

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL

Facultad de Derecho



**EL AUTOCONSUMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA: UN ANÁLISIS
COMPARADO CON LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Nicolás Tare Baeza Palomino

Profesor guía: Gustavo Balmaceda Hoyos

Santiago, Chile

2017

Índice

| | Pag. |
|---|-------------|
| Resumen..... | 4 |
| 1) Introducción. | 4 |
| 2) Historia legislativa del artículo 4° en la actual Ley n° 20.000..... | 7 |
| 2.A) Bien jurídico protegido..... | 10 |
| 2.B) El problema del porte de drogas para el consumo personal y | |
| Próximo en el tiempo..... | 13 |
| 2.C) El problema de determinación de “pequeña cantidad” para | |
| Efectos del consumo..... | 14 |
| 2.D) El problema del elemento proximidad en el tiempo para efectos | |
| Del consumo personal..... | 18 |
| 3) Tratamiento penal del autoconsumo en la legislación extranjera..... | 21 |
| 3.1) Argentina..... | 21 |
| 3.2) México..... | 24 |
| 3.3) Colombia..... | 25 |
| 4) Conclusión..... | 30 |
| Bibliografía..... | 32 |

EL AUTOCONSUMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA: UN ANÁLISIS COMPARADO CON LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

RESUMEN:

El presente trabajo expone los problemas que se generan a propósito del criterio que se debe seguir para comprender los elementos “porte”, “pequeña cantidad” y “consumo próximo en el tiempo” a efectos del autoconsumo personal de drogas o sustancias sicotrópicas en la actual Ley 20.000. Junto con lo anterior, se ofrece un breve análisis comparado en razón del tema en comento, con la legislación extranjera en cuanto ésta conducta.

1).- INTRODUCCIÓN.

La ley N° 20.000, cuya fecha de promulgación fue el 02 de Febrero del año 2005, y que entra en vigencia el 16 de Febrero del mismo año, vino en sustituir la ley que anteriormente regulaba esta materia, y que era la Ley N° 19.366 vigente desde el año 1995, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. No obstante, se ha generado entre otros problemas, lo que dice relación con el porte para el consumo personal respecto de los particulares; la pequeña cantidad y a su vez, la proximidad en el tiempo para efectos del consumo.

La propia norma en comento establece expresamente determinadas conductas en su artículo 1º, que llevan a incurrir en una sanción de carácter punitivo estatal, y que en la escala de penas en abstracto comienza con presidio mayor en sus grados mínimos a medio como pena principal y accesoriamente multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales¹. Dichas

¹ Artículo 1º inciso 1º de la Ley 20.000.

conductas a saber son las siguientes: Elaborar, fabricar, transformar, preparar, extraer, y mantener en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productora de dependencias física o síquica. ²

Si bien es cierto que la ley establece determinados verbos rectores del tipo, debemos tener presente que no existe un pronunciamiento legislativo expreso en orden a sancionar el consumo propiamente tal. Por lo tanto, partiendo de esta premisa, por regla general, el consumo personal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en el ordenamiento jurídico chileno no es punible, cuando se justifica su uso, consumo, porte o tenencia, para la atención de un tratamiento médico o su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, conforme al Artículo 4º. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, existe una excepción en que el consumo personal, por razones de orden público es sancionado como falta de carácter penal en los casos indicados en el artículo 50³.

Ahora bien, debemos tener presente que la decisión y calificación respecto a qué se entiende por consumo y su sanción como tal, queda entregada a la decisión que emana de los Tribunales de Justicia, en la cual se ha llegado a confundir la conducta “consumo”, por la conducta típica “microtráfico”.

Es por lo antes dicho que, analizaremos la figura del consumo personal a la luz del artículo 4 de la ley en comento, partiendo por revisar la historia legislativa de dicho artículo.

A continuación, será objeto de estudio el bien jurídico protegido en esta ley, el que corresponde a la “salud pública”, es así, que veremos, que se entiende por

² Artículo 1º inciso 1º y 3º de la Ley 20.000.

³ Artículo 50 de la Ley 20.000: “Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1º, en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación, serán sancionados con algunas de las siguientes penas: ...”

ésta, como también, que ocurre con ella, el autoconsumo y los derechos inmersos en dicho consumo personal.

A continuación, se procederá a analizar los elementos contenidos en el artículo 4 de la Ley 20000, los que sirven de base para distinguir entre la figura de microtráfico y autoconsumo. Es así, como, en primer lugar será objeto de estudio el “porte” de sustancias estupefacientes o sicotrópicas para efectos de consumo personal, lo que, inevitablemente, nos lleva a examinar dos elementos fundamentales para determinar si nos encontramos frente al porte para efectos de microtráfico o bien, para autoconsumo, cuales son, en primer lugar las “pequeñas cantidades” y, en segundo lugar, la “proximidad en el tiempo” para efectos del consumo.

Luego de analizar lo que comprende el microtráfico y el autoconsumo en nuestra legislación, se realiza una breve comparación con la legislación extranjera en esta materia, más precisamente, lo que ocurre en Argentina, México y Colombia.

Finalmente se ofrecen las pertinentes conclusiones a las que se ha llegado, esto producto del estudio, repasando de forma breve los puntos desglosados en el presente trabajo.

2).- HISTORIA LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 4º EN LA ACTUAL LEY Nº 20.000.

El Mensaje del Presidente de la República con que se inició la tramitación del proyecto de ley, no contenía ningún tipo penal de “microtráfico”.

La Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados, en su primer informe, ya incluyó una previsión expresa para el caso del microtráfico, argumentando que el proyecto sobre el tipo penal de tráfico (similar al de la Ley 19.366) contiene dos materias distintas y es en ella donde se debe discriminar. Una materia dice relación con el tráfico propiamente tal. ⁴

En este primer informe, la Comisión propuso el siguiente texto para la norma del artículo 4º: “Los que posean, porten o guarden consigo sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, sin que justifiquen fundadamente que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo o próximo en el tiempo, serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo./ El consumo de drogas, tanto en lugares públicos como privados, estará regulado por el artículo 55. No obstante, se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo cuando la cantidad de droga poseída, portada o guardada haga irracional su inmediato consumo o se desprenda de las circunstancias del porte su disposición para la venta”. Este informe fue aprobado en general por la Cámara de Diputados. ⁵

En el debate del segundo informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara, por indicación del Diputado Sr. Orpis, se sustituyó la redacción anterior del art. 4º por la siguiente: “Si quien porte o posea tales sustancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran

⁴ Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 48ª de tres de abril del año 2001, Legislatura Extraordinaria Nº343ª, pág.139.

