



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**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**

VICENTE DEL REAL MARIMON
GONZALO EDUARDO VERGARA YANTÉN

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

Profesor Guía: Rodrigo Ríos Álvarez.

Santiago, Chile

2016

ABREVIATURAS

CA	Corte de Apelaciones
ISP	Instituto de Salud Pública
OEA	Organización de Estados Americanos
RIT	Rol de ingreso al tribunal
RUC	Rol Único de Causa
SAG	Servicio Agrícola Ganadero
SENDA	Servicio nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol
THC	Tetrahidrocannabinol
TOP	Tribunal Oral en lo Penal
TG	Tribunal de Garantía
UE	Unión Europea
UTM	Unidad tributaria mensual

TABLA DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS	ii
TABLA DE CONTENIDOS	iii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO	2
1. Breve Reseña. Análisis del artículo 8 de la Ley 20.000.	2
1.1. Aspecto Sociológico y Político de la droga.	6
1.2. Aspectos legales. Historia del artículo 8 de la L. 20.000.	10
1.2.1. <i>La inserción del verbo “cultivo”. Ley 18.403 de 1985</i>	10
1.2.2. <i>Ley 19.366 de 30 de enero de 1995</i>	12
CAPITULO SEGUNDO:	16
2. Reacción Estatal internacional del cultivo de Marihuana y el legado jurídico a Chile.	16
CAPITULO TERCERO:	23
3. Aspectos legales que vinculan el consumo privado y el cultivo.	23
3.1. Actitud del Ministerio Público y Jurisprudencia que acoge postura de la atipicidad del cultivo.	25
3.2. Análisis crítico al tratamiento jurídico de las drogas, y el cultivo como medio lícito de obtención.	35
3.3. Efectos Directos y residuales de la Prohibición.	42
4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES	47
BIBLIOGRAFÍA	50
ANEXO N°1	54

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia de la Ley 20.000, los operadores del sistema han encontrado un conjunto de problemas interpretativos que han obstaculizado el pronóstico confiable sobre la aplicación que harán los tribunales de la ley en cuestión. Careciendo muchas veces de grados mínimos de certeza sobre la calificación jurídica que el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales darán a las conductas imputadas. Esto ha implicado, a su vez, que la defensa jurídica de personas imputadas, por delitos vinculados al tráfico y cultivo de drogas, vaya acompañado de una incertidumbre relevante sobre los elementos de cada uno de los tipos penales. Las penas arriesgadas y la posibilidad de optar por beneficios de la Ley 18.216, dada la disparidad existente entre las consecuencias jurídicas, de ser castigado por una u otra figura de la Ley 20.000.

Durante mucho tiempo se ha considerado que los artículos cuarto y octavo de la Ley 20.000, además de contener la conducta incriminada (en cumplimiento estricto del principio de legalidad) tienen incorporado en su texto, causales de justificación o posiciones conductuales, que permitirían erigir un consumo prudente, legal y fuera del ámbito sancionatorio que prevé nuestro ordenamiento. Así, el artículo cuarto contemplaría como tal, el destino de aquellas sustancias a un tratamiento médico o al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Asimismo, el artículo 8 del mismo cuerpo normativo, y el que interesa para el estudio de nuestra investigación, también compartiría con el artículo 4 la segunda de las causales de justificación señaladas anteriormente.

El artículo 8 de la Ley 20.000 presenta un elemento trascendente en la discusión que realizan los tribunales respecto a un tema tan importante para nuestro país como son las drogas. El cultivo, razón que se reprocha en estos juicios, representa otra etapa dentro del consumo personal puesto que se realiza en forma particular y dentro del lugar donde vive y que además constituye una conducta extraña del ser humano.

CAPITULO PRIMERO

1. Breve Reseña. Análisis del artículo 8 de la Ley 20.000.

El presente capítulo gesta su elaboración con la finalidad de vindicar de manera precisa y breve, la comprensión jurídica y práctica del artículo 8 de la Ley 20.000 (en adelante, L.20.000.), siendo este, en la actualidad, uno de los artículos de mayor discusión a nivel doctrinario respecto a la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Dicha disposición legal prescribe:

Art. 8°. El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes.

Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado.

El delito en el artículo recién expuesto no atañe a que el cultivo, reprochable como conducta, representa una etapa anterior o imperfecta al consumo final, es decir, se trata de un acto preparatorio realizado en forma privada por gran parte de la población y no para una comercialización ilegal. Tal conducta, de auto proveerse de cannabis sativa, indica o ruderalis, constituye para gran parte de las teorías expuestas por las defensas en juicios de esta índole como una conducta de carácter atípica.

Al efecto explica que la protección del bien jurídico de la salud pública pretende evitar la difusión incontrolada de este tipo de sustancias al público. Ese peligro potencial nunca

existió en caso como los señalados en el artículo 8, pues el bien jurídico nunca fue puesto en riesgo.

Se concibe, por ende, que la pena que envuelve el delito consagrado en el artículo 8, tiene una excepción residual en la negatividad de la conducta dentro de la sociedad, permeando una aceptación práctica de parte del legislador en la licitud de la justificación que dichas especies puedan presentar. Para así, demostrar que su finalidad personal es para un uso privado, restringido temporalmente, y respetando los principios universales de conductas privadas que pueden desarrollar las personas y sin menoscabar los derechos de terceros.

Actualmente se vive una discusión ferviente entre los actores de todas las esferas de la sociedad. Estos mismos pugnan respecto a la poca comprensión que se tiene de la L.20.000 por la sociedad civil, y por la “ambigüedad” que presentaría parte de su normativa en materia de cómo concebir la posibilidad de consumir sustancias enteógenas. Todo esto bajo ciertas condiciones y una proximidad temporal, pero siendo restringidas y sancionadas las vías de obtención que “el hombre de la calle” identifica hoy en día.

Existe un consenso casi unánime de castigar y aumentar la gama de penalidades prácticas a conductas graves para la sociedad asociadas al mercado de la droga. De la cual se entiende, aún sin reconocerlo nítidamente, que lo realmente preocupante para la comunidad es el tráfico y los delitos asociados a su práctica. Sin embargo, no existe una comunión argumentativa respecto al tratamiento que se debe buscar en prácticas menos corrosivas para el consumo y el perjuicio a la población, como es el cultivo privado de “cantidades razonables” de cannabis o de otras especies similares en su efecto toxicológico y social.

Es pertinente y necesario indagar en las razones por la cual se cultiva, que no siempre tiene como fines el tráfico y el desarrollo de un mercado negro de la droga, sino que puede tener fines tanto terapéuticos como de expansión de la espiritualidad.

Existen comunidades de fe reconocidas por nuestro país como la rastafari¹, ya abalada por la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. Estos han ayudado a esclarecer los límites de estas conductas al distinguir elementos ya sea terapéuticos, territoriales, etc.

¹ TRIBUNAL Oral en lo Penal de Iquique. 16 de noviembre de 2005, RIT 224-2005.

En la discusión respecto a la disposición que forja el análisis, se deben admitir dos elementos como pilares interpretativos:

- a. En un primer caso, frente a la circunstancia de encontrarse las especies vegetales del género *cannabis* destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, es relevante determinar la pena aplicable. En este sentido, la conducta descrita en el artículo 8 de la L.20.000 es típica aun cuando se verifique la circunstancia anterior, por lo que deben aplicarse las penas señaladas en los artículos 50 ss., de la referida ley. Estaríamos frente a un caso de “cultivo-falta”².**
- b. Respecto a la segunda interpretación, si llegase a encontrar las especies destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, es suficiente para descartar la subsunción de la conducta contemplada por el artículo 8. Frente a una atipicidad de la conducta, surge la necesidad de determinar si son aplicables las sanciones indicadas en el artículo 50 ss. de la L.20.000.**

A propósito de la comprensión de un elemento trascendente como lo es “el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”, se ha sostenido por el legislador que

“Junto a lo anterior, debemos tener presente el hecho que el acusado, morador del inmueble de pasaje xxx N° 2953, es un consumidor habitual de marihuana, ya sea fumándola, en infusiones medicinales o en productos alimenticios, todo esto inserto en el **movimiento rastafari** al que pertenece, según lo expuesto por los peritos sociólogo, LCT, y asistente social, CGP. En este sentido, ha resultado acreditado que E.R.V. forma parte dicha cultura, integrando incluso un colectivo cultural, Estrella Negra, que cuenta con personalidad jurídica, y en el marco del cual, ha dictado conferencias en la Universidad Arturo Prat. Asimismo, sus ingresos son concordantes con su estándar de vida, contando además con el apoyo de su conviviente, quien percibe las remuneraciones de que dan cuenta las liquidaciones de sueldo incorporadas por la Defensa. Siendo así, es perfectamente posible estimar, que de las matas de marihuana incautadas desde su domicilio, aquellas aptas para producir sumidades floridas u hojas adheridas a ellas, hayan estado destinadas a su consumo personal y próximo en el tiempo, el que se desarrollaría en forma progresiva, a medida que estas pudieran ser cosechadas”.

² DEFENSORÍA nacional, Departamento de Estudios [en línea][fecha de consulta:12 de febrero de 2015]. Disponible en: <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=4765>.

“se entrega al juez elementos de juicio que lo guíen en la determinación de la existencia de tal circunstancia”. Estos criterios quedan constituidos en el inciso 3° del artículo 4 de la L. 20.000. Prescribe:

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

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

Se concibe que no asiste la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título³.

³ “LEY 20.000. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa. Chile, DEFENSORÍA penal pública, Centro de Documentación, Estudios y Capacitación, N° 8, octubre de 2013,; 45 p.

1.1. Aspecto Sociológico y Político de la droga.

DROGA se define por la Real Academia de la Lengua Española como una sustancia vegetal, mineral o animal que tiene efecto estimulante, alucinógeno, narcótico o deprimente.

La segunda acepción que establece la definición en comento es “sustancia o preparado medicamentoso de efectos estimulantes, deprimentes, narcótico o alucinógeno”. Por su parte la Organización mundial de la Salud establece que debe definirse como cualquier sustancia que, introducida en un organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones⁴.

Por su parte el Instituto de Salud Pública (en adelante ISP), comprende que las drogas son aquellas materias primas de origen biológico utilizadas, ya sea de manera directa o indirecta, para la elaboración de medicamentos. La composición química de la droga brinda una acción farmacológica que resulta útil para la terapia⁵.

A nivel general, se conoce como droga a las sustancias que, al ser introducidas en el organismo, pueden alterar o modificar sus funciones.

Las personas consumen drogas por diversas razones, ya sea por el placer que les genera, por necesidad o por solicitud médica, aunque se tenga precisión que la suspensión del consumo y el posterior malestar psíquico genera graves estados de adicción⁶. La ingesta excesiva de drogas tiene consecuencias negativas para el organismo, resultado que tiene un acuerdo transversal entre los diversos actores de la discusión de la legalidad de ciertas drogas blandas bajo ciertas circunstancias.

⁴SERVICIO nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, SENDA, Glosario de Términos [en línea][fecha de consulta:12 de febrero de 2015]. Disponible en: <http://www.senda.gob.cl/prevencion/informacion-sobre-drogas/glosario-de-terminos>.

⁵INSTITUTO de salud pública, Ministerio de Salud, Guía de pericias químicas en el marco de la ley 20.000, Chile Gobierno de Chile, 2011.

⁶. PONTIFICIA Universidad Católica de Chile, Escuela de Psicología [en línea][fecha de consulta:13 de febrero de 2015]. Disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/lecciones/leccion14/m3114leccion.html>.

Se conoce como drogodependencia a la necesidad de consumir drogas para obtener sensaciones placenteras o eliminar algún tipo de dolor.

Gracias a investigaciones clínicas y farmacológicas, existen miles de fármacos y drogas que ayudan a las personas. Los antibióticos y las vacunas revolucionaron el tratamiento de las infecciones. Los medicamentos permiten bajar la presión, tratar la diabetes y reducir el rechazo de órganos trasplantados por parte de nuestro organismo. Los medicamentos pueden curar una enfermedad, hacerla más lenta o prevenirla, lo cual nos ayuda a disfrutar de vidas más sanas. Sin embargo, las drogas pueden ser útiles o nocivas.

Los efectos de las drogas pueden variar según el tipo de droga, la cantidad que se toma, la frecuencia con la que se la usa y la rapidez con la que llega al cerebro; también varían dependiendo si consume otras drogas, alimentos o sustancias. Los efectos también pueden ser diferentes según la química, la forma y el tamaño del organismo.

Pocas veces se ha visto en el mundo la proliferación tan excesiva de información sobre un daño potencial que genera el consumo de cannabis, y a la vez tan mezquino que sumerja en tanto desconocimiento popular. Ni aún en jornadas, congresos nacionales e internacionales, por los medios masivos de información y por los informadores sociales, se pueden recoger notas coherentes sobre las drogas en sí y los efectos que se atribuyen.

