aún más importante en el caso del art. 8°, puesto que ¨…*no se castiga el tráfico ilícito de estupefacientes ya sea en su sentido estricto o amplio, sino que se está previniendo el peligro de que, a través de la plantación de especies vegetales del género cannabis, alguien pueda en el futuro poner en peligro la salud pública elaborando con el producto de dicha planta sustancias estupefacientes que puedan facilitarse a terceros para su uso o consumo*¨[253]. De esta manera, el delito de cultivo es una forma de anticipar ¨…*la barrera de la protección penal a una etapa muy primaria del llamado ciclo económico de la producción y tráfico de droga, esto es, de todos los actos destinados a poner indebidamente a disposición del consumidor final sustancias sicotrópicas o estupefacientes y es tal consideración la que impide afirmar inequívocamente que el mero hecho de sembrar, plantar, cultivar y cosechar especies vegetales del género cannabis sin la autorización debida, supone que de éstas se obtendrá droga y que a ésta se le dará un destino que puede afectar el bien jurídico salud pública. De ahí precisamente que el legislador excluya de la sanción prevista en el citado artículo 8° los casos en que se justifique que la droga se destinará al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del autor*¨[254].

1.4.3. Respecto a la ¨autolesión¨.

En virtud del ya mencionado principio de lesividad del bien jurídico, las conductas de autolesión quedarían excluidas de sanción por cuanto no afectan la

[252] *Ibídem.* Considerando 5°.
[253] *Ibídem.* Considerando 6°.
[254] *Ídem.*

salud pública, que es colectiva, por lo que sancionarlas equivaldría a la intromisión del Estado en ¨*…la esfera personal de quien voluntariamente ha decidido consumir determinadas sustancias…*¨[255], excediendo de esta manera su potestad punitiva.

Se señala que el legislador ha reconocido, en parte, la atipicidad de aquellas conductas de posesión, transporte, guarda, porte, siembra, plantación y cultivo, cuando están destinadas al consumo personal exclusivo y próximo de quien las comete, salvo en aquellos casos en que se sanciona el porte o la tenencia como falta. Tales conductas serían atípicas por no ser lesivas a la salud pública, ya que sólo dañarían a quien las está consumiendo. Por tanto, las conductas *autolesivas*, que sólo dañan al propio individuo que realiza las conductas antedichas por propia voluntad, estarían exentas de sanción penal, esto gracias al elemento consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. De esta manera, el fallo establece que: ¨…*dado que el daño social que el legislador tenía en vista al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estupefacientes no consiste en la autolesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud y su libertad a riesgos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás, nuestra ley sobre estupefacientes reconoce, siquiera parcialmente, el principio de la autodeterminación sobre los riesgos a la propia salud al consagrar la impunidad, con algunas excepciones, de las acciones de tráfico de las sustancias de que se trata para el ¨uso personal exclusivo y próximo en el tiempo¨, de lo que debe inferirse que, de no mediar tales excepciones relativas a los sitios en que el consumo está prohibido y sancionado como falta, actos de posesión, transporte, guarda o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 4, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000), o de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de la misma (artículo 8, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000), donde el destino de la sustancia sea el consumo personal exclusivo y próximo de la o las mismas personas que realizan las conductas antes enunciadas, no realizan el peligro*

[255] *Ibídem.* Considerando 7°.

general que se quiere evitar, sino, a lo más, pueden poner en peligro la salud del consumidor de esos productos, esto es, crear un peligro individual que la propia ley entiende no relevante a efectos penales¨[256].

1.4.4. Respecto al elemento ¨exclusividad¨ del consumo personal y próximo en el tiempo.

En primera instancia se había descartado la posibilidad de que el cultivo estuviera destinado a consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, por cuanto sólo sería atípico el consumo individual y no, como ocurre en el caso, cuando el producto de la planta de cannabis está destinado a más de una persona. Sin embargo, la Corte desestimó este razonamiento en virtud a distintos argumentos que se revisan a continuación.

En primer lugar, se reconoce que si bien la conducta del art. 8° está redactada en torno a un autor individual, utilizando la expresión ¨*El Que*¨; es un delito que admite coautoría y participación de más de una persona[257], teniendo en cuenta que distintos individuos podrían participar en los procesos de siembra, plantación, cultivo y cosecha. En este supuesto, si quienes participan de estas conductas de cultivo, de manera concertada, han decidido destinar el producto de dicho cultivo a su consumo exclusivo, esto es, excluyendo a terceras personas; en un lugar privado y de forma próxima, dicha conducta ya no estaría sancionada por el art. 8° sino que será reconducida al art. 50 de la Ley N° 20.000. Así, nuestra Excelentísima Corte indica: *¨…la expresión ¨personal exclusivo¨ en el contexto de una disposición que admite coautoría y la participación, como lo es el artículo 8° en comento, no supone necesariamente que el uso o consumo de las sustancia obtenida de la planta deba ser realizado por un solo individuo, sino nada más que debe efectuarse única y exclusivamente por la o las mismas personas que sembraron, plantaron cultivaron o cosecharon la planta que la produce, excluyéndose entonces su uso o consumo por terceros o extraños ajenos a dichas acciones…si dos o más personas son*

[256] *Ídem.*
[257] *Ibídem.* Considerando 8°.

sorprendidas sembrando, plantando, cultivando o cosechando la planta productora de cannabis, no serán sancionadas según el artículo 8° sino conforme al artículo 50 de la misma ley, en su caso, si justifican –en el supuesto que ahora interesa– que han convenido destinar la droga que se obtendrá de esa planta al consumo próximo y en un lugar o recinto privado, de esas mismas personas y no de otras¨[258]

Respecto a la posible sanción de acuerdo al art. 50, en el caso en comento, se estimó que al no estar frente a alguno de los supuestos punibles del art. 50 (como la concreción de un consumo en un lugar privado de manera concertada), no procede aplicar sanción alguna. De este modo la conclusión final del caso es la siguiente: *¨…estableciendo el fallo examinado que tanto la siembra y cultivo de las plantas de cannabis sativa como su consumo posterior se enmarca dentro de las actividades y postulados de la organización Triagrama, donde las acciones de autocultivo eran conocidas y aceptadas por todos sus miembros como medio para proveerse de la droga que ellos mismos utilizarían en sus rituales, cabe concluir que la acusada G. C. sólo es parte de una actividad mancomunada de un determinado grupo de personas para obtener droga de las plantas que ellos mismos cultivan con el objeto de ocuparlas en su propio consumo, en otras palabras, la acusada no facilita ni provee a los miembros de Triagrama de cannabis sativa para su consumo, sino que los miembros de Triagrama –organización de la que forma parte la acusada– se proveen a sí mismos de cannabis sativa para su consumo. En razón a lo anterior, no obstante que la acusada ¨mantenía sembradas¨ plantas de cannabis sativa sin contar con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero a que alude el artículo 9 de la Ley N° 20.000, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del inciso 1° del artículo 8° de la Ley N° 20.000, como esta misma disposición prescribe, ¨sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes¨, sin embargo, no acreditándose que se haya concretado por la acusada el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, el consumo concertado de las drogas en un lugar o recinto privado –que por lo demás, no fue*

[258] *Ídem.*

objeto de la acusación–, tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50¨.[259].