⁵ Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 60ª de ocho de mayo del año 2001, Legislatura Extraordinaria Nº343ª, pág.37.

inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin su consumo personal y exclusivo inmediato, sufrirá las penas de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio./ Si quien porte o posea tales sustancias o materias primas lo hace en cantidad y circunstancias que sugieran inequívocamente que dicha tenencia o posesión tiene como fin el microtráfico, sufrirá las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo”⁶

Como fundamento de esta indicación se señaló que la redacción aprobada por la Comisión en su primer informe: “[...] no sanciona de manera efectiva el llamado microtráfico, puesto que los microtraficantes, si bien constituyen el último eslabón de la cadena de distribución, son parte de verdaderos carteles de traficantes y cada día utilizan nuevas estrategias para vender la droga. Actualmente no portan la droga, sino que ella está oculta en otros lugares, por lo que alrededor se le paga y la droga es retirada en otro lugar, de manera tal que la norma contenida en el proyecto no será efectiva en la represión de estas conductas”⁷

En la discusión particular de este segundo informe, la Cámara de Diputados rechazó la propuesta de la Comisión y aprobó como texto del art. 4º el siguiente: Artículo 4º.- Los que porten o guarden consigo sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, que no estén destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, serán sancionados con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si la condena fuera a presidio menor en su grado mínimo, el tribunal podrá, con el consentimiento del condenado, sustituirla por participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas. El tribunal deberá indicar el tipo de actividades, el lugar

⁶ Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 4ª de nueve de octubre del año 2001, Legislatura Extraordinaria N°345ª, pág.56.

⁷ Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 4ª de nueve de octubre del año 2001, Legislatura Extraordinaria N°345ª, pág.56.

en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargado de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del condenado. Se presumirá que no concurre la eximente de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la cantidad de droga portada o guardada, no permita suponer que está destinada a su inmediato consumo o que de las circunstancias del porte, se desprenda el propósito de traficar a cualquier título.

Despachado el proyecto por la Cámara de Diputados, se inicia su Segundo Trámite Constitucional en el Senado. Es en esta instancia cuando el tipo penal de microtráfico adquiere definitivamente una fisonomía cuantitativa, al estructurarse el tipo de injusto sobre la base de la escasa cantidad de sustancias ilícitas traficadas.

En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se propuso el siguiente texto del artículo 4º, que fue despachado por la Sala sin modificaciones⁸: “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio o máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo./ En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministro o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias,

⁸ En esta primera discusión en la Comisión, de la siguiente indicación sustitutiva del artículo 4º, presentada por el Senador Sr. Espinoza, que fue posteriormente retirada: Artículo 4º: “Los que, sin contar con la autorización competente, trafiquen con pequeñas cantidades de alguna de las sustancias a que se refiere el artículo 1º, serán castigados con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifiquen que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En este último caso, se aplicarán las normas de los artículos 49 y siguientes./ No concurrirá la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la cantidad o calidad o pureza de las sustancias o drogas o materias primas, permitan estimar fundadamente que no están destinadas únicamente a dicho uso o consumo; o cuando las circunstancias del hecho sean indiciarias de que su importación, transporte, adquisición, sustracción, posesión, guarda o porte, estén destinadas a traficar a cualquier título con ellas o a inducir, promover o facilitar, por cualquier medio su uso o consumo por otros”.

drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro./ Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”⁹

Fue en esta etapa del trámite legislativo cuando la descripción legal del delito de microtráfico adquirió su forma definitiva y que hoy en día se encuentra expresamente establecida como ley, tanto en lo que se refiere a la conducta típica, como al marco penal asignado, y que, como se señaló anteriormente, se encuentra a su vez establecida la conducta de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

2.A).- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

En cuanto al bien jurídico protegido, el legislador se encarga de señalar en su artículo 1º, artículo 43º y artículo 65º, que es la salud pública. Ahora bien, aun cuando la ley sólo se restringe a mencionar que el bien jurídico protegido es la salud pública, ha sido la doctrina nacional la que se ha preocupado de determinar qué se entiende por salud pública en esta materia.

En esta materia, la doctrina chilena entiende por salud pública la “salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas”.¹⁰ Se añade además el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados por la misma.

⁹ Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en el segundo trámite constitucional.

¹⁰ POLITOFF/MATUS/RAMIREZ. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2007, páginas 573 y siguiente.

Conforme a lo dicho precedentemente, desde un punto de vista totalmente restrictivo, el autoconsumo atentaría contra la salud pública pero, ¿qué ocurre con la libertad personal e individual de los consumidores? A nuestro parecer, nos encontraríamos frente a un conflicto de deberes.. Se genera este conflicto, toda vez que según el principio de la autonomía personal el ser humano tiene la capacidad de conducir su vida y resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valiéndose de los medios e instrumentos para ese fin, seleccionarlos y utilizarlos con autonomía, mientras no se vulnere el principio de no dañar a los demás¹¹. No obstante, para el caso en particular, este principio se vería en una situación conflictiva, ya que el mismo, según la ley, afectaría la salud pública. La cuestión, entonces, es determinar si prevalece el principio de autonomía, y por tanto no existe afectación a terceros, o, por el contrario, se trata de un supuesto de uso de autonomía extralimitado, y por tanto sancionado¹².

En el primer caso, una sanción, podría ver transgredida la norma del artículo 1º de la Constitución Política de la República que señala la libertad como uno de sus principios rectores. Además, el inciso 4º del precepto constitucional indicado, garantiza que éste debe imperar en un Estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos. Ahora bien, ¿Qué ocurre con la intimidad de la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal, tratándose del autoconsumo? Desde nuestro punto de vista, podría estimarse vulnerada, ya que la vida privada constituye un espacio o esfera personal libre de intromisiones e injerencias externas. Es decir, el Estado no puede inmiscuirse en el fuero interno de cada individuo.

Por tanto, tratándose de la libertad y la vida privada en materia de autoconsumo, no podría ser objeto de control, sanción o restricción, en tanto permanezcan en ese espacio de libertad e intimidad. A su vez, si considerando tales derechos, como fundamentales de la persona humana, no estaría en riesgo

¹¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Trads.: CUELLO, Joaquín, GONZÁLEZ, José Luis, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 11 y ss.

¹² ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, pp. 50 y ss.

la salud pública, el orden público o el bien común. Además, se ve limitada la potestad punitiva del Estado, debiendo considerarse excluida en aquellos casos en los que las personas voluntariamente realizan comportamientos que representan un riesgo para su propia vida o salud.