Es que hace algo más de tres décadas, cuando se dice droga, se engloba a todas sin admitir que existan distinciones entre ellas en sus cualidades y las consecuencias de su ingesta.

En síntesis tan falaz como manipulada, los efectos son siempre los mismos para todas las personas cual si fueran idénticas las drogas y personas⁷.

Para los efectos y finalidades del prohibicionismo, que ha recalado en la droga y no en los motivos de las adicciones, resulta más contundente englobar con la palabra droga tanto a las sustancias vegetales y sintéticas.

Es una forma ostensible de no admitir, por obstinación y miedo, que no todas las drogas y sus efectos son negativos. Como no suele ser negativo un vaso de whisky o un cóctel, en determinado momento⁸.

⁷NEUMANN, Elías, La legalización de las drogas, Buenos Aires, DEPALMA 1997, 205 p.

“En tiempos que el saber se identifica con el poder, ciertas elites se adjudican el dominio de la ética social. Las ideas subrayadas por la ética prohibicionista y sus intereses sobre las drogas las ostentan los mismos que anteriormente propiciaban su consumo. Y es a la ciencia médica a quien se atribuye esa facultad. Es el criterio medico el que fijo las pautas para la prohibición justamente entre aquellas drogas que habían servido, y tal vez alguna vez volverán a servir, a los usos terapéuticos”⁹.

La transmutación sufrida al considerar al adicto como criminal primero, luego vicioso y, por último, enfermo, influye en la tonalidad de la información y sus registros. Así ocurrió en los Estados Unidos. El adicto fue delincuente cuando se trató de negros e inmigrantes y habitantes ilegales (y aun legales), de habla hispana. El espectro varía cuando la misma droga llega a la clase media y alta: entonces se habla de enfermedad.

En la actualidad, el criterio medico se sigue utilizando aunque no de modo excluyente. Sirvió, en su momento, para avalar aspectos políticos y económicos sobre la base de la licitud o ilicitud de determinadas drogas, precisamente para establecer el diagrama del control definiendo cual era el ámbito de legalidad y cual no.

Resultará imprescindible en las discusiones venideras establecer si la droga constituye hoy un problema excluyente de salud pública o de control económico, ya que, como señalan diversos analistas, los efectos secundarios de la droga no son físicos, sino que políticos¹⁰. Será trascendente crear marcos jurídicos que logren legitimar las intervenciones estatales de modo discrecional y combatir no solo el actual dilema de salud, que repercute frente al consumo de droga, sino que transparentar y sancionar la politización o uso político de la droga.

Con respecto a la droga en glosa, es necesario hacer una prevención relacionada al reglamento de la L.20.000 para adentrarse en la concepción de esta droga en particular. El Decreto Supremo N° 867, de 8 de Agosto de 2007 (Publicada en el Diario Oficial el 19 de

⁸HERMOSILLA, Juan Pablo, Revista 93, Defensoría Penal Pública, Julio 2013, ISSN 0718-8684.9 p.

⁹ Ibíd.12 p.

¹⁰UNIVERSIDAD de la Mancha, Droga y Sociedad: La personalidad Adictiva de nuestro tiempo. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas, España, vol(nº7): pag-76 2007.

febrero de 2008), aprobó el Reglamento de la ley en comento, dando cumplimiento a lo establecido por el artículo 63 de la L.20.000 la que establece:

Artículo 63. Un reglamento señalara las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1º, 2º 5º y 8º; los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 9º, y las normas relativas al control y fiscalización de dichas plantas.

Es menester recordar que el ya expuesto artículo 8 hace referencia a las *especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas*. Por ende, debe concordarse lo que establece el artículo 1º del reglamento recién expuesto, el cual define al cannabis como:

“Sumidades floridas o con frutos de la planta del genero cannabis de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera sea el nombre con que se designe”.

Por su parte, el artículo 5º del Reglamento de la L.20.000 prescribe:

Artículo 5: Calificase como especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, a que se refiere el artículo 8º de la L. 20.000, las siguientes:

Cannabis Sativa L Cacto Peyote Catha Edulis (Khat) Datura Estramonium L Hongo Psilocide Eritroxylon Coca Papayer Somniferum L Salvia Divinorum (salvinorina A).

Por consiguiente, al referirse ampliamente al artículo 8º, respecto al pasaje que señala “especies vegetales del genero cannabis”, su alcance es mayor que el de otras conductas tipificadas en la L.20.000, que se refieren a cannabis en el sentido definido por el reglamento¹¹.

¹¹ En efecto, según se indica en el citado Boletín N°9 (abril 2008) realizado por la Unidad de Estudios Regional Metropolitana Sur de la Defensoría Penal Pública; la especificación del artículo 1º del reglamento de la L.20.000 de las *sumidades floridas o con frutos* importa una despenalización de la hoja de cannabis. Esto, porque el respectivo Reglamento de la Ley N° 19.366 incluía las semillas y hojas de cannabis que estuvieren unidas a las sumidades floridas o con frutos de la planta. Esta nueva restricción, sin embargo, no se extiende al cultivo de una *especie vegetal del género cannabis*.

1.2. Aspectos legales. Historia del artículo 8 de la L. 20.000.

La L. 20.000, también conocida como “Ley de Drogas”, sanciona actualmente a aquellos que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias de este tipo, al igual que a quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a su elaboración.

Si una persona planta, cultiva o cosecha sin autorización plantas del género cannabis (cáñamo o marihuana) se arriesga a multas entre 40 y 400 UTM y presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, salvo que demuestre que esa planta es para consumo personal y próximo en el tiempo. En tal caso, se aplicará la pena residual, dispuestas al consumo en la vía pública; a menos que se demuestre que la tenencia de la planta obedece a un tratamiento médico.

Se entenderá que cometen el delito de tráfico de drogas, quienes sin tener autorización efectuada por el Servicio Agrícola Ganadero (en adelante, SAG), importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten la droga.

1.2.1. La inserción del verbo “cultivo”. Ley 18.403 de 1985

La figura jurídica de “cultivo”, se adhiere al catálogo de sanción al tráfico ilícito de drogas y estupefacientes en la ley 18.403 de marzo de 1985. Comprendiendo su incorporación como una necesidad estructural de política criminal de la época en concordancia con tratados internacionales como el de Nueva York (años 60)¹². Estos incorporan al cultivo como un delito primordial dentro de la estrategia de lucha contra la droga.

¹² La convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, establece en su preámbulo que la finalidad de la convención es que “Las Partes, preocupadas por la salud física y moral de la humanidad, reconociendo que el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin, reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad, conscientes de su obligación de prevenir y combatir ese mal, considerando que para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes se hace necesaria una acción concertada y universal, estimando que esa acción universal exige una cooperación internacional orientada por principios idénticos y

El artículo dos de la referida ley señala “los que, sin contar con la competente autorización, siembren, cultiven, cosechen o posean especies vegetales o sintéticas del género cannabis u otras productoras de sustancias 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”.

Se entenderá que trafican con tales sustancias los que, sin contar con la autorización correspondiente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten consigo tales sustancias o materias primas, a menos que justifiquen o sea notorio que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o al uso personal exclusivamente. Lo que se incluyó en el inciso segundo entre las diversas formas de tráfico, con el objeto de complementar los cabos que podrían erigirse en la práctica: *“se entenderá que trafican con tales sustancias los que, sin contar con la autorización correspondiente.”*

La modificación propuesta deja en claro que el delito lo comete quien realice la conducta que se describe, independientemente de la circunstancia que tenga la actividad de traficante.

La otra fórmula consiste en prescindir de este elemento subjetivo y considerar en sí mismas como peligrosas, las conductas de sembrar las especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes cuando se realizan contraviniendo las prohibiciones o restricciones legales o reglamentarias; o sin la competente autorización.

Estas formas de delitos de peligro abstracto, no requieren de elementos subjetivos, ya que se estima que la sola conducta de sembrado o elaboración son peligrosas para la salud

objetivos comunes, reconociendo que las Naciones Unidas tienen competencia en materia de fiscalización de estupefacientes y deseando que los órganos internacionales competentes pertenezcan a esa Organización, deseando concertar una Convención internacional que sea de aceptación general, en sustitución de los tratados existentes sobre estupefacientes, por la que se limite el uso de estupefacientes a los fines médicos y científicos y se establezca una cooperación y una fiscalización internacionales constantes para el logro de tales finalidades y objetivos. Con respecto al cultivo, se introduce en la convención, señalándose por tal: La Junta, en cooperación con los gobiernos y con sujeción a las disposiciones de la presente Convención, tratará de limitar el cultivo, la producción, la fabricación y el uso de estupefacientes a la cantidad adecuada necesaria para fines médicos y científicos, de asegurar su disponibilidad para tales fines y de impedir el cultivo, la producción, la fabricación, el tráfico y el uso ilícitos de estupefacientes.

pública. Por consiguiente, conductas desvaliosas que deben ser sancionadas: “como lo demuestra la experiencia”.

El delito de siembra y cultivo que incorpora el proyecto, en el inciso cuarto del nuevo artículo, se aparta de esta vía. Pero tampoco exige la concurrencia del elemento subjetivo del “propósito de tráfico ilícito” en el tipo, recurriendo a una presunción. No se requiere acreditar que se tuvo el propósito de tráfico ilícito, basta con que de las circunstancias se pueda presumir ese propósito.

En el delito de siembra o cultivo que incluye el proyecto, se presume el propósito de tráfico ilícito en circunstancias que no señala o describe el tipo. Puede estimarse que la falta de precisión de la fórmula plantea aún dudas en cuanto a la naturaleza de la presunción. Entendiéndose así, desde un punto de vista técnico jurídico, que no es necesario probar y acreditar ciertos hechos o que se produce una inversión de la prueba. Por ello, no es aconsejable emplearla para la descripción típica.

1.2.2. Ley 19.366 de 30 de enero de 1995

Posteriormente la ley 19.366 (Publicada 30 de Enero de 1995), mantiene en su artículo dos el fundamento de la ley previa señalando: “Sanciona la siembra, cultivo y cosecha de especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas por personas no autorizadas por el SAG, a menos que se justifique que están destinadas al uso o consumo personal exclusivo y próximo”.

Esta disposición fue objeto de un amplio debate por los señores Diputados de la época en que se desarrollaba su discusión, centrándose principalmente, en diferentes materias.

Por una parte, planteaban su parecer aquellos que estiman que debería prohibirse el cultivo de estas especies vegetales. En contraposición aquellos que, estando de acuerdo con la prohibición, visualizan un problema de inconstitucionalidad en este aspecto.

Otro tópico que se agregó a la discusión parlamentaria dice relación con el "uso o consumo personal exclusivo y próximo" en el cual algunos Diputados han expresado su desacuerdo con la interpretación a la Historia de la Ley N° 19.366 página 38 del primer informe

comisión especial de droga con esta norma. Según su juicio, podría ser una forma de incentivar el consumo y la autorización para los cultivos caseros.

También fue motivo de debate el procedimiento y el organismo que deberá otorgar la autorización para el cultivo de las especies ya señaladas. Algunos de los presentes señalaban que el SAG, como aparece propuesto, no sería la entidad más apropiada para otorgar la referida autorización. A juicios de algunos, sería más pertinente entregar esta obligación al Secretario Regional Ministerial de Agricultura que corresponda.

Actualmente la L.20.000 señala una digresión aún más insondable a los primeros intentos normativos de regularizar el cultivo. Ahí se presenta “el que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes. Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado.”

Como se observa, el inciso final contempla la posibilidad de rebajar la pena en un grado, según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del imputado.

El Diputado de la época, señor Jaime Orpis formuló las siguientes indicaciones, según los descrito por la historia de la referida ley.

a) Al inciso primero, para eliminar el párrafo “a menos que se acredite que estuvieron destinadas al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las normas del artículo 55 y siguientes de esta ley”, y

b) Al inciso segundo, para reemplazar las palabras “podrá rebajarse” por “podrá rebajarse o aumentarse”. Sostuvo que, para realizar este tipo de plantaciones o cultivos se debe contar necesariamente con autorización y que, obviamente, el que no cuenta con ella debe ser sancionado, ya que ha efectuado una plantación ilegal, *evidentemente para traficar*. Insistió en que la indicación tiene por objeto sancionar todo tipo de plantaciones ilegales de modo

que *ni siquiera se pueda aducir la excusa en que es para consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.*

En la misma línea se señaló que, sobre la materia, existen dos criterios. Uno es establecer que el consumo de drogas está absolutamente prohibido, por ende, plantar marihuana está prohibido. Si es para destinarla al tráfico, entonces debe aplicarse una sanción aún mayor.