De esta forma, este fallo planteó una concepción distinta a la que se tenía respecto al delito de cultivo de especies vegetales del art. 8°, por una parte, reconociendo la atipicidad del cultivo cuando está destinado al consumo personal exclusivo y próximo, siempre y cuando no se encuentre en alguna de las hipótesis de falta del art. 50 y, en segundo lugar, reconociendo que el consumo personal exclusivo y próximo, como un causal de atipicidad o justificación, puede aprovechar a varias personas, con el límite de que no se vean afectadas terceras personas con dicho consumo, pues en cuyo caso constituiría una lesión a la salud pública. En este mismo sentido también podemos mencionar lo razonado en la sentencia ROL N° 15290-15, de fecha 11 de noviembre de 2015, también de la Corte Suprema[260].

Esta atipicidad del cultivo destinado al *autoconsumo*, también ha sido planteada por DEL REAL MARIMÓN y VERGARA YANTÉN[261], quienes señalan que el cultivo de especies vegetales al ser un acto preparatorio del delito de tráfico ilícito, en caso de estar destinado a consumo en un lugar privado, se constituiría como un acto preparatorio de un acto atípico y por tanto impune. Respecto a la remisión del art. 8° a las penas del art. 50, señalan que ésta sólo procedería en caso de que se realicen los presupuestos típicos de dicha disposición, en atención a que el art. 50 no es un catálogo de penas o medidas, sino que es una norma prohibitiva con sus propios presupuestos de aplicación, con sanciones específicas acorde a las conductas que en ella se enuncian. Concluyen, que el cultivo como una forma de

---

[259] *Ibídem.* Considerando 14°.

[260] *También en un sentido similar*: CORTE SUPREMA. ROL N° 5-2017. Santiago, Chile. De fecha 2 de marzo de 2017. En su considerando 9° indica que: *¨Que, de acuerdo al texto legal, solo podrá eximirse de la pena de simple delito, el sembrador, plantador, cultivador o cosechador de las especies vegetales en cuestión, si justifica que esas acciones van dirigidas a su uso o consumo personal y próximo en el tiempo¨*; CORTE SUPREMA. ROL N° 29118-2019. Santiago, Chile. De fecha 6 de enero de 2020. En su Considerando 6° indica que: *¨…la conducta deja de ser punible en la hipótesis del artículo 8° de la Ley 20.000, cuando quien la realiza atiende a un único fin, uso o consumo personal…recayendo la carga de la prueba en quien alega ese uso o consumo personal¨.*

[261] DEL REAL MARIMÓN, Vicente y VERGARA YANTÉN, Gonzalo. Análisis Jurídico: Artículo 8 de la Ley 20.000: El Problema de la Licitud del Cultivo, Como Respuesta al Consumo Privado y sus Vías de Obtención. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, 2016. 57 p.

provisión para el consumo privado es una conducta atípica, en tanto se trate de un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, y, no concurran alguna de las conductas señaladas en el art. 50[262].

1.4.5. Posturas diversas respecto a la atipicidad del cultivo de cannabis destinado al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Hay quienes han estimado que el consumo personal exclusivo y próximo no sería una hipótesis de atipicidad o una causal de justificación respecto del cultivo de cannabis. Quienes adhieren a esta postura indican que en virtud del reenvío que hace el art. 8° al art. 50 de la Ley N° 20.000, siempre procederá una pena de falta por este delito, además de concebir la autorización del SAG como la verdadera causal de justificación de la conducta típica[263] o como un elemento negativo del tipo, cuya concurrencia excluye la antijuridicidad y el tipo penal en sí[264]. De esta manera también lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en un reciente fallo, señalando que: *¨En efecto, el tipo penal siempre establece como elemento basal, que no se cuente con la respectiva autorización de la autoridad, puesto que de manera contraria, se entregaría la existencia del delito, a elementos más o menos subjetivos o entregados a diversas estimaciones, perdiendo sentido la norma que penaliza el cultivo de drogas estupefacientes, quedando en la total ambigüedad la sanción penal a tan grave transgresión a la salud pública, que es lo que precisamente se trata de preservar por el legislador¨*[265].

En este orden de ideas, el mismo fallo establece que para que la autolesión sea realmente atípica debe contar con autorización del SAG, indicando al efecto lo siguiente: *¨En este sentido, no parece atendible las alegaciones de la defensa en cuanto a que esta conducta sería, en el peor de los casos, una mera autolesión a la salud de su defendido, en cuanto no estaba destinada a afectar la salud pública;*

[262] *Ibídem.* p. 24 – 25.
[263] SALAZAR CÁDIZ. *Op. cit.* p. 12.
[264] RABI GONZÁLEZ. *Op. cit.* p. 4 – 6.
[265] CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS. ROL N° 100-2020. Punta Arenas, Chile. De fecha 3 de agosto de 2020. Considerando 14°.

ello, por cuanto el mismo ordenamiento jurídico autoriza dicha autolesión en casos excepcionales y debidamente justificados, para los cuales exige necesariamente autorización previa del organismo competente, condición habilitante para ello que el acusado…no cumplió e infringió, por lo que se hace merecedor a alguna de las sanciones contempladas en el artículo 50 ya indicado, entre las cuales no sólo se contempla una multa, sino también resulta posible imponerle la obligación de asistencia a un programa de tratamiento o rehabilitación, con lo cual también se cumple con los fines de prevención de la norma¨[266]. La legitimación de la autolesión en virtud de la autorización del SAG tendría su fundamento en que las personas no contarían (aparentemente) con la autodeterminación suficiente para poder realizar actos de cultivo, aunque sea para un consumo personal. En este sentido el fallo señala: *¨Que no puede aceptarse que cada individuo se represente ante sí mismo, y sin más, cuando y en qué circunstancias puede cultivar y cosechar a su libre arbitrio, sin la debida autorización previa de la autoridad, la que se cercioraría, en su caso, que se dan los elementos objetivos para el consumo personal y próximo en el tiempo, autorizando la respectiva plantación, cultivo o cosecha¨*[267]. No obstante esto, estimamos que esta interpretación sería errónea, por cuanto quien está llamado a determinar si un consumo es efectivamente personal exclusivo y próximo en el tiempo no es el SAG, sino que es el juez competente de la instancia. Además, la atipicidad de la autolesión en relación a la Ley N° 20.000, siempre ha derivado del principio de lesividad y del principio de protección a los bienes jurídicos, en virtud de los cuáles el cultivo destinado a un consumo personal exclusivo, próximo y privado –siempre y cuando no esté en alguna de las hipótesis de falta del art. 50– sería atípico por no afectar la salud pública, ya que, en definitiva, el consumo personal sólo afectaría la salud individual de quien, bajo su prudencia y voluntariamente, consume cannabis. Además, cabe recalcar que, la antijuridicidad del delito de cultivo del art. 8° no viene dada por la falta de autorización del SAG, sino que por la eventual difusión incontrolada de las sustancias estupefacientes o sicotrópicas que producen las plantas controladas por la Ley N° 20.000, lo que

[266] *Ibídem.* Considerando 15°.
[267] *Ibídem.* Considerando 17°.

equivale al daño al bien jurídico salud pública; lo que ha sido reconocido incluso por la Corte Suprema, señalando que: *¨…de manera tal que no es la falta de aquella* [autorización del SAG] *la que determina que la realización de alguna de las conductas respecto de las sustancias o drogas esté prohibida o sea ilegal, en este caso la plantación del género cannabis sativa, sino que es la capacidad de afectar el bien jurídico a través de su difusión incontrolable la que determina su ilegalidad. Simplemente, la ley contempla casos en que se puede realizar las conductas prohibidas cumpliendo con las normas pertinentes, por considerar que en esos casos existen otros intereses que justifican la realización de dichas conductas¨*[268].