Para el caso en particular, creemos que se ve vulnerada la libertad personal de los ciudadanos mediante la norma, toda vez que no existe una afectación a la salud pública¹³. Lo anterior, se sustenta en que: primero, la salud pública como bien jurídico protegido es altamente difuso, lo que afectaría al principio de legalidad en la materia, en su vertiente de determinación legal, toda vez que no queda claro en qué consiste la afectación de la salud pública, y cómo debe llevarse a cabo. Segundo, porque , como su nombre lo indica, se trata de una conducta altamente personal (**auto**-consumo), que no afecta la libertad personal de los demás sujetos, ya que no se ve la relación que podría existir entre auto-consumir y afectar a la salud individual de cada uno de los ciudadanos. Tercero, y relacionado con lo anterior, la afectación a la salud individual de los sujetos se extrae análogamente de las normas de comportamiento, de los arts. 395 y ss. del CPCh. conductas en las cuales es posible verificar la afectación de la salud individual a los demás por comportamientos propios, eventos que no se pueden predicar a la conducta de auto-consumo. En otras palabras, opera el principio de auto-responsabilidad en materia de imputación-objetiva¹⁴.

¹³ Tener en cuenta la inderterminación actual de la teoría del bien jurídico, ver: HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el <<principio de daño>>”, en: HEFENDEHL, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 39-41.

¹⁴ FRISCH, Wolfgang, 2012: *Estudios sobre Imputación objetiva*, Santiago: Legal Publishing, pp. 21 y ss.

2.B).- EL PROBLEMA DEL PORTE DE DROGAS PARA EL CONSUMO PERSONAL Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO.

Otro de los problemas que genera la Ley N° 20.000 es precisamente el hecho que en su artículo 4° dispone: “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productora 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 a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”. Es decir, que en este articulado se encuentra establecido tanto el denominado “microtráfico”, sancionado efectivamente como delito (Artículo 4° inciso 1° primera parte); así como el consumo personal al cual nos referimos y que efectivamente no es punible (Artículo 4° inciso 1° segunda parte).

Ambas figuras, descritas en un mismo articulado, (microtráfico y consumo) comparten un elemento en común que es la *pequeña cantidad de droga* objeto de la conducta. Lo cual evidentemente podría llevar a criminalizar determinadas conductas (consumo) que no son queridas por su autor (microtráfico). Ahora bien, la propia norma nos entrega un parámetro de cuando no concurre la circunstancia de portar droga para el consumo personal y próximo en el tiempo, y que dice relación con la calidad o pureza de la sustancia poseída, transportada, guardada o portada.¹⁵

A mayor abundamiento, señalamos que, tratándose del porte para el consumo personal y próximo en el tiempo, debemos tener presente que no se realiza o transgrede el bien jurídico protegido por el legislador (la salud pública),

¹⁵ Artículo 4º inciso final Ley 20.000: “Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.

sino que más bien, se pone en peligro la salud del consumidor que hace uso de su libertad y autonomía consagrada constitucionalmente; creando un peligro de carácter individual que la propia ley entiende que no es relevante para efectos penales.

Podría incluso señalarse, la existencia de dos figuras dentro de la misma norma. Una de ellas, de carácter típica y la otra de carácter atípica. La primera, sería el porte delito (Artículo 4º inciso 1 primera parte) y segunda, el porte atípico (Artículo 4º inciso 1º segunda parte).

2.C).- EL PROBLEMA DE DETERMINACIÓN DE “PEQUEÑA CANTIDAD” PARA EFECTOS DEL CONSUMO PERSONAL.

Debemos hacer presente que, la “pequeña cantidad” es un elemento normativo del tipo penal que se quiere sancionar. Pero, no existe un mayor pronunciamiento doctrinario respecto a qué debe entenderse por “pequeña cantidad”, para efectos del consumo en nuestro país. La opinión que prevalece es la que sostiene Politoff, Matus y Ramírez, al sostener que la misma ley brinda un margen sobre ello, debiendo entenderse por pequeña cantidad: “Aquella necesaria para el uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”¹⁶. Y conforme a lo que señalan estos mismos autores, debería sancionarse como falta por consumo, y no por microtráfico, ésta sería la ratio de la ley: “Castigar por esta forma privilegiada de *microtráfico*al que realiza conductas de *tráfico* con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante.”¹⁷

Navarro se pronuncia al respecto indicando por “pequeña cantidad” que, ella no tiene en sí misma un contenido propio, sino que éste y su propia verificabilidad dependen del elemento con el que se quiera establecer una

¹⁶ POLITOFF/MATUS/RAMIREZ. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2007, página 585.

¹⁷ POLITOFF/MATUS/RAMIREZ. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2007, página 585.

comparación o que se establezca un estándar de la cantidad que debe considerarse como “pequeña”¹⁸.

El autor Cisternas, señala que “la referencia a un consumo personal y exclusivo dice más relación con lo que se entiende por dosis mínimas de consumo, de tal manera que, en principio “pequeña cantidad” equivaldría a cantidades o dosis mínimas”, mientras que la “referencia a la proximidad del tiempo altera tal interpretación”.¹⁹

Por otro lado, la interpretación que vincula el concepto de “pequeña cantidad” con la cantidad necesaria para “uso personal” ha sido criticada por Ruiz, quien ha señalado que aún se deja sin resolver una cuestión fundamental consistente en definir qué cantidad de una determinada sustancia estupefaciente o sicotrópica se puede admitir como “destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”.²⁰

No obstante todo lo dicho anteriormente, el legislador no entrega un estándar de carácter “cuantitativo”, respecto a lo que debería entenderse por “pequeña cantidad” para efectos de consumo personal.

En lo que dice relación con esta materia y desde un punto de vista jurisprudencial, la propia Corte Suprema de Justicia señala en un fallo lo siguiente: “El tema no es pacífico toda vez que obliga a encontrar respuesta a la difícil pregunta de qué debe entenderse por “pequeña cantidad” de droga adoptado como elemento especializante del tráfico ilícito de estupefacientes por la Ley

¹⁸ NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI. Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I.

¹⁹ Esto debido a que no se ha expresado por el legislador que por proximidad del tiempo deba entenderse un tiempo inmediato, como si lo ha hecho a propósito de la regulación de la flagrancia en las letras d) y e) del Artículo 130 del Código Procesal Penal y en la Ley 20.253, de fecha 14 de Marzo de 2008, de manera que una interpretación sistemática de todas estas normas llevaría a suponer que un consumo próximo en el tiempo tolera, a lo menos, un espacio temporal de doce horas (un drogadicto podría comprar dosis de drogas para varios días, por lo que aun no siendo la cantidad mínima, de todas formas podría considerarse como “pequeña cantidad”. Véase CISTERNAS VELIS, Luciano, *El microtráfico*, página 39.