Otro criterio es aceptar el consumo exclusivo y personal, con las distinciones del caso entre el consumo privado y público. Si se opta por aceptar el consumo en los términos definidos en la actual ley, la norma propuesta es lógica ya que no sanciona a los que tengan una o dos matas de cannabis para su consumo. Por cuanto de sancionarse este hecho, se estaría en cierta forma, *incitando a ser traficante*. Se destacó, que es un hecho que en el país existe un consumo masivo de estas sustancias y así lo demuestran los índices de la última encuesta realizada por SENDA¹³, por lo que es lógico y necesario establecer trabas para el consumo de drogas.

En consecuencia, el cultivo en la actual ley estableció en su “espíritu jurídico” que se debe prohibir y, por tanto, sancionar la plantación de estas especies sin la autorización correspondiente porque, de lo contrario, se está abriendo la posibilidad de que se plante y cultive no sólo para consumo personal sino también para traficar.

Por otra parte, se hizo presente que el propósito de modificar la ley es graduar la penalidad y perfeccionar diversas figuras penales, pero que no constituye uno de los objetivos del proyecto sancionar el consumo privado de drogas. El tema discutido dice relación con el hecho de si se debe o no se debe sancionar con las penas señaladas en este artículo a la persona que, careciendo de autorización, planta o cultiva marihuana, aun cuando demuestre que lo hace para consumir. Se destacó que si el principio es sancionar todo tipo de cultivo realizado sin autorización, hay que preocuparse que ello no dé lugar a injusticias por desconocimiento de la norma.

¹³ SERVICIO nacional de prevención y rehabilitación para el consumo de drogas y alcohol, SENDA Escolares y Drogas [en línea][fecha de consulta:13 de febrero de 2015]. Disponible en: <http://www.senda.gob.cl/wpcontent/uploads/2014/07/decimo-escolares-2013.pdf>.

El representante del Ministerio de Justicia acotó que esta norma es la misma que se encuentra vigente en el artículo 2° de la ley N° 19.366, y que solo viene con modificaciones formales de redacción.

Se destacó que la disposición actual establece sanciones que van desde la multa hasta someterse a tratamiento de rehabilitación por un tiempo determinado, para el caso del que siembra, planta o cultiva para uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En caso de que el destino no sea el consumo personal, dependiendo de la circunstancia personal del imputado o la gravedad del hecho se está frente a una pena de 541 días a 10 años. En el debate se insistió en que es necesario dificultar por todos los medios el acceso a las drogas para consumo personal y, por tanto, en que el cultivo de ciertas especies vegetales debe ser sancionado. No obstante, la proposición de sancionar todo tipo de plantación lleva a aplicar la misma penalidad al que tiene una hectárea que al que tiene una planta. Debe considerarse que ambos hechos han de tener penas distintas, ya que no revisten la misma gravedad.

Se enfatizó que la disposición señala claramente que las siembras, plantas o cultivos de especies de género cannabis realizadas sin autorización son ilegales y, por tanto, están sancionadas con una pena de delito y otras como faltas.

Cuando el proyecto dice que "a menos que se acredite que están destinadas al uso o consumo personal", no se las está dejando sin sanción, sino sancionándolas como faltas de conformidad con el artículo 55.

CAPITULO SEGUNDO:

2. Reacción Estatal internacional del cultivo de Marihuana y el legado jurídico a Chile.

Los primeros movimientos prohibicionistas modernos del consumo de drogas comienzan a desarrollarse a finales del siglo XIX en la Inglaterra Victoriana. Los misioneros y comerciantes ingleses acusaban a quienes fumaban cáñamo “de santones hindúes en un estado continuo de intoxicación¹⁴”, poco proclives a adoptar nuevas religiones o introducirse de pleno en la dinámica de una economía de mercado. Los ingleses que habían intentado introducir sustitutos para regir en el mercado lo hacen, a través, de un informe a la Indian Hemp Drugs Comission. Este informe es realizado por cuatro médicos ingleses y tres indios, que lleno más de 3.500 páginas, en cuyas conclusiones se afirmaba que “el uso moderado del cáñamo no producía efectos nocivos y que en definitiva no debía limitarse su consumo¹⁵”.

A la corriente prohibicionista se adhieren los Estados Unidos que convocan, en 1909 en Shanghái, a una conferencia sobre el opio y las proyecciones respecto a su cultivo, entre los tópicos preponderantes de las ponencias efectuadas. Una militancia activa la desempeñaron clérigos americanos, que igual que lo ocurrido a los misioneros ingleses en la India, atribuyeron al opio su fracaso evangelizador en Asia. En Filipinas, bajo control americano, se adhirieron a la fórmula que habían llevado a cabo los españoles. Ellos tenían establecido un monopolio estatal con concesiones a distribuidores en su mayoría de origen chino por el que cobraban un impuesto. Este plan fue bloqueado por los sectores neo moralistas, así por quienes deseaban frenar el auge de la colonia China¹⁶.

¹⁴ RAMOS ATANCE, Juan, *Uso de los cannabinoides a través de la historia*. Madrid, Editorial Sintesis, 2014, 23 p.

¹⁵ *Ibíd.* 19 p.

¹⁶ La caótica situación que experimentaba la República popular de China (Guerra del opio, caída de la monarquía y la proclamación de la república, hambrunas, etc.) provocó la emigración de chinos fundamentalmente de sus regiones costeras.

Con la conferencia de Shanghái, se gesta el comienzo de una serie de reuniones internacionales que irán profundizando en la regulación y posterior prohibición de la producción, consumo y tráfico de drogas.

El interés de Estados Unidos, como de los países que tenían intereses fundantes en reprimir y limitar el cultivo y consumo privado de marihuana, responde a diversas razones:

- Dar satisfacción a las ligas puritanas, ya entonces de gran arraigo en la sociedad americana, que pretendían excluir a los Estados Unidos de los “efectos perniciosos de las bebidas alcohólicas y el opio”.
- Intentar suavizar las relaciones comerciales y diplomáticas con China que eran tensas. Las razones son varias, entre ellas: la promulgación de la Chinese Exclusion Act, (ley aprobada por el congreso norteamericano), las presiones xenófobas de los sindicatos por la que se había frenado la inmigración china y los coolies, los cuales consumían opio y trabajaban fundamentalmente en el ferrocarril de la Costa Oeste o en otros estados de la Unión.
- Y finalmente, Estados Unidos se vuelve la nación más acometedora en su lucha contra la cannabis, con el fin estratégico de desplazar a Inglaterra del Pacífico y concretamente de China, aumentando su protagonismo en la región.

Luego de la primera conferencia mundial respecto al tratamiento jurídico del cannabis, a la que asisten 13 Estados, se adopta como principio básico, y espíritu jurídico, que el comercio de drogas debe ser controlado y limitado a las necesidades de la medicina y de la ciencia.

A esta primera conferencia siguieron:

- La Convención de la Haya de 1912. En la que se abordaron los problemas del opio, la cocaína y sus sales. De aquí saldría el mandato posterior de confiar a la Sociedad de Naciones el control del tráfico de drogas.
- La Convención de Ginebra de 1925. En ella se estudian las tres drogas naturales de mayor consumo: opio, cáñamo y coca. Así como sus derivados y se ponen las bases de la política prohibicionista deseada por los Estados Unidos. Los países signatarios

se comprometen a reservar estas drogas únicamente para fines medicinales y someter su producción al control de la Sociedad de las Naciones.

- La Convención única de 1961. En ella se marcan las líneas generales por las que hoy en día se rige la mayoría de los estados en temas de estupefacientes y donde se estructura la prohibición a nivel mundial. A esta convención acudieron delegaciones de 77 países, regulándose estrictamente el cultivo de plantas productoras de drogas.

El cultivo como delito en Chile, debe entenderse desde los principios expuestos en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, adoptada por 186 países, incluido Uruguay, donde se ha legalizado su venta para consumo libre que solo contemple el uso del cannabis para fines médicos y científicos. No solo Uruguay se sale de este esquema restrictivo, Estados Unidos (en los estados de Washington y Colorado), los Países Bajos, Bangladesh y Corea del Norte acogen ordenamientos jurídicos respetuosos con el consumo y la adquisición de cannabis. Uruguay se convirtió en el primer país del mundo en 2013 que reguló el mercado de la marihuana y Países Bajos ha sido pionero en este ámbito. Acá se permite a los ciudadanos comprar, vender y consumir esta sustancia (hasta 5 gramos de cannabis vendidos en 'coffee shops' no suele ser investigada), pero no su cultivo, provisión y posesión.

La Unión Europea (UE) emitió en 2005 unas recomendaciones al Consejo Europeo en materia de legislación sobre drogas recogidas en el Informe Catania¹⁷.

En él, el Parlamento Europeo abogaba por un giro político en el tratamiento del consumo de drogas, concebido como excesivamente centrado en la prohibición. El informe opta por "redefinir la cooperación europea en el ámbito de la política sobre la droga orientada a poner hincapié al tráfico de drogas transfronterizo y a gran escala, de tal forma que se aborde el problema desde todos sus puntos de vista, basándose en un enfoque científico sin perder de vista el respeto de los derechos civiles y políticos, como lo es la protección a la vida y salud de las personas¹⁸" y "basar en mayor medida la nueva Estrategia en

¹⁷ PARLAMENTO Europeo [en línea][fecha de consulta:20 de febrero de 2015]. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2004-0067+0+DOC+XML+V0//ES#title1>.

¹⁸ *Ibíd.* 7 p.

investigaciones científicas y en una concertación pormenorizada y estructural con las personas que operan sobre el terreno en los Estados miembros¹⁹", así como "incrementar la investigación social y científica de las sustancias ilícitas con los fines médicos y sociales pertinentes" y "crear una línea presupuestaria específica con miras a facilitar un proceso permanente de consulta de las organizaciones pertinentes de la sociedad civil y de expertos profesionales independientes sobre la incidencia de las políticas sobre la droga al nivel de los ciudadanos²⁰".

En Chile, se realizó un estudio de derecho comparado, elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional en agosto de 2012, el cual permitió conocer cuál es la realidad de la marihuana y su uso personal o terapéutico en Holanda, Estados Unidos, Bélgica, Portugal, Luxemburgo, Reino Unido, Suiza, Canadá y Argentina.

El documento sostiene que del análisis de las normas y políticas respecto de la despenalización de la marihuana en estos países se puede concluir, que:

- Debido a los alegados fracasos en las políticas de control de drogas así como los supuestos beneficios que el *cannabis* (o su componente, el THC) pueden brindar a enfermos graves, diversos países han buscado nuevas maneras de enfrentar la penalización o criminalización de la marihuana.
- Holanda, país que no ha legalizado la marihuana, autoriza la venta en pequeñas cantidades en lugares específicos (llamados "*coffee shops*"). Sin embargo, el tráfico de *cannabis* y de otras drogas sigue siendo perseguido criminalmente.
- Luxemburgo, Portugal y Bélgica han adoptado soluciones cercanas al modelo holandés. Sancionan con multa la tenencia para uso personal de la droga, dándole baja prioridad a la persecución del delito o la falta.
- En otros países, éste propósito no ha podido ser alcanzado, porque las políticas han cambiado en el tiempo haciendo más duras las sanciones por los delitos contra el tráfico de drogas (Reino Unido) o por fracasados intentos legislativos (Canadá, Estados Unidos).

¹⁹ *Ibíd.* 8 p.

²⁰ *Ibíd.* 10 p.

Sobre la regulación de la posesión de *cannabis* para uso personal, se concluye que, pese a los distintos enfoques jurídicos, puede observarse que en los países miembros de la Unión Europea, como en los americanos, existe una tendencia consistente en el desarrollo de medidas alternativas a la persecución penal para los casos de uso y posesión de pequeñas cantidades de *cannabis* para uso personal, sin circunstancias agravantes. Aquí se muestra un análisis con algunos países de la región y de Europa, a modo de ejemplificar las prácticas:

- a. Canadá: La Ley L.C. 1996, ch. 19 (Loi réglementant certaines drogues et autres substances) regula las penas asociadas al consumo del cannabis²¹. Las cantidades máximas permitidas de porte son para la resina de cannabis 1 gramo y para el cannabis (marihuana) 30 gramos. Su artículo 4 dispone las penas máximas siguientes: - simple posesión: 1000\$ de multa y/o 6 meses de privación de libertad - en caso de reincidencia: 200\$ de multa y/o 12 meses de privación de libertad - posesión de una cantidad que es superior al uso personal: 5 años menos un día de privación de libertad.

Sobre la aplicación de las penas hay muy pocas acusaciones por posesión de cannabis. La mayoría de los delincuentes sin reincidencia están sometidos a una pequeña multa. Los casos de encarcelación por posesión de cannabis son siempre debido a un pasado criminal, o a otras infracciones cometidas²².