1.4.6. Sobre la autorización de cultivo del SAG.

A raíz de la discusión anterior, surge la interrogante respecto a si la autorización del SAG es necesaria para quien desea cultivar plantas del género cannabis con el fin de autoabastecer su consumo próximo exclusivo y personal, o, más bien, si dicha autorización está dirigida a estos consumidores y es efectiva para dichos fines.

La autorización de siembra, plantación, cultivo y cosecha del SAG está regulada en el Título II del Decreto N° 867 de 19 de febrero de 2008 y en los arts. 8° y 9°[269] de la Ley N° 20.000. De la sola lectura de estos últimos dos artículos se podría concluir que efectivamente para realizar cualquier cultivo de las especies vegetales allí

[268] CORTE SUPREMA. ROL N° 5417-2019. Santiago, Chile. De fecha 17 de diciembre de 2019. Considerando 14°.

[269] Art. 9° de la Ley N° 20.000: *¨La autorización a que se refiere el artículo anterior será otorgada por el Servicio Agrícola y Ganadero. No podrá otorgarse dicha autorización a las personas naturales respecto de las cuales se hubiere formalizado la investigación, decretado la suspensión condicional del procedimiento prevista en el artículo 237 del Código Procesal Penal o hayan sido condenadas por alguna de las conductas punibles contempladas en esta ley o en las leyes 19.366 y 19.913. Tampoco se otorgará a las personas jurídicas, cuando cualesquiera de sus representantes legales o administradores, y socios en el caso de las sociedades que no sean anónimas, se encuentren en alguna de dichas situaciones. Se suspenderá la autorización concedida por el solo ministerio de la ley si, con posterioridad a ésta, se formaliza la investigación por alguno de los delitos aludidos; y se entenderá cancelada definitivamente, de igual modo, desde que se encuentre ejecutoriada la respectiva sentencia de término condenatoria. Las resoluciones judiciales aludidas en los incisos anteriores se comunicarán al Servicio Agrícola y Ganadero tan pronto se encuentren firmes. Dicho Servicio, a la brevedad, dictará la correspondiente resolución, de carácter declarativo, y la comunicará a los interesados¨.*

señaladas se necesita esta autorización. Sin embargo, de la lectura de los arts. 7° y 8° del Decreto N° 867, se podría concluir también que esta autorización está dirigida a cultivos realizados en suelo y que son de una mayor envergadura. Por ejemplo: el art. 7° señala que la solicitud de cultivo debe contener, entre otros datos, según su letra b) la ¨*Ubicación y denominación del predio, si la tuviere; superficie y deslindes del mismo…*¨ y según su letra c) la ¨*Exacta ubicación del terreno y superficie en que se proyecta efectuar el cultivo*¨, mientras que la letra d) del art. 8° hace referencia a la ¨*Declaración jurada acerca del cierro que se utilizará…*¨. Esta referencia al cierre que se debe utilizar (propia del delito de desviación de cultivos del art. 10 de la Ley N° 20.000), además del resto de las exigencias con las que debe cumplir dicha autorización, nos da a entender que estamos solicitando un cultivo a realizarse en suelo, o, como lo indica el mismo reglamento, en un predio, siendo incompatible con una eventual solicitud, por ejemplo, para un cultivo *indoor*.

Si consideramos, por ejemplo, el caso de Fundación Daya, que es una organización sin fines de lucro dedicada a la investigación y promoción de terapias alternativas, y que cuenta con diversos proyectos relativos al cannabis para uso medicinal; ellos cuentan con un cultivo de cannabis que está autorizado por el SAG, ubicado en la localidad de Quinamávida, comuna de Colbún, VII Región del Maule. Este proyecto, autorizado por el SAG en el año 2016, contempla la siembra de 420 semillas (y su posterior cultivo y cosecha) para el desarrollo de un fitofármaco para Farmacias Knop[270]. Esto vuelve a confirmar que la autorización del SAG está dirigida a grandes cultivos, lo que la hace inviable para una persona que quiere cultivar para su *autoconsumo*. En palabras de Sergio Sánchez: ¨*La solicitud de autorización de cultivo es engorrosa, porque exige demasiados certificados, papeles y condiciones para autorizar cultivos. Por lo tanto, un cultivador para uso recreacional, que*

[270] FUNDACIÓN DAYA. Resolución de Aprobación de Permiso de Siembra de Cannabis del Servicio Agrícola y Ganadero **[en línea]** [Fecha de consulta: 20 de abril de 2021]. **Disponible en:** <http://www.fundaciondaya.org/wp-content/uploads/2016/11/Resoluci%C3%B3n-de-aprobaci%C3%B3n-de-permiso-de-importaci%C3%B3n-de-semilla-del-proveedor-1.pdf>

requiere no más de un par de plantas, tiene todos los incentivos para hacerlo fuera del reglamento".[271].

2. EL TRATAMIENTO MÉDICO.

El tratamiento médico, al igual que el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, es un elemento negativo del tipo del delito de tráfico de pequeñas cantidades del artículo 4° de la Ley N° 20.000, por lo que su concurrencia desplazaría la tipicidad del hecho volviéndolo atípico. Este elemento presenta una menor complejidad que el *autoconsumo* por cuanto es más fácil de determinar, puesto que en estos tratamientos existe un médico tratante que receta una cierta cantidad de dosis respecto a una sustancia, dosis que deben ser suministradas en un espacio de tiempo determinado, por lo que la cantidad portada, cultivada, poseída, transportada o guardada debe ser acorde a el tratamiento y a la receta. Además, la misma receta otorgada por el médico tratante servirá como prueba para acreditar esta circunstancia.

2.1. Aplicación del tratamiento médico.

El tratamiento médico está reconocido de manera textual como causal de justificación en el delito de *microtráfico* del inciso 1° del art. 4°, y en el porte o consumo en lugares públicos del art. 50. En el delito de cultivo del art. 8° no aparece de manera textual, sin embargo, también podría aplicarse en razón a que se puede enmarcar dentro de un consumo personal y próximo en el tiempo, siempre y cuando no existan indicios de que la persona que está sembrando, plantando o cultivando vaya a destinar el producto de dicho cultivo al consumo de terceros, y siempre que la cantidad cultivada, plantada o sembrada esté dentro los márgenes recetados por el tratamiento respectivo.

[271] SÁNCHEZ, Sergio. El Consumidor, el Daño y el Reglamento de la Ley N° 20.000. 93: Ley N° 20.000 y Debate Sobre Drogas (10): 57 – 59, agosto, 2014.

La aplicación en el delito de tráfico del art. 3° es discutida. Se ha argumentado que al estar redactado dentro del inciso 1° del art. 4° su aplicación sólo debería remitirse a este delito. Sin embargo, al igual que ocurre con el consumo personal, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ[272] lo hacen extensivo al delito de tráfico del art. 3°, tanto en su sentido amplio como estricto, al inciso 2° del art. 4° y al delito de cultivo del art. 8°. Afirman esta extensividad basándose en la atipicidad que representa el tratamiento médico cuando se cometen las conductas de los artículos mencionados, al no estar poniéndose en riesgo el bien jurídico de la salud pública.