²⁰ RUIZ DELGADO, Fernando. *El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la Ley 20.000*, Política Criminal, Vol.4 N°8, Diciembre de 2009, Art.4, pp.408-429.

20.000".²¹ Sin perjuicio de ello, existe un pronunciamiento importante, emanado de dicho tribunal superior y que consigna lo siguiente: "Lo son, como en el caso a que se refiere esta causa, 31.6 gramos de cocaína con 28% de pureza y 170,2 gramos de marihuana, sin principios activos ¿Lo serían esas mismas cantidades si la marihuana hubiese tenido principios activos, o si la pureza de la cocaína hubiese sido de 28,9 % o, quizás, de 40%? Como es posible advertir, la ley nada dice que permita salir de dudas y, probablemente, tampoco podría decírnoslo, pues las respuestas dependen de una multiplicidad de factores tan grande que es imposible reducirlos a una generalización.²² Y en otro aspecto del problema, podría ser agregado ahora: ¿dónde queda la frontera entre el simple consumo y microtráfico? La respuesta quedó también pendiente en el seno de la discusión parlamentaria de la ley y la dejó de cargo de los jueces quienes, se dijo, deberán tomarlo en cuenta toda vez que aparte de la cantidad de droga que se porta, el Senado agregó el elemento pureza o calidad de la misma, lo cual no es indiferente, porque no es lo mismo portar pequeñas cantidades de heroína de alta pureza, de la cual pueden extraerse varias dosis, que de una droga de menor calidad, que puede presumirse destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.²³

Otra línea jurisprudencial ha sido representada por una interpretación no exclusivamente cuantitativa de pequeña cantidad, sino que ha considerado circunstancias ajenas como las del propio condenado, evitando pronunciarse sobre si la cantidad de droga por la que se había acusado era o no una pequeña cantidad.²⁴

En un caso en concreto, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena, declaró que, 11, 6 gramos de marihuana no es una cantidad exigua o

²¹ Corte Suprema de Justicia, 26 de Julio de 2005, CONSIDERANDO QUINTO, Rol ingreso de Corte N° 1990-2005.

²² Corte Suprema de Justicia, 19 de Julio de 2005, CONSIDERANDO CUARTO, Rol ingreso de Corte N° 2005-2005.

²³ Cámara de Diputados, Acta Sesión 1ª. Cinco de Octubre del año dos mil cuatro.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Rancagua, de fecha dos de marzo del año dos mil cinco, RUC 0400237773-5, CONSIDERANDO 6º: "... este Tribunal ha sido cuidadoso en no entregar una cifra de cantidad de droga para entender que se está ante un "microtráfico", y qué carácter (es) debe reunir una persona para ser calificado como un traficante menor, del porqué no lo hace, cabe señalar que si el legislador no se arriesgó a hacerlo, este ente jurisdiccional tampoco lo hará..."

menor puesto que "... con la droga hallada al acusado, se pueden llegar a fabricar hasta 45 cigarrillos, comúnmente denominados `pitos`, lo que no es una cifra menor como lo sostiene la defensa. Por el contrario, con tal número de dosis, se estima que son susceptibles de ser comercializadas" ²⁵ Es por ello que mantenemos nuestra postura reiterando que decisiones como ésta, y que emanan de nuestros tribunales de justicia, pueden llegar a confundir la conducta "consumo", por la conducta típica "microtráfico", criminalizando a su vez, determinadas conductas (consumo) que no son queridas por su autor (microtráfico). No obstante, existen otros criterios de carácter más amplios como lo dicho por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, en la que dos acusados, J.U.H.F y J.L.C.C. fueron sorprendidos portando, respectivamente, la cantidad de 2,10 y 1,14 gramos netos de *cannabis sativa*, en donde el tribunal declaró que: "[...] no se probó con la prueba aportada por el Ministerio Público al juicio, más allá de toda duda razonable, que efectivamente los encartados J.U.H.F y J.L.C.C. hayan traficado *cannabissativa* el día de los hechos, dado que no se demostró por el ente acusador que ellos le hayan transferido, en el caso de autos a título oneroso, el envoltorio o papelillo de papel revista contenedor de 0,38 gramos de cannabis sativa a [un tercero], siendo insuficiente para estos efectos la declaración que en tal sentido hacen los policías, toda vez que no se acreditó enjuicio la existencia del comprador"²⁶

En virtud de lo señalado precedentemente, podemos afirmar que hoy en día el criterio de pequeña cantidad de droga para efectos del consumo, ha de quedar entregada a la decisión que tomen soberanamente los jueces de los tribunales de justicia, tomando en consideración una serie de circunstancias, ya que la ley no ha establecido una comparación o estándar que permita inferir qué ha de entenderse por "pequeña cantidad", por cuanto no existe un criterio delimitador. Por otra parte, podemos indicar que el fundamento de castigar esta conducta dice relación con la necesidad político criminal de tender a la eficacia de la propia norma. Sin perjuicio

²⁵ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena de fecha veintiséis de marzo del año dos mil cuatro, RUC 0310001214-5, CONSIDERANDO 9º.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio de fecha cuatro de junio del año dos mil cuatro, RUC 0400005992-2, CONSIDERANDO 6º.

de ello, a nuestro juicio, en los casos en que exista duda sobre si la una cantidad puede ser considerada o no “pequeña”, debemos tener presente que ello debe resolverse siempre a favor del justiciable, conforme al artículo 4º inciso 1º segunda parte, entendida como consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Además, debe tenerse en consideración que según el mandato de taxatividad normativa, toda conducta penada por la ley debe estar suficientemente descrita por el legislador, alejándose al efecto lo más posible del uso de elementos altamente normativos y difusos sin algún correlato o concretación mediante otras normas. En este escenario, el elemento pequeñas cantidades parece más bien una puerta para abusos, que un criterio para proteger la salud pública de la población.

2.D).- EL PROBLEMA DEL ELEMENTO PROXIMIDAD EN EL TIEMPO PARA EFECTOS DEL CONSUMO DE DROGAS O SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS.