- b. Italia: En materia de consumo personal de estupefacientes, la ley italiana, históricamente ha oscilado desde 50 años entre la represión y la tolerancia. En el año 1990 el Parlamento autorizó al gobierno a poner fin a la impunidad penal a los detentadores de pequeñas cantidades de estupefacientes, aun cuando el consumo fuese para uso personal y no para

²¹LAWS lois justice [en línea][fecha de consulta:20 de febrero]. Disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-38.8/page-2.html#h-3>.

²² CANADA, Government, Le statut pénal et médical du cannabis au Canada, [en línea][fecha de consulta:20 de febrero de 2015]. Disponible en <http://www.ledevoir.com/nonclasse/41992/le-statut-penal-et-medical-du-cannabis-au-canada>.

tráfico. Estos podían ser arrestados cuando fuesen encontrados en posesión de una “dosis media diaria” y aplicárseles sanciones penales²³.

En base a un referéndum de iniciativa popular, realizado el 18 de abril de 1993, se abolieron las disposiciones concernientes a la dosis media diaria. Por lo que el porte de estupefacientes para uso personal fue despenalizado sin importar la cantidad de droga que poseía la persona. Según un fallo de la Corte Constitucional, esta despenalización se extendía tanto al cultivo como a la fabricación realizada para uso personal. (Sentencia del 23 de diciembre de 1994)²⁴.

En el año 2006 una nueva ley n. 49/2006 (la llamada ley Fini-Giovanardi), modificó ciertas disposiciones de la ley del año 1990, caracterizándose por el endurecimiento de las sanciones relativas a la realización de la producción (incluido el cultivo personal), el tráfico, posesión y uso de drogas ilegales, y por la supresión simultánea de la distinción entre "drogas blandas" como la marihuana y "drogas duras"²⁵.

En la actualidad, en virtud del artículo 75 de la ley sobre drogas, el uso exclusivamente personal constituye una infracción administrativa que implica las sanciones que se aplicarán de forma individual o en conjunto, de acuerdo con las peculiaridades de cada caso. Se trata, en particular de: la suspensión del pasaporte, suspensión de la licencia de conducir y la suspensión del porte de armas de fuego. Las sanciones deberán tener una duración entre un mínimo de un mes y un máximo de un año. El procedimiento es suspendido si el interesado demanda seguir un programa terapéutico y la aplicación de las mismas se efectúa ante la segunda infracción.

El Decreto 262 del año 2006 del Ministerio de Salud complementa la ley “FiniGiovanardi” estableciendo los límites de posesión personal permitidos, siendo el límite máximo de cannabis es de 500 mg de THC, que equivale a 5 gramos de sustancia bruta (ingrediente activo del 10%).

²³ ITALIA, Government, Assemblée Nationale. “Les législations européennes en matière de drogue ». [en línea][fecha de consulta:20 de febrero de 2015]. Disponible en: <http://asambleenationale.it/nonclasse/435636>. 20 p.

²⁴ *Ibíd.* 21 p.

²⁵ *Ibíd.* 24 p.

c. Perú: El Código Penal peruano permite el consumo personal de marihuana.

La disposición contenida en el artículo 2999 prescribe:

“Posesión impune de droga. No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados...”²⁶.

La mayoría de los sistemas judiciales europeos contempla para estos casos, multas, amonestaciones, libertad condicional, exención de pena y asesoramiento.

El *cannabis*, en particular, se distingue frecuentemente de otras sustancias y recibe un tratamiento especial en estos casos, por la ley, por la Directiva de enjuiciamiento o por el Poder Judicial.

²⁶ BIBLIOTECA del congreso nacional [en línea][fecha de consulta: 22 de febrero de 2015]. Disponible en: <http://bcn.cl/bbkw>.

CAPITULO TERCERO:

3. Aspectos legales que vinculan el consumo privado y el cultivo.

El inciso 1° del artículo 4° de la L.20.000 establece:

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

Mientras que el inciso 3° del mismo artículo señala:

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

De la descripción legal expuesta en los párrafos anteriores, se desprenden características básicas que forjan la figura del consumo personal.

En primer lugar “el destino que a las sustancias que se trata, le dé el sujeto activo de las conductas descritas, un uso personal y exclusivo, y siempre que tales sustancias sean susceptibles de consumirse por esa persona dentro de un plazo más o menos breve, uso próximo en el tiempo”²⁷

En segundo lugar, a diferencia de la “pequeña cantidad” que requiere el caso anterior, como concepto diferenciador entre tráfico y microtráfico, el legislador debe entregar al juez

²⁷ PRAVIA, Alberto, Estupefacientes, narcotráfico, microtráfico y los nuevos tipos penales; Bogotá, Colombia, Editorial Bibliotex, 2014. Pág. 112.

los elementos de juicio que lo guíen en la determinación de la existencia de esta última. Estos criterios están descritos en el inciso 3°, y sintéticamente consisten en: a. la calidad o la pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada y; b. las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte.

Por último, aunque la ley no lo haya expresado de manera directa en el inciso final del artículo 4°, existe consenso en nuestra doctrina sobre la necesidad de que la cantidad de droga incautada sea pequeña, para efectos de la exclusión de la responsabilidad penal de consumo.

La respuesta frente a la licitud del consumo privado, bajo la vía de obtención que nos interesa, que es el cultivo, puede elaborarse bajo las siguientes premisas:

La destinación al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo es una circunstancia que excluye la tipicidad de las conductas constitutivas de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades.

En segundo término, los verbos Sembrar, plantar, cultivar, o cosechar especies vegetales del genero cannabis u otras sustancias estupefacientes, sin la debida autorización, es un acto preparatorio punible del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, expresamente castigado por el artículo 8° de la L.20.000.

Por último, como conclusión necesaria de las anteriores premisas, el cultivo de cannabis sativa para su uso o consumo exclusivo y próximo en el tiempo, es un acto preparatorio de un acto atípico, cuando el consumo se realizara en un lugar privado y por tanto, impune. Incluso, si se reconociera en el cultivo un principio de ejecución de alguna de las faltas correspondientes al “consumo” castigadas en el artículo 50, su impunidad es manifiesta, pues conforme al artículo 9° del Código Penal, las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.

Luego, es necesario analizar y dar respuesta al alcance de la remisión del artículo 8° al artículo 50 y siguientes de la ley L.20.000. Si la conclusión anterior es que el cultivo para consumo es impune, entonces, la referencia a las normas sancionatorias de las faltas exige la concurrencia de sus presupuestos típicos. En otros términos, para que se afirme la

aplicación de las normas sancionatorias comprendidas en el Título IV de la L.20.000, deben concurrir los requisitos típicos de dichas disposiciones. En especial, tratándose del artículo 50: el consumo en lugar público o abierto al público, la tenencia o porte en tales lugares para uso o consumo personal exclusivo o próximo en el tiempo, y el consumo concertado de drogas en lugares o recintos privados.

Lo anterior es por una razón evidente: la remisión a “las sanciones de los artículos 50 y siguientes” no se efectúa a un catálogo de consecuencias jurídicas (penas o medidas), semejante al artículo 21 del Código Penal, sino que es una remisión a normas sancionatorias, que establecen sus propios presupuestos de aplicación, y a las que subyacen reglas de conductas (prohibitivas) cuya infracción es merecedora de las específicas sanciones penales contempladas en ellas.

En consecuencia, frente a las vías de obtención para el consumo privado, la conducta de cultivo es atípica, si el destino de las especies vegetales es el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A menos que efectivamente concurra alguna de las conductas sancionadas en los artículos 50 y siguientes.

3.1. Actitud del Ministerio Público y Jurisprudencia que acoge postura de la atipicidad del cultivo.

Es pertinente referirnos a las resoluciones de nuestros tribunales respecto al asunto controvertido que se expone. Esto con el fin de aclarar ciertos puntos, teniendo presente, que los precedentes en Chile no son obligatorios para los tribunales inferiores ni son fuente formal del derecho, pero si dan luces sobre la correcta interpretación de la ley.

CA de Concepción, de 21 de septiembre de 2012, Causa Rol N° 455-2012, que afirma lo siguiente:

12°.- Que, finalmente y en forma conjunta a los reparos ya analizados, el recurrente dice que se ha producido una errada interpretación de la norma ya referida (artículo 8 de la

L.20.000) pues si el tribunal concluyó que el cultivo y cosecha de especies vegetales estaba destinado al uso y consumo personal del imputado, debió aplicar las sanciones de los artículos 50 y siguientes, lo que no hizo, aduciendo que las acciones desplegadas por el inculgado se encuentran exclusivamente dentro de la esfera de la intimidad. Agrega el recurrente que del tenor literal de la norma del artículo 8° se desprende con claridad que la remisión al artículo 50 y siguientes la hace sólo en cuanto a las sanciones y no otra, pues las conductas descritas en estas últimas normas nada tienen que ver con el cultivo o cosecha de cannabis sativa. [...]

14°.- Que, por lo demás, en el parecer de estos sentenciadores, no se observa la infracción de derecho que plantea el recurrente, toda vez que se comparten las argumentaciones contenidas en el considerando Octavo de la sentencia en revisión.

TOP de Santa Cruz, de 14 de julio de 2011, Causa RIT N° 11-2011

SÉPTIMO: El Ministerio Público imputó al acusado, en primer término, el cultivo en su domicilio de especies vegetales del género cannabis encontradas el día 16 de octubre de 2010, sin la debida autorización, hecho que constituiría el delito previsto y sancionado en el artículo 8° de la L.20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Pero la acusación por este primer ilícito imputado a A.V. fue desechada, al estimarse que no se acreditaron los supuestos fundamentales del tipo penal y acogiendo a su vez la tesis de consumo planteada por la defensa del encartado. [...]

Por otra parte y ratificando lo anteriormente expuesto en relación a lo que realmente se encontró y lo que pudo haber sido, a juicio de este tribunal, no es posible sancionar tampoco a A.V. por consumo, por cuanto la norma del artículo 50 de la L.20.000 nos señala los lugares en donde está prohibido el consumo, que son en general los sitios o lugares de acceso público, y en el caso de los lugares privados, nos indica que también se sanciona cuando hay concierto, es decir, la actividad de ponerse de acuerdo dos o más personas para ese consumo. En este particular caso, no se acreditaron ninguno de los dos supuestos legales ya señalados por cuanto al acusado ni siquiera se le sorprendió consumiendo y de la prueba rendida tampoco pudo establecerse el concierto del encartado con otras personas para hacerlo.

TOP de Talca, de 12 de abril de 2010, Causa RIT N° 264-2009

SEXTO: [...] Que, con lo razonado, y conforme lo prescribe la norma legal antes citada, en su inciso final, donde se establece que sin constituir delito, una persona que sin la debida autorización, siembre , plante, cultive o coseche estas especies, y justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 50 y siguientes de la L.20.000; sin embargo, no reuniéndose en la especie los requisitos que señala esta última norma, pues no se trata de un consumo en lugares públicos o abiertos al público ni tampoco se ha probado que el acusado se haya concertado para consumir privadamente, no procede sancionarlo.

TOP de Iquique, de 16 de noviembre de 2005, Causa RIT N° 224-2005

OCTAVO: Junto a lo anterior, debemos tener presente el hecho que el acusado, morador del inmueble de pasaje ____, es un consumidor habitual de marihuana, ya sea fumándola, en infusiones medicinales o en productos alimenticios, todo esto inserto en el movimiento rastafari al que pertenece, según lo expuesto por los peritos sociólogo _____, y asistente social, _____. En este sentido, ha resultado acreditado que E.R.V. forma parte dicha cultura, integrando incluso un colectivo cultural, Estrella Negra, que cuenta con personalidad jurídica, y en el marco del cual, ha dictado conferencias en la Universidad Arturo Prat. Asimismo, sus ingresos son concordantes con su estandar de vida, contando además con el apoyo de su conviviente, quien percibe las remuneraciones de que dan cuenta las liquidaciones de sueldo incorporadas por la Defensa.

Siendo así, es perfectamente posible estimar, que de las matas de marihuana incautadas desde su domicilio, aquellas aptas para producir sumidades floridas u hojas adheridas a ellas, hayan estado destinadas a su consumo personal y próximo en el tiempo, el que se desarrollaría en forma progresiva, a medida que estas pudieran ser cosechadas.

NOVENO: Por esto, no resultó probado, más allá de toda duda razonable, el hecho punible materia de la acusación, debiendo dictarse sentencia absolutoria a favor de E.R.V, al no quedar comprendido tampoco en alguna de las hipótesis de consumo del artículo 50 de la L.20.000.-.