3. El ONUS PROBANDI EN RELACIÓN AL CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO, Y AL TRATAMIENTO MÉDICO.

En la práctica, en distintas ocasiones se ha argumentado por parte de la defensa que el Ministerio Público como ente investigador debe probar el *¨ánimo de traficar¨* por parte de los imputados en los delitos del art. 3° y art. 4° de la Ley N° 20.000. Sin embargo, tal afirmación debe ser descartada, por los argumentos que se revisarán a continuación.

En primer lugar, se debe tener presente que en las conductas de tráfico contempladas en los arts. 3° y 4° existe una presunción simplemente legal de tráfico, tal como se vio respecto a las modalidades de tráfico. De esta manera, las conductas señaladas por los artículos antedichos son conductas que se presume o se entiende que forman parte de la actividad de traficar, bastando que se tenga por acreditada alguna de ellas para que se configure el delito de tráfico o microtráfico según sea el caso. Al ser dichas conductas una presunción, se alteran las reglas de la carga de la prueba, debiendo ser el autor de dichas conductas quien pruebe que estaban destinadas a un *autoconsumo* o a un tratamiento médico. A este respecto podemos citar lo dicho por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco respecto a que: *¨Al constituir la norma citada* [art. 4° de la Ley N° 20.000] *una presunción legal se altera las reglas del Onus Probandi y cabe en consecuencia al acusado el*

[272] POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Op. cit.* p. 586.

acreditar las causales de justificación para la no aplicación de la sanción penal, es él quien debe acreditar la competente autorización o que está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo¨[273]. Esto también se desprende del mismo tenor literal del art. 4° que señala: ¨*…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*¨, refiriéndose a quien, sin contar con la respectiva autorización, realiza las conductas de posesión, transporte, guarda o porte. De esta misma forma también lo ha entendido la Corte Suprema señalando que: *¨…al tenor del mismo precepto, recae en el agente el deber de justificar, esto es, ¨probar algo con razones convincentes, testigos o documentos¨; ¨probar la inocencia de alguien en el que se le imputa o se presume de él¨; ¨rectificar o hacer justo algo¨, que la sustancia que portaba…estaba, inequívocamente, al servicio de su uso o consumo personal y próximo en el tiempo, descartándose cualquier eventual presunción contraria, esto es, de posible circulación entre otros consumidores finales de las sustancias*¨[274]. Lo mismo ocurre en el delito de cultivo de especies vegetales del art. 8° en que quien realiza las conductas de siembra, plantación, cultivo o cosecha es quien debe alegar oportunamente que están destinadas a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, o a un tratamiento médico.

Otra de las críticas que ha surgido en torno a este tema es que las presunciones de tráfico irían en contra de la presunción de inocencia, bajo el argumento de que el Ministerio Público en su rol de agente investigador es quien debería probar el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A este respecto, se debe tener presente que las presunciones o modalidades de tráfico son presunciones simplemente legales, por lo que admiten prueba en contrario, debiendo ser el acusado quien deba aportar los antecedentes necesarios para acreditar que la sustancia respectiva está destinada a un tratamiento médico o a un *autoconsumo*,

[273] CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. ROL N° 1048-2007. Temuco, Chile. De fecha 13 de junio de 2007. Considerando 6°.
[274] CORTE SUPREMA ROL N° 129295-2020. Santiago, Chile. De fecha 15 de diciembre de 2020. Considerando 14°.

puesto que en caso contrario se entenderá constitutivo de tráfico[275]. De esta manera también lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Temuco indicando que: ¨*La referida presunción, no vulnera la presunción de inocencia que beneficia a todo imputado, ya que la alteración del peso de la prueba que ella conlleva no impide a quien se ve afectada por ella, la posibilidad de demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se deduce estos hechos. A través de ella el legislador reconoce la existencia empírica de las situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por criterios de razonabilidad y política criminal, a nivel de presunciones*¨[276].

4. EXCURSO: EL OLOR A CANNABIS COMO INDICIO EN RELACIÓN AL ART. 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

A la luz del art. 85 del Código Procesal Penal que establece el control de identidad, junto con la modificación introducida por la letra a) del numeral 2° del art. 2° la Ley N° 20.931, en que debe existir ¨*algún indicio*¨ de la comisión de un delito y no ¨indicios¨ como señalaba el artículo antiguamente, se ha estimado a nivel jurisprudencial que el olor a cannabis no constituiría un indicio objetivo y verificable para habilitar un control de identidad y un eventual registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se está controlando.

Esta interpretación fue establecida por la Corte Suprema en el fallo ROL N° 21413-14 de fecha 22 de septiembre del 2014 y se ha mantenido en fallos recientes, manteniendo el argumento de que: ¨*…el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del vehículo en el cual se desplazaba, consistió en la percepción de un "olor a marihuana" por parte de uno de los funcionarios policiales. Desde luego, esta mera afirmación, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado y su acompañante*

[275] SALAZAR CÁDIZ. *Op cit.* p. 14.
[276] CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. ROL N° 1048-2007. Temuco, Chile. De fecha 13 de junio de 2007. Considerando 5°.

intentaban o se disponían a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hace un policía de su percepción olfativa que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito. En este orden de ideas, el indicio requerido por el artículo 85 del Código Procesal Penal debe poseer la fuerza y coherencia necesaria para sustituir a la pluralidad de indicios exigidos con anterioridad, por la ley.

Por lo anterior es que, a juicio de estos sentenciadores, el elemento indiciario empleado por los funcionarios policiales en el caso de marras se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos de la norma ya citada, por cuanto una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe, necesariamente y dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial. Como ya lo ha resuelto esta Corte, el solo hecho de percibir olor a marihuana no satisface la exigencia de un signo ostensible del tráfico de drogas (SCS Rol 21.413-14, de 22 de septiembre de 2014) ¨[277]*.*

No obstante esta postura, también existe un fallo disidente en esta materia, dictado por la misma Corte Suprema, en que se rechaza la interpretación señalada, estableciendo que el olor a cannabis al ser un olor inusual en los vehículos motorizados si es una circunstancia indiciaria de la posible comisión de alguno de los delitos o faltas establecidos en la Ley N° 20.000, por lo que estaría dentro de la legalidad del art. 85 del Código Procesal Penal y, en consecuencia, el registro de un vehículo fundado en el olor percibido estaría dentro de las facultades policiales que entrega dicho artículo. De esta manera se estableció que: *¨…el tribunal da por cierto que cuando los funcionarios policiales se acercaron a efectuar un control vehicular, percibieron un olor a marihuana, circunstancia indiciaria de alguna de las conductas sancionadas en la Ley 20.000, lo cual habilita a los funcionarios policiales para realizar un control de identidad y un registro del vehículo, de acuerdo al texto*

[277] CORTE SUPREMA. ROL N° 2222-2019. Santiago, Chile. De fecha 28 de febrero de 2019. Considerando 8°. *También en este mismo sentido:* CORTE SUPREMA. ROL N° 30159-2020. Santiago, Chile. De fecha 27 de mayo de 2020. Considerando 12°.

del artículo 85 del Código Procesal Penal¨[278]*; ¨Que, entonces, sobre la base de las circunstancias fácticas antes reseñadas, se debe concluir que aquéllas conforman un indicio suficiente que habilitaba a los policías para realizar el control de identidad y posterior registro, teniendo en consideración que, como el mismo artículo 85 del Código Procesal Penal prescribe, esa actuación debe ser el resultado de una "estimación" que debe realizar el propio policía "según las circunstancias", debiendo ocuparse esta Corte únicamente de descartar una actuación arbitraria de los agentes estatales en el desempeño de sus labores preventivas, arbitrariedad que no se observa en la especie desde que el control recae sobre los acusados, por cuanto en el vehículo en que se desplazaban mantenía un olor del todo atípico en los vehículos motorizados y, por ende, al declarar esta Corte que ella constituye un indicio de la comisión de delito no puede entenderse que todos los ciudadanos quedamos expuestos, al circular en un vehículo motorizado, a que se restrinja nuestra libertad personal de manera aleatoria o antojadiza por parte de las policías, mediante la diligencia de control de identidad¨*[279]. No obstante, en este fallo nada se argumenta o se confronta respecto a la objetividad o subjetividad que reviste el olor a cannabis como indicio, sino sólo se limita a reconocerlo como tal.