En lo que dice relación con el elemento proximidad en el tiempo, debemos indicar que el legislador no ha establecido una limitación temporal para determinar dicho elemento. Además, la proximidad en el tiempo, desde el punto de vista jurisprudencial, se ha interpretado en sentido cronológico, como lo señala un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, declarando que seis semanas excede el límite de la proximidad temporal,²⁷ descartándose una interpretación funcional de dicho límite, como logra desprenderse de lo fallado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Punta Arenas que resolvió que nueve a diez meses es un término que excede el límite de proximidad en el tiempo que exige la ley, aunque el acusado haya alegado que los tres kilos coma doscientos veintinueve gramos de *cannabis sativa* que portaba, estaban destinados a su consumo personal durante el lapso de tiempo que iba a permanecer embarcado, además de indicar que dicha cantidad resulta incompatible con un destino de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, ya que tanto el número de

²⁷ Sentencia Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Temuco, uno de junio del año dos mil cuatro, RUC 0300096714-7, CONSIDERANDO 6º.

dosis posibles de consumir, que excede el número de tres mil, como también el periodo durante el cual pretenden ingerirse, superior o igual a nueve meses, no se compadecen con el concepto de proximidad en el tiempo.²⁸

Además, puede señalarse que en los casos en que se ha alegado el autoconsumo como defensa, los tribunales han exigido que la actividad probatoria de su concurrencia debe enfocarse en dos aspectos fundamentales: (i) El primero, de tipo objetivo, que se relaciona con las sustancias, donde son relevantes criterios como su cantidad, pureza y forma de presentación; y (ii) El segundo, es de carácter subjetivo que se relaciona con las características personales del acusado, a través de su condición de consumidor y su situación económica.

Hoy en día, conforme a lo que señala la doctrina, el legislador ha incorporado un elemento negativo del tipo²⁹, que consiste en la destinación que da el sujeto activo de las sustancias, a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, originalmente previsto en el tipo penal del artículo 5º de la Ley 19.366, reservándola hoy en día en el artículo 4º de la Ley 20.000.

Respecto del alcance de los efectos desplazadores de la tipicidad por el autoconsumo (elemento negativo), Politoff, Matus y Ramírez estiman que, aunque formalmente está situado dentro del tráfico ilícito, éste alcanza a las del delito de cultivo de especies vegetales del género *cannabis* previsto en el artículo 8 de la ley en comento.³⁰No obstante, como bien señala Navarro, los efectos desplazantes de la tipicidad producidos por el autoconsumo sólo comprenden a las conductas que *prima facie* son encuadrables en el tipo del artículo 4º, pero nunca a las que lo son en el artículo 3º, ya que el elemento negativo se encuentra en el artículo 4º inciso 1º, además que las cantidades sobre las cuales recaen las conductas del artículo 3º (que hacen aplicable las penas del artículo 1º), hacen

²⁸ Sentencia Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Punta Arenas, veintitrés de junio del año dos mil cuatro, RUC 0300202224-8, CONSIDERANDO 9º.

²⁹POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Pág.562 y ss.

³⁰POLITOFF MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Pág.562 y 563.

poco probable que esas sustancias estén destinadas al consumo porque rebasarían el límite de la proximidad temporal de dicho elemento negativo.

Conforme al artículo 4º de la Ley 20.000 se sanciona una serie de conductas que deja a salvo el consumo personal, no cometiendo delito alguno, aquellos que se encuentren bajo las circunstancias que indica la misma norma en su segunda parte, a saber, cuando: (i) están destinadas a la atención de un tratamiento médico o (ii) están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Entendiéndose que quienes posean, transporten, guarden o porten consigo, para efectos del consumo que: (i) sea exclusivamente personal; y (ii) próximo en el tiempo. Y para efectos de probar la concurrencia de las circunstancias antes mencionadas, se tomará especialmente en cuenta: (i) la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada en términos que permita racionalmente suponer que está destinado al uso propio o autoconsumo próximo en el tiempo; y (ii) las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte que no sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

Es decir, que el legislador ha limitado el elemento negativo del tipo. Ya que, por un lado se exige que el uso sea personal exclusivo de una persona que verifica la conducta *prima facie* típica de tráfico, y por otro lado, que dicho autoconsumo sea próximo en el tiempo, lo cual fue tratado precedentemente.

Por último, el informe sobre ley 20.000 elaborado por el centro de documentación de la Defensoría Penal Pública, señala que del total de casos en que se ha condenado a un sujeto, en el marco de la legislación de drogas, el 52,6 % pertenece al ámbito del microtráfico, el 21,8% al tráfico de estupefacientes y el 24,8% al consumo personal. Pero, sin embargo, del total de casos relacionados particularmente con el consumo personal el 54,8% fueron considerados culpables y sólo en un 1,6% se absolvió al imputado³¹. También los datos aportados en el

³¹ CENTRO DOCUMENTACIÓN, Defensoría Penal Pública: *Estudios y Capacitación, ley 20.000: Tráfico, micrográfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa*. Santiago: Edición Defensoría Nacional, 2013, p. 75.

año 2006 por el CONACE, demuestran que de un total de 45.083 causas por alcohol y drogas, 16.345 son delitos asociados al consumo personal. Además, los datos de Fundación paz, nos revelan que del 70% de las más de 85 mil detenciones de 2012 y 2013, el 72.8% son por consumo, porte y cultivo.³²

3.- TRATAMIENTO PENAL DEL AUTOCONSUMO EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

En esta sección se presentará un análisis respecto a lo señala la legislación extranjera en esta materia.

3.1.- Argentina

En lo que respecta a delitos que dicen relación con el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas son castigados en este país por lo dispuesto en la Ley 23.737 de fecha 11 de octubre del año 1989, la que fue reformada parcialmente por la Ley número 24.424 de fecha 9 de enero del año 1995, y la Ley 26.052 de fecha 31 de agosto del año 2005.

Existen en el caso de esta legislación, dos cuestiones relevantes en la regulación del tráfico ilícito de estupefacientes y que dicen relación, por una parte, con el hecho de que la ley no ha establecido distinción entre las cantidades de droga traficada, sino que sólo lo relaciona con casos muy particulares vinculados a la presunción de estar destinada la droga al “consumo personal” (y que efectivamente es sancionada), y otra de las cuestiones relevantes en esta materia es la penalidad que se mantiene vigente respecto de la “posesión” de drogas, aun

³² Vergara, Eduardo: <<Victimización, detenciones y políticas de drogas en Chile>>, en *Revista de la Defensoría Penal Pública*, N° 93, 2014, p. 42.

³³ Conace (2006): *Estudio Nacional sobre Costos Humanos, Sociales, y Económicos de las drogas en Chile*. p. 52. En <http://www.cicad.oas.org/oid/new/research/Costs/CONACE%20Costos%20Alcohol%20y%20Drogas%20Final%202.3.pdf> (consulta 11 diciembre de 2017).

en el evento que resulte efectivamente acreditado que estaban destinadas al consumo individual.³⁴

En materia de consumo, se da una excepcional situación en los casos de siembra, cultivo, guarda de semillas y de entrega, suministro y facilitación ocasional a título gratuito, en donde la pequeña cantidad de droga que dice relación con la conducta sancionada, sumada a la concurrencia de determinadas circunstancias que hagan presumir “inequívocamente” su destinado al uso personal, se traduce en una atenuación de la pena significativa.