TG (14°) de Santiago, de 07 de febrero de 2007, Causa RIT N° 7.072-2006

SEXTO: [...] de las 5 plantas en maceteros que bordeaban con suerte el metro de crecimiento, no resulta posible colegir que pueda extraerse material biológico apto para algo más que un consumo personal y próximo en el tiempo. Para comenzar, la denuncia que motivó el ingreso y posterior incautación de los maceteros es preciso en cuanto a atribuir solo la existencia de las plantas en el marco de una ventana, sin señalar que se tratare de un domicilio o imputado del que se tenía conocimiento que se dedicare a labores de tráfico. Además de estar las plantas en un estado de crecimiento previo al de su floración en el que las sustancias activas de la droga pudieren surtir el efecto pernicioso que se proscribe, las mismas por se encontraban dispuestas en una dependencia privada del acusado - la ventana de su dormitorio – lo que permite colegir que estaban a su cuidado para su propio consumo. Si a ello se suma el hallazgo de las pipas necesarias para fumar la sustancia, sin otro elemento del que colegir una futura comercialización o distribución (ni siquiera se incautó un cigarrillo preparado) el hecho establecido no permite configurar el delito de plantación por el que se acusó.

Tampoco resulta posible sancionar la conducta del acusado como la falta de consumo, pues si bien se ha establecido por quién resuelve que las referidas plantas eventualmente estarían destinadas a proveer al acusado para su consumo, no resulta posible justificar que el mismo fuere en lugar público como la falta lo exige.

A propósito de la discusión del juicio, resulta evidente que el tipo del art. 8 de la ley del ramo, supone replantear aquí también los intrincados problemas dogmáticos que impone el llamado tráfico de precursores, ampliamente desarrollados por la doctrina al tratar la sanción que ha de corresponder a aquellos que posean las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo y producción de sustancias estupefacientes prohibidas. Es claro que si la norma del art. 8 está orientada a la prevención de las

actividades que posibilitan posterior tráfico o aquellas de cooperación necesaria para realización del mismo tipo, lo que justifica el incremento en el ámbito de la intervención penal, ello supone necesariamente que esa intrusión diga directa relación con el principio de la ofensividad.

La menor cantidad de plantas decomisadas y el contexto del hallazgo no permiten concluir más allá de toda duda razonable que a sabiendas tal cultivo estuviere destinado para su tráfico aún en el más amplio de los sentidos del tipo.

Lo anterior resulta reafirmado si se efectúa una interpretación teleológica del referido artículo 8° de la L.20.000. Con esto, se entiende que el consumo atípico pertenece al ámbito privado de la persona humana y el cultivo con dichos fines en un lugar perteneciente a la esfera íntima del individuo, no puede ser punible invocando delitos cuyo fin de protección sea la salud pública, tal como son contemplados en la L.20.000.

En caso contrario, se produce el absurdo de afirmar la impunidad de quien compra pequeñas cantidades de droga para el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, y se castiga a quien cultiva o siembra con los mismos fines. Sancionando absurdamente al consumidor cuando se provee personalmente sin acudir y fomentar las actividades de tráfico de un tercero.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

TOP de Iquique, de 12 de octubre de 2011, Causa RIT N° 292-2011, señaló:

OCTAVO: [...] La norma del artículo 8° de la ley referida sanciona con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa, al que sin la debida autorización, entre otras acciones, cultive especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se impondrán las sanciones de los artículos 50 y siguientes, y acreditado, en esta causa, como ya se asentó, el último supuesto, estos jueces han determinado que las circunstancias de su

comisión no permiten aplicar a la acusada la sanción residual, y ello, en consideración a dos aspectos: el lugar del cultivo y su relación con el bien jurídico protegido. En la especie, la acusada realizó la acción de cultivo de cannabis sativa para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, dentro del patio posterior de su morada, ámbito privado perteneciente a su resguardado, protegido e inexpugnable espacio de intimidad y libertad, condiciones que dejan indemne al bien jurídico protegido por la L.20.000, la salud pública, desde que la única posible afectada sería la acusada.

Lo anterior, porque si bien la norma no distingue si el delito o la falta que contempla se cometen en lugares privados, públicos o de libre acceso al público, sólo resulta coherente con el resto de las normas de la misma L.20.000 y principios generales que la informan, y con el respeto a la intimidad y resguardo a la salud pública, que se sancione al cultivador consumidor en la forma prevista en el artículo 50 citado, cuando ha realizado su pequeño cultivo en espacios públicos o de libre acceso al público, como lo son una plaza comunitaria, un campus educacional, la pérgola de un restaurante, e incluso, el antejardín no cercado de su propiedad que da a la vía pública, más no en el lugar privado e íntimo como era el hogar de la acusada.

Lo contrario, implicaría introducir una desarmonía normativa contraria a la unidad del ordenamiento jurídico, pues el mismo legislador estima no punible la compra de estupefacientes para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, resultando una antinomia que en las mismas condiciones, sancione al mismo consumidor cuando se provee personalmente del estupefaciente sin acudir y reforzar las actividades de tráfico de un tercero.

Por lo razonado, los juzgadores estiman que dados los hechos acreditados, su verificación dentro del espacio íntimo inviolable de la cultivadora, y siendo la salud pública el bien jurídico protegido por la L.20.000, su actividad no entrañó una puesta en peligro para el mismo, desde que no fue posible identificar en ella un riesgo de difusión incontrolable de las sustancias prohibidas que el legislador pretende evitar, permitiendo las características del caso concluir que la justiciable no puso en peligro la salud pública protegida por la norma sancionatoria.

SEXTO: [...] de las 5 plantas en maceteros que bordeaban con suerte el metro de crecimiento, no resulta posible colegir que pueda extraerse material biológico apto para

algo más que un consumo personal y próximo en el tiempo. Para comenzar, la denuncia que motivó el ingreso y posterior incautación de los maceteros es preciso en cuanto a atribuir solo la existencia de las plantas en el marco de una ventana, sin señalar que se tratara de un domicilio o imputado del que se tenía conocimiento que se dedicare a labores de tráfico. Además de estar las plantas en un estado de crecimiento previo al de su floración en el que las sustancias activas de la droga pudieren surtir el efecto pernicioso que se proscribe, las mismas por se encontraban dispuestas en una dependencia privada del acusado - la ventana de su dormitorio – lo que permite colegir que estaban a su cuidado para su propio consumo. Si a ello se suma el hallazgo de las pipas necesarias para fumar la sustancia, sin otro elemento del que colegir una futura comercialización o distribución (ni siquiera se incautó un cigarrillo preparado) el hecho establecido no permite configurar el delito de plantación por el que se acusó.

Tampoco resulta posible sancionar la conducta del acusado como la falta de consumo, pues si bien se ha establecido por quién resuelve que las referidas plantas eventualmente estarían destinadas a proveer al acusado para su consumo, no resulta posible justificar que el mismo fuere en lugar público como la falta lo exige.

A propósito de la discusión del juicio, resulta evidente que el tipo del art. 8 de la ley del ramo, supone replantear aquí también los intrincados problemas dogmáticos que impone el llamado tráfico de precursores, ampliamente desarrollados por la doctrina al tratar la sanción que ha de corresponder a aquellos que posean las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo y producción de sustancias estupefacientes prohibidas. Es claro que si la norma del art. 8 está orientada a la prevención de las actividades que posibilitan posterior tráfico o aquellas de cooperación necesaria para realización del mismo tipo, lo que justifica el incremento en el ámbito de la intervención penal, ello supone necesariamente que esa intrusión diga directa relación con el principio de la ofensividad.

La menor cantidad de plantas decomisadas y el contexto del hallazgo no permiten concluir más allá de toda duda razonable que a sabiendas tal cultivo estuviere destinado para su tráfico aún en el más amplio de los sentidos del tipo.

TOP de Curicó, 02 de noviembre de 2010, Causa RIT N° 79-2010

SÉPTIMO: CALIFICACION: [...] Que así las cosas, todo el contexto de la prueba aportada, oída y vista en la audiencia, no permite, en manera alguna – al menos no más allá de toda duda razonable – dar por establecidos hechos, que de alguna forma pudieren calzar dentro de alguna de las figuras típicas y antijurídicas de la L. 20.000. En efecto, no se logró acreditar que el acusado hubiese cultivado y tenido cannabis sativa, para distribuirla a terceras personas, comercializándola, vendiéndola o regalándola, no había hierba en contenedores especiales, distribuida en dosis o de cualquier otra manera que hiciera pensar que el acusado iba a efectuar o realizar alguna de estas conductas.

Digamos, por último, que no se puede perder de vista el bien jurídico protegido, la salud pública, el que en el presente caso no resultó lesionado, pues como ya se vio no se acreditó que la sustancia ilícita, en algún momento, haya sido suministrada por el acusado a terceros, de cualquier manera y a cualquier título.

Respecto a la postura que han tomado los tribunales superiores de justicia, es de vital importancia exponer los fallos de la Corte Suprema, que dan cuenta del prisma atingente a nuestra hipótesis que se devela en ambos casos.

Corte Suprema, 04 de junio de 2015, Causa RIT N° 14-2015

PRIMERO. Que aun cuando se ha demostrado que la acusada careciendo de la debida autorización, sembró y cultivó especies vegetales del género cannabis con el objeto de destinar la droga obtenida de ellas “en un ejercicio colectivo o grupal de carácter ritual”, también se acreditó que tales acciones de siembra y cultivo se insertan “en el marco de un proyecto de vida desarrollado al interior de la institución Triagrama del que forma parte”, por lo que la conducta de la acusada no puede ser calificada aisladamente de la de los destinatarios de la droga que se produciría con las plantas si, como ocurrió en la especie, la siembra y cultivo es parte de las actividades que todos los miembros de la agrupación aceptan como vía idónea para hacerse de la droga que utilizarán en sus actos rituales.

SEGUNDO. Que de ese modo, el uso o consumo que se haría de la droga debe calificarse como uno de carácter “personal exclusivo”, dado que esta expresión en el contexto del artículo 8° de la L20.000 no supone necesariamente que el uso o consumo deba ser realizado por una sola persona, sino que el consumo debe ser efectuado única y exclusivamente por aquel o aquellos a quienes se imputan los actos de sembrar, plantar, cultivar o cosechar las plantas que las produce, presupuesto que concurre en el caso sub judice como se ha mencionado.

TERCERO. Que encontrándose justificado en estos autos que la acusada, como integrante de la agrupación Triagrama, sembró y cultivó plantas de la especie cannabis que estaban destinadas al consumo personal exclusivo y próximo de los mismos miembros de la mencionada agrupación, de conformidad al artículo 8° de la L20.000 debe aplicarse a los hechos fijados las disposiciones del artículo 50 del mismo cuerpo legal, y no incluyéndose en la acusación ni estableciéndose como cierto en el fallo ninguno de los supuestos que este último precepto sanciona como falta, esto es, el consumo, tenencia o porte de la cannabis obtenida de las referidas plantas en lugares públicos o abiertos al público, ni su consumo concertado en un lugar cerrado, tampoco es dable su castigo como en virtud de dicha disposición.

Corte Suprema, 11 de noviembre de 2015, Causa RIT N°266-2015

DECIMO TERCERO. Que, en tales condiciones, cobra relevancia la teoría expuesta por la defensa en su libelo, conforme a la cual la conducta de la recurrente sólo es susceptible de configurar un acto preparatorio realizado en forma privada, aserto que se ve reforzado por la circunstancia que la sentencia nada dice sobre las condiciones en que se encontraban las plantas incautadas, salvo que medían entre 20 a 90 centímetros, de lo que se colige que nada se probó al respecto por quien tenía la carga de hacerlo. Ante esto, entonces, resulta relevante tener en cuenta que la prohibición del artículo 8° de la L20.000 encuentra su justificación en su carácter de herramienta de que se dota la ley a la que pertenece para la protección del bien jurídico que ella tutela, la salud pública, de manera que la determinación de su sentido, en cuanto norma que prescribe conductas, ha de ser fijado teniendo en consideración la referida finalidad.

DECIMO SEXTO. En razón de lo anterior, no obstante que la acusada “mantenía” plantas de cannabis sativa sin contar con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero a que alude la L20.000, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del inciso 1° del artículo 8° de la L20.000, 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 de las drogas en un lugar o recinto privado -que por lo demás, no fue objeto de la acusación-, tampoco resulta aplicable al caso sub iudice el referido artículo 50.

Podemos atender a que ambas sentencias absolutorias falladas por el máximo tribunal de nuestro país, señala una distancia respecto al tratamiento que constantemente se le otorgaba al artículo 8 de la L.20.000.

En ese entendido, dado que el daño social que el legislador tenía en vista al gestar 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, los actos de posesión, transporte, guarda o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 4, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la L20.000), 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 L20.000), 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 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.