Cabe tener presente que los casos anteriores dicen relación con el registro de vehículos motorizados en contexto de un control de identidad motivado por el olor a cannabis[280]. Sin embargo, un caso en relación a la entrada y registro de un inmueble motivado por el olor a cannabis es el del fallo ROL N° 69773-2020 de fecha 15 de julio de 2020, también de la Corte Suprema. En este caso, dos funcionarios policiales que se encontraban diligenciando órdenes de detención al llegar a una calle sienten un fuerte olor a cannabis, el que, según sus declaraciones, se hacía más fuerte al llegar a un domicilio en específico que se encontraba en la misma calle en que se encontraban. Uno de los funcionarios, por medio de un orificio que había en la pared del inmueble, logró observar que había cannabis en proceso secado.

[278] CORTE SUPREMA. ROL N° 144567-2020. Santiago, Chile. De fecha 23 de marzo de 2021. Considerando 6°.
[279] *Ibídem.* Considerando 7°.
[280] Salvo el caso ROL N° 30159-2020, en que el control de identidad se hizo a dos personas transeúntes que se encontraban en un paradero.

Ante esto, llamaron a la puerta con el fin de obtener una autorización voluntaria, pero, al no obtener respuesta, se comunicaron con el fiscal de turno, quien a su vez se comunicó con el juez de garantía respectivo, otorgando, este último, la autorización de entrada y registro al inmueble. A este respecto, nuestro tribunal Supremo señaló en el considerando 11° del fallo que: *¨…es preciso argumentar que aun cuando la percepción de un "olor a marihuana" por parte de uno de los funcionarios policiales no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado intentaba o se disponía a cometer un delito, toda vez que ello no es más que la interpretación que hace un policía de su percepción olfativa –como por cierto lo ha sostenido reiteradamente esta Corte en aquellos casos en que tal elemento subjetivo es el indicio fundante de un control de identidad-, no debe perderse de vista que en estos autos, la valoración de tal actividad policial carece de trascendencia, en cuanto –y como se expuso anteriormente– los agentes pusieron los hechos en conocimiento del fiscal de turno, quien a su vez los presentó ante el juez de garantía, quien los conoció y aquilató, otorgando la respectiva autorización de entrada y registro al domicilio del encartado, mediante resolución fundada, validando con ello la práctica de la medida intrusiva cuestionada por el acusado¨*. Como se ve en el razonamiento de la Corte, lo que en definitiva legitimó el actuar policial fue la autorización del juez de garantía, no obstante ello, reconoció la falta de objetividad que reviste el olor a cannabis como indicio. Además, como se ve en la cronología de los hechos, el indicio de comisión de un delito se vio reforzado por el hecho de que uno de los efectivos policiales logró observar que existía cannabis en proceso de secado al interior del inmueble. De no haber mediado esta circunstancia junto con la autorización judicial, sólo habría quedado el indicio subjetivo del olor.

CONCLUSIONES

Existen variados puntos de discusión respecto a distintos elementos contemplados por la Ley N° 20.000. A nivel macro se puede advertir la dificultad de distinción entre el delito de tráfico del art. 3° y su figura privilegiada y especial del art. 4°, esto debido a la indeterminación del concepto *¨pequeña cantidad¨*. Si bien se concibe a este elemento *especializante* como un elemento normativo del tipo penal que requiere de una especial valoración por parte del juez competente a partir de otros criterios/elementos culturales o jurídicos, y que, además, por razones político-criminales el legislador no ha querido definir el límite entre una pequeña y gran cantidad en base a cantidades específicas, esta indeterminación deriva en que no se tenga claridad, con anterioridad a la comisión de un delito, respecto a que figura corresponde aplicar en concreto. Sin embargo, es innegable que desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.000, la mayoría de los delitos que se procesan en materia de drogas son por *microtráfico*. Esto podría reflejar el carácter más grave que detenta el delito de tráfico del art. 3°, pudiendo su aplicación estar destinada, actualmente, a casos con cantidades inequívocamente grandes, asociadas a grandes operaciones criminales relacionadas directamente con el narcotráfico, donde no cabría una eventual justificación bajo el concepto de consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

La aplicación y efectos jurídicos del *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*, también han sido objeto de discusión en nuestra doctrina y jurisprudencia. En lo que respecta a su aplicación, se ha dicho que no podría tener lugar en el caso del delito de tráfico propiamente tal del art. 3°, por una parte, porque no está contemplado de manera textual en el artículo y por otra, debido a que, tratándose de una cantidad *no pequeña*, estimándose de esta manera: una cantidad *grande*; no podría justificarse un consumo personal ni próximo. Sin embargo, no se descarta la posibilidad de que ocurra el caso de una cantidad que podría, de alguna manera, llegar a justificarse bajo el consumo personal, pero al estar siendo juzgada bajo los parámetros de la figura del art. 3° se coarte la procedencia de dicho elemento

justificante por no tratarse de la figura privilegiada del art. 4°, situación que podría ocurrir en razón a subjetividad de la ¨*pequeña cantidad*¨. De esta manera, parece ser que la posibilidad de que pueda justificarse un *consumo personal exclusivo y próximo* se alza así como el elemento decidor al momento de diferenciar si la conducta debe ser sancionada bajo el art. 3° o el art. 4°, puesto que se entiende que en el caso del tráfico propiamente tal, estamos hablando de cantidades inequívocamente destinadas a obtener grandes réditos con su comercialización, ya que si existe una mínima duda de que la cantidad pudiera ajustarse a un consumo personal y próximo, debería optarse por la figura del art. 4°. De no preferirse la sanción bajo la figura del art. 4°, ante la duda de si una cantidad debe ser estimada como pequeña o grande, se debería permitir una aplicación extensiva del *consumo personal exclusivo y próximo* al delito de tráfico del art. 3°, puesto que, en el caso contrario, se estaría coartando la posibilidad de defensa del imputado, nuevamente, debido a que el límite entre tráfico y *microtráfico* no está muy claro.