Ahora bien, tratándose del “porte” de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, el artículo 14 de la Ley 23.737 establece un castigo diferenciado, una vez que se ha considerado si la droga estaba o no destinada al consumo personal de la misma. Es decir, que si la “pequeña cantidad” de droga que era portada y las demás circunstancias que rodean el hecho hace presumir inequívocamente que el porte estaba destinado al consumo personal de los estupefacientes, la pena será de un mes a dos años de prisión, mientras que en los demás casos se establece la imposición de una pena bastante más gravosa que va de uno a seis años, incluyendo el pago de una multa de trescientos a seis mil australes. No obstante, aun habiéndose llegado judicialmente a la conclusión de esa pequeña cantidad de

³⁴ El artículo 5° de la Ley 23.737 establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo:

a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o de en pago, o almacene o transporte; d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a ciento veinte mil australes. Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco a quince años.

En el caso del inc. a) cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los Arts. 17, 18 y 21.

En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surge inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de SEIS (6) meses a TRES (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21”.

droga que era portada estaba destinada únicamente al consumo personal del sujeto, de todas formas la ley impone una sanción penal, la que incluso puede llegar a los dos años de presidio.

Conforme a lo manifestado, en ésta legislación existe un tratamiento poco benigno respecto a lo que dice relación al consumo de sustancias sicotrópicas o estupefacientes, por cuanto se sanciona expresamente la conducta. Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, la discusión sobre la pertinencia y constitucionalidad del castigo del “porte para el consumo” ha estado presente en dicha legislación por lo menos desde la década del 60 del siglo pasado, ya que la Ley 17.567 de fecha 12 de Enero del año 1968, que modificó sustancialmente el Código Penal Argentino, fue el primer y único estatuto legislativo en la historia de dicho país en establecer la impunidad de la tenencia de drogas para el consumo personal. Pero existió un retroceso evidente, ya que dicha normativa fue completamente derogada, por la ley 20.509, bajo un nuevo gobierno, el año 1973.

En la actualidad, han existido dos pronunciamientos de relevancia en esta materia, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,³⁵ que procedió a declarar con fecha 25 de Agosto del año 2009, la inconstitucionalidad del precepto número 14 inciso segundo de la Ley 23.737, por el hecho de ser incompatible con el denominado principio de reserva que contiene su Constitución Nacional en su artículo 19, la que protege las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Y más recientemente, se declaró la inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del artículo 5 de la Ley 23.737, la que emanó de la II Sala de la Cámara Federal de la Plata y que se refería al cultivo de plantas de marihuana para efectos de consumo personal, fundada en razones similares al fallo citado anteriormente.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Expediente CSJ 000890/2008 (44-A), Carátula: Arriola Sebastián y otros s/causa Nº 9080. Fuente: <http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=16322> (consulta 20 noviembre de 2017)

3.2.- México

Aquellas conductas que dicen relación con la producción, tenencia, consumo y tráfico se encuentra regulado en el Título VIII Capítulo I del Código Penal Federal, en sus artículos 193 al 199 inclusive.³⁶

Antes del 20 de Agosto del año 2009, la sanción por alguna de las conductas señaladas en los artículos anteriores dependía de la conducta desplegada por su autor y el tipo de droga que era objeto del delito. Posterior a ello, entra en vigencia la denominada ley de Narcomenudeo³⁷, en la cual se agrega como criterio para graduar la pena, la cantidad de droga incautada. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en Chile, la legislación mexicana considera la “cantidad” de droga, sea ésta para el tráfico, microtráfico y consumo personal inmediato de manera expresa en la Ley General de Salud, en sus artículos 473 al 482 inclusive.³⁸

Es decir, la legislación mexicana fija un criterio eminentemente cuantitativo para condenar las conductas que dicen relación con el tráfico ilícito de estupefacientes. Sin perjuicio de lo anterior y en lo que respecta a la orientación que otorga la ley para efectos de entender cuál es la dosis máxima para consumo personal e inmediato, existe una escala que establece tanto el narcótico, como su dosis propiamente tal.

Lo anterior, lo encontramos en la Ley General de Salud, expresamente en su Artículo 479, que señala expresamente: “Para efectos de este capítulo se entiende que el narcotráfico está destinado para su estricto e inmediato consumo

³⁶ Código Penal Federal de México; Título VII Delitos contra la Salud; Capítulo I De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos. Fuente: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_260617.pdf (consulta 20 noviembre de 2017)

³⁷ La ley de Narcomenudeo consistió en una serie de reformas, adiciones y derogaciones de diversas disposiciones de la Ley General de Salud (LGS), del Código Penal General (CPG) y del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), que involucran el comercio, la posesión y/o el suministro de ciertas cantidades de las drogas ilícitas de mayor consumo en dicho país.

³⁸ Ley General de Salud, Título XVIII Capítulo VII, Delitos contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo. Fuente: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_220617.pdf (consulta 20 de noviembre de 2017)

personal, cuando la cantidad del mismo, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones no exceda de las previstas en el listado siguiente.”³⁹

| Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato | | |
|---|--|--|
| Narcótico | Dosis máxima de consumo personal e inmediato | |
| Opio | 2 gr. | |
| Diacetilmorfina o Heroína | 50 mg. | |
| Cannabis Sativa, Indica o Marihuana | 5 gr. | |
| Cocaína | 500 mg. | |
| Lisergida (LSD) | 0.015 mg. | |
| MDA, Metilendioxfanfetamina | Polvo, granulado o cristal | Tabletas o cápsulas |
| | 40 mg. | Una unidad con peso no mayor a 200 mg. |
| MDMA, dl-34-metilendioxi-n-dimetilfeniletamina | 40 mg. | Una unidad con peso no mayor a 200 mg. |
| Metanfetamina | 40 mg. | Una unidad con peso no mayor a 200 mg. |

Artículo adicionado DOF 20-08-2009

Es decir, que de acuerdo a este artículo cuando la cantidad de droga que se posea se encuentre dentro de los márgenes establecidos expresamente por la propia ley, se considera como destinada a su estricto e inmediato consumo personal; por lo tanto, la conducta queda impune, conforme al propio artículo 478 de la Ley General de Salud que establece: “El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal...” A contrario sensu, una vez que se posea una mayor cantidad superior a los máximos establecidos en dicha tabla, de acuerdo al artículo 477 del mismo cuerpo normativo, será sancionado con prisión de diez meses a tres años y hasta ochenta días de multa. Por lo tanto, podemos señalar que en esta materia la legislación mexicana mantiene un avance bastante significativo comparado con la legislación de nuestro país.