3.2. Análisis crítico al tratamiento jurídico de las drogas, y el cultivo como medio lícito de obtención.

Gestar un análisis de la regulación al tratamiento del fenómeno de las drogas y particularmente al cultivo como acto punible, permite distinguir que existe una mixtura de modelos de política criminal y estrategias sancionatorias. Todos en la búsqueda de una implementación represiva y coercitiva del consumo de drogas.

El espíritu de la L.20.000 discutida en los salones del congreso nacional establece como pilares tangenciales en la lucha contra este fenómeno social de la drogadicción: la represión, prevención y rehabilitación.

Sin embargo, un análisis estructural de lo plasmado en la ley, permite reconocer la trascendencia que se le dio a la represión frente a las otras características que se deseaban plantear en la ley en los albores de su constitución.

La rehabilitación como núcleo en la mayoría de las legislaciones occidentales, han logrado regularizar el consumo de la droga. Las problemáticas criminales y sociales que traen aparejada sus consecuencias se muestran, en la ley chilena, como en evento secundario utilizado como pena o medida de seguridad para el consumidor. Mas no como un eje político basado en la voluntariedad y responsabilidad con las libertades individuales o en el abandono que pueden presentar las personas con el consumo de las drogas.

Respecto a la prevención, existe una nula aplicación práctica en la L.20.000. La definición de una política de prevención dentro de la ley juega un rol fundamental en las tareas de combate al consumo de sustancias. En ella deben estar consignados la manera en que se abordará el problema, quiénes serán los ejecutores y cómo se abordará a la población y al tratamiento procesal penal. Además debe incluir qué acciones se tomarán ante eventuales casos de consumo, por motivos de edad, salud, de efectos especiales, de prevención o rehabilitación, según sea el caso.

Esta realidad, planteada en innumerables discusiones frente a la modificación que debería presentar la ley, tiene como respuesta de parte de los parlamentarios correspondientes, que el establecimiento de políticas y prácticas preventivas dentro de la ley, merece un tiempo de discusión mayor a lo dispuesto en la tramitación de la ley, la cual, discutible a la respuesta empleada, tomó 4 años en su diligencia.

Como expreso el fallecido ex Diputado Juan Bustos²⁸: “En resumen, nos encontramos ante una iniciativa elaborada de forma apresurada, que es de naturaleza represiva, que no integra los aspectos de prevención y de rehabilitación y lo que es peor, que contradice los más elementales principios del estado de derecho”.

Un informe realizado por el departamento de evaluación de la ley de la cámara de Diputados, establece la distinción de modelos y la aplicación práctica en uno de ellos en Chile:

- a. El Modelo Prohibicionista: La política de drogas prohibicionista puede entenderse como aquella que enfrenta la problemática de las drogas, con énfasis en el control de la oferta, mediante sanciones aplicadas a conductas asociadas a la producción, distribución y porte de sustancias declaradas ilícitas. Exceptuando, aquellas que estén asociadas a uso científico y las destinadas a la atención de tratamientos médicos. La prohibición de alcohol en los Estados Unidos a comienzos del Siglo XX es el antecedente más directo de la actual prohibicionismo mundial de drogas. Este sistema global privativo es un fenómeno contemporáneo. Surge a mediados del siglo pasado, con la unión entre Estados Unidos y la Organización de Naciones Unidas, para generar un inédito consenso trans-ideológico de carácter internacional, orientado a llevar a cabo una “cruzada global contra las drogas”²⁹.

Este modelo consiste en abordar el problema desde una perspectiva de seguridad pública, enfocando los esfuerzos en fortalecer los organismos de persecución penal y policial, con la aspiración de controlar la oferta de drogas. Parte de la premisa de

²⁸ MORALES VITERI, Juan Pablo, “Entre el Control Social y los Derechos Humanos, los retos de la política y legislación de las drogas”. Legal publishing, Santiago, Chile 2009. 23 p.

²⁹ MUÑOZ ROBLES, Marcos, Prohibicionismo de drogas y Estado penal: ¿hacia el fin de un paradigma? [en línea] [fecha de consulta: 4 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.elciudadano.cl/2012/06/05/53460/prohibicionismo-de-drogas-y-estado-penal-%C2%BFhacia-el-fin-de-un-paradigma/>. Consultado el 11 de noviembre de 2013.

que un mundo libre de drogas es posible. Si se logra acabar con la disponibilidad de drogas, las personas, consecuentemente, dejarán de consumirlas. Se vale del derecho penal, de la facultad del Estado de sancionar coactivamente, para intentar erradicar el consumo de sustancias psicoactivas. Ha sido la perspectiva predominante durante el último siglo. La Drug Enforcement Agency (DEA) de Estados Unidos es el órgano que mejor permite representar esta política y que ha servido de inspiración en esta materia a diversas naciones, incluido Chile.

- b. El Modelo de reducción de daños: El prohibicionismo ha sido objeto de críticas en los últimos años. Primero por parte de organizaciones de la sociedad civil, luego por algunos Estados del mundo desarrollado –Portugal, Canadá, entre otros- y más recientemente por autoridades de Colombia, El Salvador, Guatemala, Uruguay y México, en la Cumbre de las Américas realizada en Abril del 2012. El ex presidente mexicano, Vicente Fox se declaró abiertamente a favor de la despenalización. Juan Manuel Santos, presidente de Colombia dice “estoy dispuesto a legalizar incluso las drogas duras si el mundo toma esa dirección”. El presidente de Guatemala Pérez Molina señaló: “esta situación me hace cuestionar cosas bastante obvias: ¿estamos verdaderamente combatiendo a las drogas? Si es así, ¿por qué en todo el mundo aumenta el consumo, la producción y el tráfico se ha esparcido ampliamente?”³⁰. Por otra parte, la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, en su informe “El Problema de las Drogas en las Américas”³¹ de 2013, plantea la posibilidad de abrir el debate sobre las drogas y considerar políticas o aproximaciones no tradicionales. El alto nivel de violencia asociado al narcotráfico, es uno de los factores que impulsa a diversas autoridades a cuestionar el modelo hasta ahora aplicado casi irrestrictamente en la región. Bajo el paradigma de reducción del riesgo o minimización de los daños, se promueve la adopción de políticas orientadas a reducir la importancia de la justicia penal en el control de éstas, enfatizando la necesidad de reducir los daños a la salud, la seguridad y el bienestar de los individuos y la sociedad. Favoreciendo así, la óptica de tratar el

³⁰ CUMBRE de las Américas realizada Colombia, ONU: en Abril del 2012.

³¹ SECRETARIA General de la Organización de Estados Americanos. El Problema de las Drogas en las Américas. Estados Unidos, OAS Cataloging-inPublication Data. 2013.

consumo de drogas como una cuestión de salud pública, de reducir el consumo con campañas de prevención basadas en la evidencia y de alentar la experimentación con modelos de regulación legal de ciertas drogas.

Reconoce también las particulares características que presenta el problema de las drogas en los distintos países, atendiendo si se trata de países en los que predomina la producción, el tránsito o el consumo de sustancias prohibidas, por lo que se recomienda que dicho problema sea abordado de manera diferenciada y flexible por los respectivos países. La propia Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en 2009 señalaba en su publicación “Un Siglo de Fiscalización de Droga”, que la política internacional de drogas ha obtenido importantes logros, pero que también ha originado una serie de consecuencias indeseadas. Luego de un sostenido aumento en la producción, tráfico y consumo de estupefacientes entre las décadas de 1960 y 1990, las cifras se han estabilizado desde 2000. A la misma conclusión arriba el Informe Mundial sobre las Drogas del año 2012. El amplio consenso alcanzado por las naciones ha permitido enfrentar de buena manera el problema del narcotráfico transnacional.

Sin embargo, entre los países en desarrollo, principalmente en Sudamérica y África, la demanda ha ido en aumento, en particular la de cannabis y cocaína. Asimismo, el objetivo planteado por la Convención Única, de limitar el uso de sustancias controladas a fines científicos y terapéuticos, no ha sido logrado. Entre las consecuencias inesperadas que la aplicación del régimen ha generado, señala:

- (I) Creación de un mercado negro de drogas.
- (II) Desvío de recursos desde el sector salud para financiar el aparato persecutor.
- (III) Desplazamiento geográfico o “efecto globo”, al establecer controles más estrictos en un lugar del planeta, la producción de drogas se traslada a otro en que la regulación es más laxa.
- (IV) Reemplazo de sustancias, como consecuencia del control sobre ciertas sustancias se elaboran nuevas sustancias sintéticas que no se encuentran señaladas en las listas de estupefacientes y sicotrópicos controlados.
- (V) Estigmatización y marginalización de los usuarios de drogas.

Concluye el informe que para tener éxito es necesario reafirmar los principios sobre los que se sustenta el sistema internacional de control de drogas (multilateralismo y protección de la salud pública). Además, llevar a cabo simultáneamente labores de persecución, prevención, tratamiento y reducción de daño y mitigar las consecuencias indeseadas. Esta forma de abordar el problema de las drogas, implica abandonar la idea de que la única meta posible de una política de drogas es lograr una abstinencia total. En tal sentido, si bien tiende a disminuir el consumo de drogas en la población, “el énfasis está puesto en disminuir, en la mayor medida posible, los daños asociados al consumo de tales sustancias. Esto no significa decir que la reducción de daños y la abstinencia sean mutuamente excluyentes, pero sí que esta abstinencia no es el único objetivo aceptable o importante”³². Algunos casos de aplicación práctica del modelo de reducción de daños lo constituyen las experiencias de los Países Bajos y sus programas de metadona para estabilizar, desintoxicar y tratar a los usuarios de heroína; la de Berna y Basilea en Suiza, donde se establecieron los primeros “drug rooms”, sitios donde los usuarios de drogas pueden estar juntos y obtener equipos de inyección limpios, preservativos, información y atención médica, entre otras cosas; y lo implementado en Australia del Sur, Alemania y Países Bajos, donde se ha introducido de facto, a través, de una decisión de política criminal, la descriminalización de pequeñas cantidades de cannabis como estrategia de reducción de daños.

El modelo prohibicionista aplicado a la realidad nacional parte del presupuesto básico de establecer al tráfico de drogas como una inmundicia moral que contagia y envenena a la sociedad, repercutiendo en los efectos nocivos que se adhieren a la droga como es el narcotráfico, delincuencia, prostitución, etc.

En base al bien jurídico que se proclama “proteger la salud pública” se grafica a la droga como todo lo que envuelve de manera previa a lo malo, patológico e inmoral que corrompe a la sociedad, y que la aleja del equilibrio social que se busca utópicamente desarrollar en las comunidades modernas.

³² INCHAURRAGA, Silvia. Drogas y Políticas Públicas: El modelo de reducción de daños. Buenos Aires. Argentina: Espacio, 2011. p. 16 n°1.

Como señala el profesor Juan Pablo Hermsilla: “ Mi visión como académico es que al Estado Chileno, a los conglomerados de Estados Unidos, a los tratados internacionales guiados por Estados Unidos y a esta política internacional la salud pública de las personas, no les interesa. Si una persona se encuentra deprimida y en vez de ir al psicólogo se suma en drogas psicotrópicas dañinas, no les importa. De hecho, me las facilitan. El alcohol y el tabaco no solo son legales, sino que se promueve o induce su consumo con la publicidad. Y hay drogas como la marihuana que ni siquiera está comprobado científicamente que sean tóxicas”.³³

Reflejo de tal concepción en la normativa vigente, son una serie de medidas punitivas para ciertos cargos públicos y la dependencia a una droga. Esto, ya que se puede presentar una discusión sobre la problemática que puede presentarse en un funcionario sobresaliente que en su tiempos recreativos fuera de su función laboral tenga alguna dependencia a una droga, que durante su ejercicio no le dificulte, ni le inhabilite desarrollarse eficientemente, como puede presumirse que ocurre “desde las sombras de la ilicitud” actualmente en Chile y el mundo.

También es reflejo de esta concepción, el artículo 4° de la ley que sanciona el porte de pequeñas cantidades de drogas, lo cual no condice en su fundamento a la protección de la salud pública, sino meramente a una respuesta punitiva a la inmoralidad o lacra social que es entendida la droga por nuestra ley imperante.

Esta ley no actúa en forma aislada a la lógica comparada del siglo XX como previamente he expuesto. El prohibicionismo ha cruzado la definición de las políticas públicas en relación con el consumo de drogas, y ha marcado fuertemente también la oferta relacionada con la rehabilitación del abuso de sustancias. La doctrina de la abstinencia en los programas de tratamiento condiciona muchas veces los cupos públicos que se entregan a las personas con consumo problemático, dejando relegadas estrategias de reducción del daño.