Este escenario también se debe a la indeterminación del concepto ¨*proximidad*¨ del *autoconsumo*, ya que, si bien la voz *próximo* se concibe como ¨*cercano*¨, ¨*que dista de poco en el tiempo*¨, ¨*inmediatamente posterior*¨, sus definiciones no nos dan estándares temporales de lo que se debe considerar próximo, por lo que próximo podría ser tanto el minuto siguiente, como la hora siguiente, como los días siguientes, como los meses siguientes, etc. Por lo que, concebir a la posibilidad de justificación de la conducta punible bajo un *consumo personal exclusivo y próximo* como el elemento a partir del cual se debe preferir la aplicación de la figura del art. 3° o la de art. 4°, también acarrea problemas, puesto que lo que para algunos puede ser considerado como *próximo* para otros no. Esto resulta aún más problemático en el caso del consumo con fines recreativos, puesto que la proximidad de consumo respecto a una determinada cantidad dependerá de los hábitos de consumo en particular del imputado, a diferencia del consumo con fines medicinales donde las cantidades y dosis sí están más definidas, pudiendo conocerse el espacio temporal que ocupará el consumo de una cierta cantidad. En este ámbito se hace necesario recurrir a las disciplinas de la medicina y la farmacología, ya que son ellos quienes poseen los conocimientos técnicos necesarios para determinar cuántas dosis se

podrían obtener de una respectiva cantidad, cuántas dosis se podrían consumir en un espacio de tiempo determinado, cuánto es la duración de los efectos psicoactivos y cuáles son los efectos negativos o benéficos para quien usa o consume determinadas drogas.

Siguiendo con el problema de la aplicación del elemento *consumo personal exclusivo y próximo*, también se ha descartado su procedencia respecto de las conductas del inciso 2° del art. 4, bajo el argumento de que las conductas que aparecen en este inciso se han querido separar de aquellas del inciso 1° por decisión del legislador. Aquí, se debe tener presente el elemento subjetivo que contempla esta disposición, cual es que dichas drogas estén destinadas a ¨*que sean consumidas o usadas por otro*¨. En el caso de las conductas de transferencia, suministro o facilitación no cabe duda de no cabría lugar un consumo personal puesto que existe un traspaso de las sustancias ilícitas a una tercera persona, verificándose efectivamente una lesión a la salud pública al estar afectándose a terceros indeterminados y además ocurrir una difusión incontrolada de sustancias ilícitas. Sin embargo, cabe la duda respecto de quien adquiere drogas para su consumo personal y próximo, ya que al no estar destinadas a que sean consumidas o usadas por un tercero faltaría el elemento subjetivo de esta conducta y por tanto no se configuraría como tal el delito señalado, por lo que también debería admitirse una aplicación extensiva del *consumo personal exclusivo y próximo* en esta hipótesis, por supuesto, debiendo alegarse oportunamente a fin de derribar la presunción de tráfico existente en la conducta de la *adquisición*.

En relación a los efectos jurídicos que acarrea el *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*, se ha distinguido dependiendo del delito que se trate. Está claro que en el caso del art. 4° es una causal de justificación y que ante su presencia la conducta imputada debe quedar libre de toda sanción penal, no obstante esto, donde no queda claro este efecto es en el caso del delito de cultivo de especies vegetales del art. 8° y en el caso del *porte-falta* del art. 50. En el caso del cultivo del art. 8°, debido al *reenvío* que se hace a las penas de falta en caso de que concurra un consumo personal, se ha señalado que en este caso no produciría sus efectos

como causal de justificación, puesto que deben aplicarse las penas que aparecen en el art. 50. En el caso del *porte-falta* consagrado en el antedicho artículo, se sanciona el porte de sustancias ilícitas en lugares públicos o abiertos al público para su consumo personal exclusivo y próximo, lo que a primera vista podría ser indiciario de que el porte del art. 4° es un porte que ocurre en un lugar privado. En este punto es necesario determinar cómo se concibe el consumo de drogas a la luz de las disposiciones de la Ley N° 20.000, ya que, si tenemos en cuenta que en el caso del delito del art. 4° el consumo es una circunstancia que es atípica y que exime de culpabilidad; que, por su parte, el art. 50 busca sancionar con pena de falta el consumo en lugares públicos o abiertos al público cuando no fuere en atención a un tratamiento médico, y en lugares privados cuando hubiere una concertación previa; y, que el consumo sólo estaría penado como delito en caso del art. 14 en que el sujeto activo sea personal militar; se entiende que el legislador ha querido sancionar de manera excepcional el consumo cuando concurran determinadas circunstancias, permitiendo así, en algún grado, el consumo de drogas *autolesivo*, es decir, sin que involucre a terceros que involuntariamente se puedan ver afectados. También se debe tener en cuenta que lo que busca proteger la Ley N° 20.000 es la salud pública y, por tanto, al estar su antijuridicidad dada por la puesta en riesgo a este estado colectivo de bienestar, quedarían fuera de su protección aquellas conductas que fueran riesgosas o lesivas para la salud individual, salvo el caso del delito del art. 5° en que se busca proteger la integridad y salud específica de los menores de edad. De esta manera, en el caso del *porte-falta* y del delito de cultivo de especies vegetales, que están reguladas justamente en relación a la falta de consumo en lugares públicos, se debería concluir que el *consumo personal exclusivo y próximo* a que se refieren estas normas es aquél que ocurre en un lugar público o abierto al público y cuyo objetivo es recreativo, ya que el mismo art. 50 señala que se entiende justificado el uso, consumo, porte y tenencia con fines medicinales. Así las cosas, el *porte-falta* sólo se sancionaría en caso de que dicho porte tenga por objetivo concretarse en un consumo en un lugar público y, en el caso del art. 8°, sólo se podría sancionar cuando el producto de dicho cultivo esté destinado a la misma finalidad, teniendo por supuesto en consideración que las faltas sólo pueden ser

penadas una vez que están consumadas, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 9° del Código Penal, por lo que si no se ha realizado efectivamente el consumo en un lugar público o en un lugar privado de manera concertada, tanto el porte-falta como el cultivo destinado al *consumo personal exclusivo y próximo* serían impunes.

El principio de lesividad en la práctica ha venido a reforzar las ideas anteriores, buscando consagrar el rol del *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo* como una causal de justificación; y, en particular, su efecto jurídico de exclusión de la culpabilidad, en virtud del cual el imputado quedaría libre de toda sanción penal. La principal crítica que nace de este principio en torno los delitos de la Ley N° 20.000 es descartar el carácter de delito de peligro abstracto que tiene el tráfico ilícito y, en consecuencia, el de sus figuras derivadas y de los delitos penados especialmente como actos preparatorios o de tentativa. Este principio está íntimamente relacionado con la función crítica o de garantía que desempeña el bien jurídico protegido, ya que sólo se podrán sancionar por la vía penal aquellas conductas que lesionen o pongan en riesgo efectivo al bien jurídico que es objeto de protección, por lo que si no se lesiona efectivamente o si está fuera de todo riesgo no cabe sanción penal alguna. Este sería el caso del *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*, ya que, como se ha venido revisando, el consumo de drogas *autolesivo* es una conducta que no está tipificada en la ley de drogas y que se entiende permitida al no poner en riesgo ni lesionar la salud pública. Por medio de este principio es que se ha podido justificar y absolver a quienes cultivan plantas del género cannabis buscando autoabastecer su consumo sin tener que involucrarse en actividades relacionadas con el *tráfico* o el *microtráfico*. Dicha absolución ha sido de manera total, incluso sin que sopesen sobre los imputados las penas de falta del art. 50, aunque, dicho sea de paso, aún no existe un criterio uniforme en nuestra jurisprudencia respecto a este tema.