3.3.- Colombia

La legislación Colombiana en su Código Penal (Ley 599 del año 2002), sanciona las conductas de tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, que

³⁹ Artículo 479, Ley General de Salud, Título XVIII Capítulo VII, Delitos contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo. Fuente: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_220617.pdf (consulta 20 noviembre de 2017)

se vinculan al ciclo de producción y comercialización de las mismas, en conjunto con su Estatuto Nacional de Estupefacientes a través de la Ley 30 del año 1986. Ahora bien, en lo que dice relación con el tráfico ilícito de drogas, dicha legislación regular de manera similar a la establecida en la legislación mexicana las sanciones, en razón de la cantidad de droga que es objeto de la conducta delictual, en tres escalones diversos.

En dicha legislación su artículo 376 del Código Penal establece un castigo de 128 a 360 meses de prisión para el individuo que *introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre* a cualquier título droga que produzca dependencia, en una cantidad superior a los 10.000 gramos en el caso de la marihuana y a los 3.000 gramos en el caso de la cocaína.⁴⁰

La conducta anterior, se ve atenuada si las mismas conductas tienen como objeto una cantidad de droga menor a los límites anteriormente señalados, pero superior a los 1.000 gramos en el caso de la marihuana, y a los 100 gramos en el caso de la cocaína, estableciéndose una pena de 6 a 8 años de prisión. Por último, este mismo artículo establece una pena de cuatro a seis años para el caso que la cantidad de droga incautada sea menor a las cifras antes indicadas.

Ahora, en lo que dice relación con el porte para el consumo personal, también en Colombia se ha desarrollado en las últimas décadas un fuerte debate

⁴⁰Artículo 376 Código Penal Colombiano. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de seis (6) a ocho (8) años de prisión y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

en torno a la criminalización, en el cual se han visto enfrentados en varias ocasiones el Poder Judicial con el Parlamento y el Ejecutivo.

Hasta el año 1994 el porte de drogas estupefacientes para su consumo era castigado a través de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) la cual establece en su artículo 51 una pena de 30 días de arresto y una multa de medio salario mínimo mensual para quien fuera sorprendido por primera vez, y una sanción de hasta un año de prisión para el caso en que el individuo fuera sorprendido nuevamente.⁴¹

Las cantidades que son consideradas como destinadas al consumo personal se encuentran establecidas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes de la Ley 30 del año 1986 y pueden ser graficadas de la siguiente forma:

| Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato | |
|--|--------------------------------|
| DROGA | DOSIS PARA USO PERSONAL |
| MARIHUANA | VIENTE GRAMOS (20 GR.) |
| MARIHUANA HACHIS | CINCO GRAMOS (5 GR.) |
| COCAÍNA | UN GRAMO (1 GR.) |
| METACUALONA | DOS GRAMOS (2 GR.) |

⁴¹ Artículo 51 Estatuto Nacional de Estupefacientes de Colombia (Ley 30 del año 1986).- El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones: (Nota sigue en la próxima página).

Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación.

En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de éste, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente.

En materia judicial, el año 1994 la Corte Constitucional de Colombia, a través de la sentencia C-221/94, declaró inexecutable el artículo 51 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, por lo que el porte para el consumo quedó despenalizado en la práctica. En este caso la Corte, para declarar la inexecutable de esta normativa, siguió dos líneas argumentativas. La primera consistió en señalar que la penalización de estas conductas representaba una infracción al derecho a la autonomía individual y al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que el Estado no está facultado para penalizar actividades que no entrañan un daño o peligro para terceros, sino solamente para quien lo ejecuta. Por otro lado, la Corte señaló que el tratamiento diferenciado, todavía existente hasta ese momento, dado por esta legislación a consumidores de tabaco y alcohol en contraposición al tratamiento dispensado para consumidores para otras drogas era una discriminación de carácter arbitraria.

42

La despenalización del porte de drogas para su consumo (dentro de los márgenes establecidos por el Estatuto Nacional de Estupefacientes) se mantuvo hasta el año 2009, fecha en que mediante el Acto Legislativo N°2 se modificó el artículo 49 de la Constitución Política, restableciéndose la prohibición del porte y el consumo de estupefacientes.⁴³

Ahora, sin embargo haber prohibido expresamente esta reforma el porte de drogas, aun estando destinadas estas al consumo individual, no existía

⁴² Guzmán, Diana Esther; Uprimny Yepes, Rodrigo, Reforma a la leyes de drogas en Latinoamérica, Leyes de drogas y cárceles en América Latina, Política de drogas y situación carcelaria en Colombia, Transnational Institute (TNI)/Washington Office in Latin America (WOLA), Mayo, 2010, versión electrónica en <http://www.druglawreform.info/es/publicaciones/sistemas-sobrecargados>. (consulta 20 noviembre de 2017)

⁴³ El nuevo inciso 6° del artículo 49 de la Constitución Política de Colombia quedó de la siguiente manera: Artículo 49: (...) El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Asimismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

todavía seguridad sobre la penalización de esta conducta, por la inexistencia de un cuerpo normativo que estableciera penas asociadas a ella. Esto debido a que, como ya se señaló, el artículo 51 de la Ley 30 de 1989 había sido declarado inexecutable, mientras que el artículo 376 del Código Penal, que de todas formas contiene una referencia al “porte” de drogas, antes de señalar las penas asociadas a las conductas ahí descritas, expresaba que lo regulado regía *salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*.

Para resolver laguna legal descrita, la reforma legislativa conocida como Ley 1453 (de Seguridad Ciudadana) del 24 de junio 2011, eliminó a través de su artículo 11 la referencia a la dosis de uso personal antes señalada, por lo que con la nueva redacción del artículo 376 del Código Penal, quien “llevara consigo” drogas estupefacientes, aun en una cantidad que de acuerdo a lo establecido por el Estatuto de Estupefacientes pudiera ser considerada como para su uso personal, debería ser castigado con las penas contempladas en aquella disposición. Ahora bien, esta situación volvió a modificarse recientemente con la sentencia C-491/12 de la Corte Constitucional de Colombia, la cual declaró el 28 de junio de 2012 la inexecutable del artículo 11 antes señalado, volviendo el artículo 376 a su redacción original, por la cual se castiga, entre otras conductas, el porte de drogas, *salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal* (por lo que se puede considerar que se ha vuelto a la situación anterior en que no existe un cuerpo normativo que establezca sanciones para el porte para el consumo personal).