³³INFORME L. 20.000 y debate sobre drogas, Chile. DEFENSORÍA Penal Pública, Agosto 2014. 56 p.

Sin embargo, al igual que en el debate antes descrito, esta postura más radical ha ido cediendo paso a una comprensión cada vez mayor, respecto de que reducir el consumo de las sustancias puede ser una opción terapéutica adecuada.

Es aquí donde quienes sostienen posturas más liberales, respecto del consumo, reclaman que el legislador debería mantenerse y centrarse en aquello que es natural a la expresión y que inspira este control: el carácter público. Mientras no se esté en este ámbito, la conducta privada de consumir no debería ser expropiada de las libertades de cada persona adulta con derecho constitucional a auto determinarse.

El prohibicionismo que plantea la legislación nacional mira al individuo como un ser incapaz de tomar una decisión responsable, respecto al daño que puede producirle el consumo. El individuo deja de entenderse como un “adulto” al ser sancionado penalmente, sin discutir la discreción que tuvo la persona al momento de tomar la determinación, que acarrea la sanción punitiva.

Se gesta un núcleo orientado al paternalismo implicando una limitación a una sociedad de personas libres. Fallando en la disposición como correlato esencial de que existe un ámbito de decisión que le corresponde al individuo y que esta autonomía se encuentra permitida.

Sin embargo, lo expuesto anteriormente sobrepasa una visión meramente punitiva. No es loable comprender como la principal herramienta estatal en la lucha contra las drogas, el aumento de penas y la adición permanente de normas prohibicionistas a través de la ley. Las políticas deberían gestar un diseño continuo. Orientado a prestaciones estatales efectivas que apunten al genoma social. Reduciendo de raíz los factores que gatillan el aumento del consumo sostenido en nuestra población y programas de rehabilitación eficientes y razonables, basándose en evidencias internacionales de lo que funciona en la práctica y lo que teóricamente se considera plausible. Sin embargo, a la vista de los resultados, se ilustra de manera negativa su importación a nuestra realidad social.

3.3. Efectos Directos y residuales de la Prohibición.

Ya existe una gran cantidad de países que han aceptado dentro de su legislación interna, la marihuana como una droga “blanda”, diferenciándola de otras con efectos mucho más peligrosos. Han aceptado la libertad de consumo bajo ciertos parámetros y requisitos que deben cumplirse, para no afectar derechos fundamentales primarios.

Incluso, como se menciona previamente, existe una gran cantidad de estudios científicos que avalan las diversas propiedades terapéuticas que subyace el consumo en torno a las diversas vías que tiene para su ejecución.

Sin embargo, otros establecen que su uso debería prohibirse sin ningún tipo de restricción; Esto se fundamenta en las interferencias mentales y todo tipo de alteraciones del comportamiento, ya sea por su consumo esporádico, como también por los daños permanentes a que lleva su consumo crónico³⁴. De ellos se deduce la presencia de cuadros psicóticos y esquizofrénicos, los cuales pueden llegar a ser permanentes. Mientras, su consumo durante la época de embarazo repercute en el desarrollo cerebral del feto de modo similar al perjuicio cerebral crónico, que se genera al consumir otro tipo de drogas como el alcohol.

³⁴ Dentro de los síntomas recurrentes que emanan del consumo de enteógenos, se enmarca al entrar el THC al cerebro, que hace que el usuario se sienta eufórico o “*high*”, ya que actúa sobre el sistema cerebral de gratificación. Este sistema está compuesto por las regiones del cerebro que gobiernan la respuesta de la persona a las cosas placenteras como el sexo o el chocolate, así como a la mayoría de las drogas de abuso. El THC activa el sistema de gratificación de igual manera que lo hacen casi todas las drogas, es decir, estimulando las células cerebrales para que liberen una sustancia química llamada dopamina.

Junto con la euforia, otro efecto reportado frecuentemente en los estudios en seres humanos es el sentirse relajado. Otros efectos, que varían considerablemente entre los distintos usuarios incluyen aumento en la percepción sensorial (por ejemplo, los colores se ven más brillantes), risa, percepción alterada del tiempo y aumento en el apetito. La euforia pasa después de un tiempo y el usuario puede sentir sueño o depresión. A veces, el consumo de marihuana produce ansiedad, temor, desconfianza o pánico.

Según Naciones Unidas, la marihuana se inclina como la sustancia ilícita de mayor consumo en el mundo. En un informe especial³⁵ que dedico al estudios de la sustancia enteogena, junto a otras sustancias, se afirma que más del 4% de la población adulta mundial (162 millones de personas) la consume más de alguna vez durante el año, mientras que el 0,6% (22 millones) la consumen a diario. Se estima que actualmente 20 millones de personas en el mundo son adictas a esta sustancia.

En la última encuesta nacional realizada en los Estados Unidos, se señala que el 48% de los americanos alguna vez la ha probado, y que el 6,5% de los estudiantes de “*high school*”, admite consumirla regularmente. Por ello no asombra que en un esfuerzo para controlar su consumo, dos estados: Washington y Colorado, la hayan legalizado, permitiendo su consumo en cantidades limitadas y sólo en los mayores de 21 años³⁶.

Ya anteriormente, y con las mismas razones, Holanda en 1976 había autorizado la venta a mayores de 18 años, pero restringida solo a locales específicos, llamados “*coffee shop*”, donde se podía vender hasta en cantidades de 5 g. Estos rápidamente se multiplicaron y en la actualidad sobrepasan los 900 locales, lo que” lisa y llanamente” se convirtieron en un expendio legal de marihuana.

El cuestionamiento sobre si la prohibición del cannabis es la mejor opción de política para reducir los problemas sociales asociados a su consumo ha cobrado fuerza en las últimas décadas. Sin embargo, para ofrecer cuestionamientos se requiere evaluar la evidencia sobre en qué grado ha sido exitosa o no, esta política en cumplir con el objetivo que le dio origen.

Williams, Ours y Grossman (2011)³⁷ afirman que el debate sobre la legalización de la marihuana está basado en posturas morales y argumentos emocionales más que en evidencia sobre los posibles costos y beneficios de dichas políticas. Indican que la evidencia sugiere que las preferencias a legalizar estas fuertemente asociadas a:

³⁵ UNITED Nations on Drug and Crime: Cannabis: Why we should care. Estados Unidos: United Nations 14. - World Drug Report 2006 vol 1 ISBN 9-2114-3. 40 p.

³⁶ NATIONAL Institute of Drug Abuse: Research Report Series. Marijuana Abuse. Estados Unidos, Publication US NIH N° 10-3859 Julio 2012. 34 p.

³⁷GROSSMAN, Michael, CEPR Discussion Papers 8228, C.E.P.R. Discussion Papers. Melbourne, Department of Economics , 2011 8 p.

- (i) Una mayor proporción de personas amigas de consumidores que usen cannabis (efecto par).
- (ii) El estatus actual en el consumo.
- (iii) La experiencia personal con el uso del cannabis ya que ofrece información sobre los riesgos asociados.

Pudney (2010)³⁸ señala que la prohibición tiene los siguientes efectos:

- (i) Eleva los costos del proveedor,
- (ii) Interrumpe el funcionamiento del mercado
- (iii) Impide la promoción abierta del producto y
- (iv) Sacrifica la capacidad de las autoridades para fiscalizar y regular el mercado.

Concluye que la evidencia no aporta de forma concluyente alguna idea sobre la mejor política para adoptar.

Voth y Levitsky (2000)³⁹ destacan que para evaluar la efectividad de las políticas prohibicionistas hay que estudiarlas en:

- (i) El ámbito doméstico, para comparar los costos que generan las drogas según su estatus legal y,
- (ii) El ámbito internacional, por la necesidad de desarrollar políticas coordinadas dada la evidencia de correlación entre la intensificación de esfuerzos en el control de las sustancias ilícitas en el extranjero y el precio, disponibilidad y niveles de consumo en EEUU.

Wilkins (2001)⁴⁰ sostiene que la legalización permitiría arbitrar los términos de las transacciones a favor de evitar comportamientos oportunistas entre las partes. Sin embargo, la evidencia encontrada en su estudio indica que los altos costos de transacción incentivan que las partes respeten los términos acordados y que generen relaciones regulares, sugiriendo que son pacíficas y fiables.

³⁸ PUDNEY, Stephen, Drugs Policy: What should We Do about Cannabis? Economic Policy, Vol. 25, Issue 61, Enero 2011, 165-211 p.

³⁹ VOTH, Ernst, LEVITSKY, Arnold., Política contemporánea de drogas, revista de toxicomanías, Chicago, Estados Unidos, , vol(nº3):,2000, 25 p.

⁴⁰ WILKINS, John, Drug Alcohol Rev., vol(nº6): pag.37 2011.

Donohue, Ewing y Peloquin (2011)⁴¹ consideran que la regulación y creación de impuestos no son suficientes para corregir este mercado. Sin embargo, legalizar sin regular puede conllevar a niveles no deseables (altos) de consumo ya que el efecto de la legalización puede variar por grupos etarios. Concluyen que las reformas de leyes para drogas deben ser específicas para cada tipo o categoría de éstas y, deben ser sensibles a las políticas de adaptación de la despenalización (o legalización) para mitigar los costos del aumento de su uso.

Según las experiencias de las políticas que han activado la legalidad del uso recreativo del cannabis y sustancias adheridas a su consumo, se pueden señalar los siguientes subcomponentes:

-Interés en buscar nuevas alternativas, entre ellas la legalización.

Los ex presidentes Vicente Fox (México), César Gaviria (Colombia) y Fernando Henrique Cardoso (Brasil) han aprovechado las iniciativas de legalización de la marihuana en California y otros estados Norteamericanos, así como la ola de violencia desatada en México por la guerra entre cárteles. Ellos se han pronunciado exaltando la necesidad de cambiar la táctica en la lucha contra las drogas, proponiendo la legalización de la marihuana para consumo como una medida inicial. Para ello consideran que es necesario, no solo contar con el respaldo de Washington, sino evitar que sea la fuerza y el miedo la única respuesta que ofrezca el Estado. Por último, destacan la necesidad de acompañar dicha regulación de una intensa campaña de educación en escuelas y hogares.

Parece existir la disposición de debatir la opción de legalizar la marihuana, tal ha sido el caso del Presidente Juan Manuel Santos de Colombia, quién afirmó que “siempre y cuando contribuya a reducir la violencia y el crimen, se podría acompañar dicha opción, ya que no está en contra de ninguna fórmula que sea efectiva” (Febrero, 2011). José Herrera Delgado, presidente de la Gran Comisión del Congreso del Estado en México, considera que no es descabellada la idea de promover la legalización si contribuye a reducir la violencia, por lo que considera que vale la pena al menos debatir la ideas, basándose en el caso de la

⁴¹DONOHUE, Benjamin, Rethinking, NBER Working Papers 16776, National Bureau of Economic Research, Inc.2011.Estados Unidos Editorial, NBER 2011, 102 p.

prohibición del licor en EEUU durante los años 20' que generó la proliferación de mafias sin resolver el problema.

-Aceptan y promueven la legalización.

En Marzo del 2011 en Uruguay se introdujo una propuesta de Ley para permitir el porte de 25 gr. de marihuana y la siembra de 8 matas en las casas (solo para consumo). Se argumenta que es necesario adecuar las penas de acuerdo a las cantidades que se incauten a favor de determinar si se trata de tráfico o no. A esta propuesta, se le sumó la realizada en abril del mismo año por el diputado Pablo Teixeira en Brasil, quien propone autorizar la siembra de marihuana en plantaciones colectivas y rebajar la pena a los microtraficantes.

A la fecha, Uruguay es el único país en la región que ha aprobado la legalización de la marihuana y que ha entregado al Estado el control de su circulación. A pesar de que la medida fue aplaudida por el Premio Nobel Mario Vargas Llosa y el Secretario General de la OEA, la medida generó una fuerte polémica a nivel nacional, pues según la Consultora Cifra es rechazada por el 63% de los uruguayos.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La norma del artículo 8° que nos presenta la indagación conferida en esta memoria, establece una clara sanción de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa, al que sin la debida autorización cultive especies vegetales del genero cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes. Todo esto a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En este caso solo se impondrán las sanciones de los artículos 50 y siguientes, salvo que las características propias del hecho y las circunstancias concomitantes que acompañe la acción no permitan aplicar la sanción residual. Esto en consideración de dos elementos: el lugar de cultivo y la afectación que este le produzca al bien jurídico protegido por la ley.

En la práctica, el tratamiento que desarrollan nuestros Tribunales de Justicia es la aceptación o legitimidad de la acción de cultivo de cannabis sativa para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, sin mediar que este sea para un uso recreativo u terapéutico (Ver fallo Corte suprema Paulina González⁴²). Los límites que establecen las consideraciones planteadas por los jueces, radican en el ejercicio dentro del ámbito privado, amparado por Nuestra Constitución Política de la República, el cual es un territorio inexpugnable para las practicas que puedan ser limitadas y sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico, cuando se esclarece la no afectación a algún bien jurídico protegido jerárquicamente superior a la privacidad de la persona.