Esta necesaria lesividad o puesta en riesgo a la salud pública como condición necesaria para legitimar la sanción penal también ha quedado plasmada con el art. 43 de la Ley N° 20.000. El mismo artículo establece en su inciso primero la obligación que tiene el Servicio de Salud Pública de redactar un informe donde,

entre otros elementos, se debe señalar la peligrosidad que reviste la droga objeto del delito para la salud pública, porque si bien se ha enlistado en el reglamento de la *ley de drogas* a aquellas sustancias que pueden o no provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, el principio de lesividad obliga a establecer en el ámbito judicial cuál fue la situación de peligro para la salud pública originada por la droga en particular en razón al contexto y circunstancias en el que estuvo involucrada, pero también en razón a su composición y naturaleza. Sólo de esta manera se puede tener certeza en el caso concreto del peligro en el que estuvo el bien jurídico protegido y, además, cumplir con la obligación derivada del principio de lesividad de determinar el eventual daño social que se pudo ocasionar. La pureza también ha sido también un elemento controvertido en el caso del informe del art. 43, en relación a que si no se conoce la pureza y composición de la sustancia no se puede tener certeza, fuera de toda duda razonable, respecto a la lesividad o puesta en riesgo que representa la droga en concreto. Si bien se pueden discutir los efectos que acarreará la falta de este informe o la falta del elemento pureza o de la peligrosidad que reviste para la salud pública, su omisión es de vital importancia, sobre todo para el imputado en el caso del *consumo personal exclusivo y próximo*. En efecto, ya que, si bien en el caso de la ¨*pequeña cantidad*¨ la Ley N° 20.000 no entrega otros elementos a partir de los cuáles se le pueda dotar de contenido a dicho concepto, en el caso del *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo* si los entrega, tal como señala en el inciso final del art. 4°. Para determinar si existe *autoconsumo* o no se debe tener en consideración la pureza de la droga y las circunstancias concomitantes del delito cuando sean indiciarias de un tráfico ilícito. Por lo que la falta del elemento pureza en el informe del art. 43 o la omisión del informe propiamente tal es gravosa en la posibilidad de defensa del imputado, ya que es un elemento clave para establecer la presencia del *consumo personal exclusivo y próximo*; lo que también coarta su posibilidad de una posible absolución por este concepto. No obstante esto, al pesar la carga de la prueba sobre quien alega un *consumo personal*, se podría inferir que recae en él la responsabilidad de velar por que se emita dicho informe con todos los elementos que el art. 43 indica, sin embargo, estimamos que esta responsabilidad también recae en el Ministerio

Público en razón al principio de bilateralidad de la audiencia, igualdad de armas y al principio de objetividad establecido en el art. 3° de la Ley N° 19.640 (Orgánica Constitucional del Ministerio Público).

Con este análisis se ve reflejado que las hipótesis de atipicidad incluidas en la Ley N° 20.000, basándonos solamente en su redacción y texto, son bastante restringidas e incluso dudosas, sobretodo en el caso del *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*. Debido a esto y a la rapidez con la que van evolucionando los fenómenos sociales, es que se han recurrido a distintos elementos de interpretación para poder justificar la atipicidad que representa el *consumo personal exclusivo y próximo* en relación al bien jurídico de la salud pública, de manera que los consumidores no relacionados a las actividades del *narcotráfico,* no se vean afectados por una sanción penal, lo que podría ser incluso más perjudicial a largo plazo en razón a la contaminación criminógena. De este modo, también queda de manifiesto que el legislador quiso permitir aquellas conductas que no vayan en pos del tráfico de sustancias ilícitas, que es la actividad que pretende controlar la Ley N° 20.000, por lo que el consumo estaría fuera del alcance penal, salvo en los casos que ya se han revisado en que eventualmente pudiera afectar a terceros indeterminados y por consiguiente a la salud pública.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros y Manuales.

1. CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica De Chile, 2011. 812 p.

2. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal: Parte Especial, Tomo IV. 3ra edición revisada y actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1997. 382 p.

3. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal: Parte General, Tomo II. 3ra edición revisada y actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1998. 269 p.

4. POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1988. 506 p.

5. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial. 2da versión actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2004. 689 p.

6. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General. 2da versión actualizada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2004. 613 p.

7. PRIETO RODRÍGUEZ, Javier. El Delito de Tráfico y El Consumo de Drogas en el Ordenamiento Jurídico Español. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1986. 506 p.

II. Revistas y Artículos.

1. CABEZAS, Carlos. *El Principio de Ofensividad y su Relación con los Delitos de Peligro Abstracto en la Experiencia Italiana y Chilena. Un Breve Estudio*

Comparado. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20(2): 85 – 120, 2013.

2. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Estudios y Capacitación: Ley 20.000: Tráfico, Microtráfico y Consumo de Drogas: Elementos Jurídicos y Sociológicos para su Distinción y Defensa. Santiago, Chile (8) 2013. 147 p.

3. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 93: Ley N° 20.000 y Debate Sobre Drogas. Santiago, Chile (10) 2014. 66 p.

4. MATUS, Jean Pierre. *Informe Acerca de Algunos Aspectos que se han Mostrado Problemáticos en la Aplicación Práctica de la Ley N° 20.000*. Revista Ius Et Praxis 11(2): 333 – 350, 2005.

5. NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. *El Delito de Tráfico Ilícito de Pequeñas Cantidades de Sustancias Estupefacientes o Sicotrópicas del Art. 4 de la Ley N° 20.000*. Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso, (26): 259 – 293, 2005.

6. RABI GONZÁLEZ, Roberto. *Tratamiento Penal de la Siembra, Plantación, Cultivo o Cosecha de Especies Vegetales del Género Cannabis en Chile.* Revista Jurídica del Ministerio Público (80): 74 – 86. Diciembre, 2020.

7. REBOLLEDO LATORRE, Lorena. *El Bien Jurídico Protegido en los Delitos de Tráfico Ilícito*. Revista Jurídica del Ministerio Público (60): 119 – 133. Septiembre, 2014.

8. REBOLLEDO LATORRE, Lorena. *Inclusión de la Cannabis en el Artículo Primero del Reglamento de la Ley N° 20.000, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. Revista Jurídica del Ministerio Público (34): 159 – 165. Abril, 2008.

9. RUIZ DELGADO, Fernando. *El Delito de Tráfico de Pequeñas Cantidades de Droga. Un Problema Concursal de la Ley 20.000.* Política Criminal, 4(8): 408 – 429. Diciembre, 2009.

10. VILLEGAS, Myrna. *La Ley N° 17.798, Sobre Control de Armas. Problemas de Aplicación Tras la Reforma de la Ley N° 20.813.* Política Criminal, 14(28): 1 – 53. Diciembre, 2019.

III. Recursos En Línea:

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. s.f. Historia de la Ley N° 20.000. **[en línea]**. s.n. s.l. 886 pp. [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2020]. **Disponible en:** <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5755/>

2. CHILE. MINISTERIO DE SALUD. Subsecretaría de Salud Pública. Guía Clínica AUGE: ¨Consumo Perjudicial y Dependencia de Alcohol y Otras Drogas en Personas Menores de 20 Años¨. Santiago, Chile: MINSAL, 2013. 92 p. <http://www.repositoriodigital.minsal.cl/handle/2015/516>

3. CNN CHILE. *¨Chile es el Tercer País en Todo el Mundo que Registra Mayor Consumo de Marihuana entre Adultos¨.* 2020. **[en línea]** [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2020]. **Disponible en:** <https://www.cnnchile.com/tendencias/chile-consumo-marihuana-mundo_20201116/>

4. FISCALÍA DE CHILE. UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS. *Observatorio del Narcotráfico Informe 2020* **[en línea]** [Fecha de consulta: 8 de abril de 2021]. **Disponible en:** <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/observatorionarcotrafico2020.jsp>

5. FUNDACIÓN DAYA. Resolución de Aprobación de Permiso de Siembra de Cannabis del Servicio Agrícola y Ganadero **[en línea]** [Fecha de consulta: 20 de abril de 2021]. **Disponible en:** <http://www.fundaciondaya.org/wp-content/uploads/2016/11/Resoluci%C3%B3n-de-aprobaci%C3%B3n-de-permiso-de-siembra-de-cannabis-del-Servicio-Agr%C3%ADcola-y-Ganadero.pdf>

6. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Diciembre, 2008. Informes en Derecho Doctrina Procesal 2007 ¨Algunos Aspectos de la Ley N° 20.000¨ **[en línea]**. *Centro*

de Documentación Defensoría Penal Pública. Santiago, Chile. pp. 147 – 160. [Fecha de consulta: 5 de julio de 2021] **Disponible en:** <https://biblio.dpp.cl/datafiles/3259-2.pdf>

7. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CICAD). Informe del Consumo de Drogas en las Américas 2019 **[en línea]** [Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2020]. **Disponible en:** <http://cicad.oas.org/Main/ssMain/HTML%20REPORT%20DRUG%202019/mobile/index.html>

8. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE ESTUPEFACIENTES. *Informe Sobre la Continuación del 63° Período de Sesiones (2 a 4 de diciembre de 2020)* **[en línea]** [Fecha de consulta: 6 de enero de 2021]. **Disponible en:** <https://undocs.org/es/E/2020/28/Add.1>

9. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). World Drug Report 2020 **[en línea]** [Fecha de consulta: 12 de enero de 2021]. **Disponible en:** <https://wdr.unodc.org/wdr2020/index.html>

10. SALAZAR CÁDIZ, Andrés. s.f. El Consumo Personal, Exclusivo y Próximo en el Tiempo; Su Naturaleza Jurídica a la Luz de la Ley de Drogas. *Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* **[en línea].** s.n. s.l. 16 pp. [Fecha de consulta: 3 de julio de 2020]. **Disponible en:** <http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_1_inciso_2_articulo_4_Ley_20000_AS.pdf>

11. SALAZAR CÁDIZ, Andrés. s.f. El Porte de Droga en Lugares de Libre Acceso Público. *Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* **[en línea]**. s.n. s.l. 8 p. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2020]. **Disponible en:** <http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/porte_droga_acceso_publico_AS.pdf>

IV. Tesis y Memorias.

1. DEL REAL, Vicente y VERGARA, Gonzalo. Análisis Jurídico: Artículo 8 de la Ley 20.000: El Problema de la Licitud del Cultivo, como Respuesta al Consumo Privado y sus Vías de Obtención. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad Finis Terrae, Facultad De Derecho, 2016. 57 p.

2. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno. Análisis Crítico De Dogmática Y Política Criminal. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica, 1992. 125 p.

3. RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en La Ley N° 20.000. Tesis (Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Escuela de Graduados, 2011. 177 p.

V. Instrumentos Internacionales.

1. CONVENCIÓN De Las Naciones Unidas Contra El Tráfico Ilícito de Estupefacientes Y Sustancias Sicotrópicas (1988, Viena, Austria). Santiago, Chile: Organización De Las Naciones Unidas – 1990. 30 p.

2. CONVENCIÓN Única de 1961 Sobre Estupefacientes (1961, Nueva York, Estados Unidos). Organización de Las Naciones Unidas – 1961. 56 p.

3. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Glosario De Términos De Alcohol Y Drogas. Madrid, España: Ministerio De Salud Y Consumo, 2008. 66 p.

4. UNITED NATIONS COMISSION ON NARCOTIC DRUGS (CND). Los Tratados de Fiscalización Internacional de Drogas. **[en línea]**. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. s.l. 134 p. [Fecha de consulta: 14 de enero de 2020]. **Disponible en:** <https://www.unodc.org/unodc/fr/commissions/CND/conventions.html>

VI. Jurisprudencia.

1. CORTE SUPREMA. ROL N° 144567-2020. Santiago, Chile. De fecha 23 de marzo de 2021.

2. CORTE SUPREMA. ROL N° 129295-2020. Santiago, Chile. De fecha 15 de diciembre de 2020.

3. CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS. ROL N° 100-2020. Punta Arenas, Chile. De fecha 3 de agosto de 2020.

4. CORTE SUPREMA. ROL N° 69773-2020. Santiago, Chile. De fecha 15 de julio de 2020.

5. CORTE SUPREMA. ROL N° 30159-2020. Santiago, Chile. De fecha 27 de mayo de 2020.

6. CORTE SUPREMA. ROL N° 40949-2019. Santiago, Chile. De fecha 7 de abril de 2020.

7. CORTE SUPREMA. ROL N° 144567-2020. Santiago, Chile. De fecha 23 de marzo de 2021.

8. CORTE SUPREMA. ROL N° 29118-2019. Santiago, Chile. De fecha 6 de enero de 2020.

9. CORTE SUPREMA. ROL N° 5417-2019. Santiago, Chile. De fecha 17 de diciembre de 2019.

10. CORTE SUPREMA. ROL N° 25735-2019. Santiago, Chile. De fecha 12 de noviembre de 2019.

11. CORTE SUPREMA. ROL N° 8340-2019. Santiago, Chile. De fecha 11 de julio de 2019.

12. CORTE SUPREMA. ROL N° 2493-2019. Santiago, Chile. De fecha 18 de marzo de 2019.

13. CORTE SUPREMA. ROL N° 2222-2019. Santiago, Chile. De fecha 28 de febrero de 2019.

14. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. ROL N° 660-2018. La Serena, Chile. De fecha 29 de noviembre de 2018.

15. CORTE SUPREMA. ROL N° 6079-2017. Santiago, Chile. De fecha 6 de abril de 2017.

16. CORTE SUPREMA. ROL N° 5-2017. Santiago, Chile. De fecha 2 de marzo de 2017.

17. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. ROL N° 1318-2016. Temuco, Chile. De fecha 17 de enero de 2017.

18. CORTE SUPREMA. ROL N° 15920-2015. Santiago, Chile. De fecha 11 de noviembre de 2015.

19. CORTE SUPREMA. ROL N° 4949-2015. Santiago, Chile. De fecha 4 de junio de 2015.

20. CORTE SUPREMA. ROL N° 21413-2014. Santiago, Chile. De fecha 22 de septiembre de 2014.

21. CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. ROL N° 1048-2007. Temuco, Chile. De fecha 13 de junio de 2007.

VII. Cuerpos Legales.

1. Código Penal de fecha 12 de noviembre de 1874, última versión de fecha 3 de febrero de 2021.

2. Código Procesal Penal de fecha 12 de octubre de 2000, última versión de fecha 4 de marzo de 2020.

3. Constitución Política de la República de fecha 22 de septiembre de 2005, última versión de 28 de abril de 2021.

4. Decreto N° 867 del Ministerio del Interior de fecha 19 de febrero de 2008 que *¨Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.000 que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y Sustituye La Ley N° 19.366¨,* última versión de fecha 16 de mayo de 2018.

5. Decreto Supremo N° 1358 del Ministerio del Interior de fecha 17 de abril de 2007 que *¨Establece Normas que Regulan las Medidas de Control de Precursores y Sustancias Químicas Esenciales Dispuestas por la Ley N° 20.000 que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*¨, versión única.

5. Ley N° 20.000 que *¨Sustituye la Ley N° 19.366, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas¨* de fecha 16 de febrero de 2005, última versión de fecha 22 de octubre de 2015.