Lo anterior, resulta coherente con el genoma de lo dispuesto por la L.20.000, el cual busca que se sancione al cultivador consumidor que no respeta la norma en su comprensión lógica, y realiza cultivos en espacios públicos o de libre acceso. Esto claramente pone en un peligro inmediato a los bienes resguardados por la ley.

Por esto, existen premisas frente al problema de la licitud del cultivo como respuesta al consumo privado, las cuales son:

⁴²CORTE Suprema, scs 4949-2015, 4 de Junio de 2015 RIT: 1788-2013.RUC: 1300243332-4.

- (I) La destinación al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo es una circunstancia que excluye la tipicidad de las conductas constitutivas de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades.
- (II) Sembrar, plantar, cultivar, o cosechar especies vegetales del género cannabis u otras sustancias estupefacientes sin la debida autorización, es un acto preparatorio punible del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, expresamente castigado por el artículo 8° de la L.20.000.
- (III) El cultivo de cannabis para su uso o consumo exclusivo y próximo en el tiempo en el tiempo, es un acto preparatorio de un acto atípico, cuando el consumo se realizara en un lugar privado, y por tanto impune. Incluso, si se reconociera en el cultivo un principio de ejecución de alguna de las faltas correspondientes al “consumo”, sancionadas en el artículo 50 y ss., su impunidad es manifiesta, pues conforme al artículo 9° del Código Penal, las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.

Solo resta comprender el alcance de la remisión del artículo 8° al artículo 50 y ss. Si se concluye que el cultivo para un consumo próximo es impune, la referencia a las normas sancionatorias de las faltas exige la concurrencia de sus presupuestos típicos. En otros términos, para que se confirme la aplicación de las normas sancionatorias comprendidas en el Título IV de la L.20.000, deben concurrir los requisitos típicos de dichas disposiciones. En especial, tratándose del artículo 50, donde el consumo en lugar público o abierto al público; la tenencia o porte en tales lugares para uso o consumo persona exclusivo y próximo en el tiempo sin determinar la finalidad, sea esta recreativa o espiritual, tiene un fin lícito.

Lo anterior es por una razón evidente: la remisión a “las sanciones de los artículos 50 y siguientes no se efectúa a un catálogo de consecuencias jurídicas (llámese penas o medidas), semejante a lo realizado por el artículo 21 del Código Penal. Más bien, es una remisión a normas sancionatorias, que establecen sus propios presupuestos de aplicación, y a las que subyacen reglas de conductas de tipo prohibitivas, cuya infracción es merecedora de las específicas sanciones penales contempladas en ellas.

En consecuencia, la conducta de cultivo es atípica, si el destino de las especies vegetales es el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A menos que, efectivamente, concurra alguna de las conductas sancionadas por el artículo 50 y siguientes que sancione la L.20.000.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA del Congreso Nacional [en línea][fecha de consulta: 22 de febrero de 2015].

Disponible en: <<http://bcn.cl/bbkw>>.

CANADA, government, Le statut pénal et médical du cannabis au Canada, [en línea] [fecha de consulta: 20 de febrero de 2015]. Disponible en

<<http://www.ledevoir.com/nonclasse/41992/le-statut-penal-et-medical-du-cannabis-au-canada>>

CORTE Suprema, scs 4949-2015, 4 de Junio de 2015 RIT: 1788-2013.RUC: 1300243332-4.

CUMBRE de las Américas. Colombia: ONU, Abril del 2012.

DEFENSORÍA nacional. Departamento de Estudios [en línea] [fecha de consulta: 12 de febrero de 2015]. Disponible en:

<<http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=4765>>

Ley 20.000. CHILE. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa. DEFENSORÍA penal pública, Centro de Documentación, Estudios y Capacitación, N° 8, octubre de 2013. 45 p.

INFORME L. 20.000 y debate sobre drogas. Chile: Defensoría Penal Pública, Agosto 2014. 56 p.

DONOHUE, Benjamin. Rethinking, NBER Working Papers 16776, National Bureau of Economic Research, Inc. 2011. Estados Unidos: NBER, 2011. 102 p.

GROSSMAN, Michael. CEPR Discussion Papers 8228, C.E.P.R. Discussion Papers. Melbourne: Department of Economics, 2011. 8 p.

HERMOSILLA, Juan Pablo. Ley 20.00 y debate sobre drogas. La Revista de La Defensoría Penal Pública 93: 27, Julio 2013.

INCHAURRAGA, Silvia. Drogas y Políticas Públicas: El modelo de reducción de daños. Buenos Aires. Argentina: Espacio, 2011. 16 p.

INSTITUTO de Salud Pública, Ministerio de Salud. Guía de pericias químicas en el marco de la ley 20.000. Chile: Minsal, 2011.

ITALIA, Government, Assemblée Nationale. Les législations européennes en matière de drogue [en línea][fecha de consulta:20 de febrero de 2015]. Disponible en: <<http://assembleenationale.it/nonclasse/435636>>

MORALES VITERI, Juan Pablo. Entre el Control Social y los Derechos Humanos, los retos de la política y legislación de las drogas. Santiago, Chile: Legal publishing, 2009. 23p.

MUÑOZ ROBLES, Marcos. Prohibicionismo de drogas y Estado penal: hacia el fin de un paradigma [en línea] [fecha de consulta: 4 de marzo de 2015]. Disponible en: <<http://www.elciudadano.cl/2012/06/05/53460/prohibicionismo-de-drogas-y-estado-penal-%C2%BFhacia-el-fin-de-un-paradigma/>. Consultado el 11 de noviembre de 2013>

NATIONAL Institute of Drug Abuse: Research Report Series. Marijuana Abuse. Estados Unidos: Publication US NIH N° 10-3859, Julio 2012. 34 p.

NEUMANN, Elías. La legalización de las drogas. Buenos Aires, DEPALMA, 1997. 205 p.

LAWS lois justice [en línea][fecha de consulta:20 de febrero]. Disponible en: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-38.8/page-2.html#h-3>>

PARLAMENTO Europeo [en línea][fecha de consulta:20 de febrero de 2015]. Disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2004-0067+0+DOC+XML+V0//ES#title1>>

PONTIFICIA Universidad Católica de Chile, Escuela de Psicología [en línea][fecha de consulta:13 de febrero de 2015]. Disponible en:

<<http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/lecciones/leccion14/m3114leccion.html>>

PRAVIA, Alberto. Estupefacientes, narcotráfico, microtráfico y los nuevos tipos penales; Bogotá, Colombia: Bibliotex, 2014. 112 p.

PUDNEY, Stephen. Drugs Policy: What should We Do about Cannabis? Economic Policy, 25(61): 165-211, Enero 2011.

RAMOS ATANCE, Juan. Uso de los cannabinoides a través de la historia. Madrid: Síntesis, 2014. 23 p.

SECRETARIA General de la Organización de Estados Americanos. El Problema de las Drogas en las Américas. Estados Unidos: OAS Cataloging-inPublication Data, 2013.

SERVICIO nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, SENDA. Glosario de Términos. [en línea][fecha de consulta:12 de febrero de 2015]. Disponible en: <<http://www.senda.gob.cl/prevencion/informacion-sobre-drogas/glosario-de-terminos>>

SERVICIO nacional de prevención y rehabilitación para el consumo de drogas y alcohol, SENDA Escolares y Drogas. [en línea][fecha de consulta:13 de febrero de 2015]. Disponible en: <<http://www.senda.gob.cl/wpcontent/uploads/2014/07/decimo-escolares-2013.pdf>>

UNITED Nations on Drug and Crime. Cannabis: Why we should care. Estados Unidos: World Drug Report, 2006. 40 p.

UNIVERSIDAD de la Mancha, Droga y Sociedad: La personalidad Adictiva de nuestro tiempo. Revista critica de ciencias sociales y jurídicas, (7):76, 2007.

VOTH, Ernst, LEVITSKY, Arnold., Política contemporánea de drogas, revista de toxicomanías, Chicago, Estados Unidos, (3): 25, 2000.

WILKINS, John. Self-Reported alcohol and Drug Use in Pregnant Young Women. Drug Alcohol Rev HHS, (6): 37, 2011.

ANEXO N°1

Reglamentos que complementan y Organismos que regulan la aplicación de la ley 20.000.

Los siguientes cuadros son recogidos del informe sobre la L.20.000 realizados por el departamento de evaluación de la ley de la cámara de Diputados:

A. Reglamentos que complementan las disposiciones de la L.20.000:

Artículo L.20.000	Ministerio	Decreto	Fecha	Título
63	Ministerio del Interior	867	19-Feb-2008	“Aprueba reglamento que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sustituye la ley n° 19.366”.
46	Ministerio del Interior	820	03-Feb-2012	“Aprueba reglamento del fondo especial del servicio nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol para financiar programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción”
14	Ministerio de Justicia	944	27-Jul-2011	“Aprueba el reglamento que establece un Procedimiento para realización control periódico de consumo de

				sustancias estupefacientes o sicotrópicas para el personal de gendarmería de Chile”
40,45 y 46	Ministerio del Trabajo y Previsión Social	12	25-Jun-2010	“Aprueba reglamento de enajenaciones y subastas de inmuebles decomisados o con orden de enajenación temprana efectuados por la Dirección General de Crédito Prendario y establece reglas generales asociadas a las subastas ordenadas judicialmente”
68	Ministerio del Interior	1.215	23-Jun-2007	“Establece normas que regulan las medidas de prevención del consumo de drogas en los órganos de la administración del Estado, así como el procedimiento de control de consumo aplicable a las personas que indica, conforme a lo establecido en la Ley n° 18.575”.
24	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones	142	22-Sep-2005	“Reglamento sobre interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación”

58	Ministerio del Interior	1.358	17-Abr-2007	“Establece normas que regulan las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales dispuestas por la L.20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”
----	-------------------------	-------	-------------	---

Tabla 1: Descripción de la tabla

B. Organismos vinculados a la aplicación de la L.20.000.

La L.20.000 deriva en diversos organismos del Estado sus funciones, los cuales son:

ORGANISMO	FUNCIÓN
Servicio Agrícola y Ganadero	<ol style="list-style-type: none"> 1. Autorizar la siembra, plantación, cultivo y cosecha de especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. 2. Emitir y comunicar la resolución en caso de suspensión y cancelación de la autorización, para aquellas personas formalizadas y condenadas por delitos de la L.20.000.
Ministerio Público.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Autorizar entregas vigiladas o controladas de envíos ilícitos o sospechosos. 2. Solicitar al juez de garantía la autorización para interceptar comunicaciones telefónicas, retener e incautar correspondencia y el uso de otros medios técnicos de investigación. 3. Autorizar a funcionarios policiales e informantes para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores. 4. Efectuar indagaciones y actuaciones en el extranjero dirigidas a recoger antecedentes sobre delitos de la ley. 5. Solicitar al juez de garantía la aplicación de medidas cautelares.

	<ol style="list-style-type: none"> 6. Disponer medidas de protección a testigos, peritos, informantes, agente encubierto o revelador, cooperador eficaz, o parientes, en caso de riesgo o peligro grave. 7. Disponer el secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos durante la investigación.
Dirección de Crédito Prendario	<ol style="list-style-type: none"> 1. Enajenar en pública subasta los bienes incautados y decomisados por los delitos de esta ley. Destruir los bienes decomisados que carecieren de valor.
Servicios de Salud	<ol style="list-style-type: none"> 1. Recibir las sustancias estupefacientes o sicotrópicas incautadas y destruirlas dentro de los quince días siguientes, una vez separada una cantidad técnicamente suficiente para realizar su análisis. 2. Remitir al Ministerio Público un protocolo de análisis químico de la sustancia, que identifique su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, y un informe acerca de los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y su peligrosidad.
Subsecretaría del Interior	<ol style="list-style-type: none"> 1. Llevar un registro especial de productores, importadores y exportadores de precursores o sustancias químicas esenciales susceptibles de ser utilizadas para la fabricación ilícita de drogas estupefacientes o sicotrópicas.
Servicio Nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol	<ol style="list-style-type: none"> 1. Emitir su parecer en la audiencia en la cual se destinan bienes incautados a una institución privada sin fines de lucro relacionada con la prevención, tratamiento y rehabilitación, o con el control del tráfico ilegal de estupefacientes. 2. Recibir el producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados, los que irán a un fondo especial, con el objeto de ser utilizados en programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación.

Tabla 2: Descripción de la tabla