4).- CONCLUSIONES

1° La actual Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, viene a castigar una serie de conductas que dicen relación con la afectación del bien jurídico salud pública. Y como primera premisa, podemos afirmar que por regla general el consumo personal de drogas no es punible, ello sin perjuicio de sancionarla como falta en los casos del artículo 50 de la ley en comento, por razones de orden público. No obstante, podría verse vulnerado el principio constitucional de la libertad y vida privada, en razón a que la potestad punitiva del Estado no puede inmiscuirse en aquellos comportamientos que representan un riesgo para la propia vida o salud.

2° Por otra parte, existe una regulación normativa en el artículo 4 respecto de la conducta “microtráfico” y “consumo”, en la cual no pudiendo ser acreditado las circunstancias del consumo propiamente tal, puede llegar a desencadenar una condena del sujeto activo que es sólo un consumidor y no microtraficante de sustancias estupefacientes.

3° Hoy en día la crítica fundamental radica en los problemas jurídicos que genera el hecho que el legislador no entrega un estándar “cuantitativo” o un criterio delimitador de lo que debe entenderse por “pequeña cantidad” para efectos del consumo, lo cual queda entregado a la decisión de emanen de los tribunales de justicia, en la que incluso se han considerado circunstancias ajenas, como las del propio condenado, en razón a que no existe un criterio uniforme respecto de aquello; al contrario de lo que ocurre en legislación extranjera como la Mexicana, en la que la propia ley señala expresamente la “cantidad” de droga, para efectos de entender que se trata de un consumo personal y no de un tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

4° Finalmente podemos apreciar en nuestra legislación nacional, la incertidumbre que existe en poder definir cuáles son los requisitos o criterios que debe tenerse en consideración para efectos de determinar una causal de exclusión de

responsabilidad penal por autoconsumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, ya que a su vez no existe consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia respecto de cuáles deben ser las circunstancias y factores que lleven al juez a absolver al acusado respecto del destino de las sustancias que se encuentran en su poder, y que pueden llevar a que éste condene determinadas conductas que son constitutiva de consumo y no de tráfico ilícito de estupefacientes.

Bibliografía.

Artículo 49 de la Constitución Política de Colombia. En línea

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Artículo 51 Estatuto Nacional de Estupefacientes de Colombia (Ley 30 del año 1986). En línea

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2774>

Artículo 479, Ley General de Salud, Título XVIII Capítulo VII, Delitos contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo. En línea

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_220617.pdf

Artículo 376 Código Penal Colombiano. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En línea

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 4ª de nueve de octubre del año 2001, Legislatura Extraordinaria N°345ª. En línea

<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=4866&prmTIPO=TEXTOSesion>

Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 48ª de tres de abril del año 2001, Legislatura Extraordinaria N°343ª. En línea

<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=7537&prmTIPO=TEXTOSesion>

Boletín de la Cámara de Diputados, Sesión 60ª de ocho de mayo del año 2001, Legislatura Extraordinaria N°343ª. En línea

<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=4828&prmTIPO=TEXTOSesion>

Cámara de Diputados, Acta Sesión 1ª. Cinco de Octubre del año 2004. En línea

<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=380&prmTIPO=TEXTOSesion>

CENTRO DOCUMENTACIÓN, Defensoría Penal Pública: Estudios y Capacitación, ley 20.000: Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa. Santiago: Edición Defensoría Nacional, 2013.

CISTERNAS VELIS, Luciano, *El microtráfico*

Código Penal Federal de México; Título VII Delitos contra la Salud; Capítulo I De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos.

En línea http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_260617.pdf

Conace (2006): Estudio Nacional sobre Costos Humanos, Sociales, y Económicos de las drogas en Chile. En línea

<http://www.cicad.oas.org/oid/new/research/Costs/CONACE%20Costos%20Alcohol%20y%20Drogas%20VFinal%202.3.pdf>

Corte Suprema de Justicia, 19 de Julio de 2005, CONSIDERNANDO CUARTO, Rol ingreso de Corte N°2005- 2005.

Corte Suprema de Justicia, 26 de Julio de 2005, CONSIDERANDO QUINTO, Rol ingreso de Corte N° 1990- 2005.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Expediente CSJ 000890/2008 (44-A), Carátula: Arriola Sebastián y otros s/causa N° 9080. En línea

<http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=16322>

FRISCH, Wolfgang, 2012: Estudios sobre Imputación objetiva, Santiago: Legal Publishing.

GUZMÁN, Diana Esther; UPRIMNY YEPES, Rodrigo, Reforma a la leyes de drogas en Latinoamérica, Leyes de drogas y cárceles en América Latina, Política de drogas y situación carcelaria en Colombia, Transnational Institute (TNI)/Washington Office in Latin America (WOLA), Mayo, 2010, En línea

<http://www.druglawreform.info/es/publicaciones/sistemas-sobrecargados>.

HIRSCH, Andrew, "El concepto de bien jurídico y el <<principio de daño>>", en: HEFENDEHL, Roland (Ed.), La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid: Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación, Trads.: CUELLO, Joaquín, GONZÁLEZ, José Luis, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

Ley 20000. En línea <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235507>

Ley 23737 sobre "tenencia y tráfico de estupefacientes" de la República de Argentina. En línea <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm>

Ley General de Salud, Título XVIII Capitulo VII, Delitos contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo. En línea

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_220617.pdf

NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI. Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I. En línea www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/576/544

POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

POLITOFF/MATUS/RAMIREZ. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2007.

Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en el segundo trámite constitucional. En línea http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=2439-20 (Fecha 02/12/2003)

ROXIN, Claus: Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Editorial Civitas.

RUIZ DELGADO, Fernando. El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la Ley 20.000, Política Criminal, Vol.4 N°8, Diciembre de 2009.

Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena de fecha veintiséis de marzo del año dos mil cuatro, RIT: 9- 2004; RUC 0310001214-5, CONSIDERANDO 9°. En línea <http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasJsFWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>

Sentencia Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Punta Arenas, veintitrés de junio del año dos mil cuatro, RIT: 25- 2004; RUC 0300202224-8, CONSIDERANDO 9°. En línea <http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasJsFWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>

Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Rancagua, de fecha dos de marzo del año dos mil cinco, RIT: 123- 2004; RUC 0400237773-5, CONSIDERANDO 6°. En línea <http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasJsFWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>

Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio de fecha cuatro de junio del año dos mil cuatro, RUC 0400005992-2, CONSIDERANDO 6°. En línea

<http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasJsfWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>

Sentencia Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Temuco, uno de junio del año dos mil cuatro, RIT: RUC 0300096714-7, CONSIDERANDO 6°. En línea

<http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausasJsfWeb/page/panelConsultaCausas.jsf>

VERGARA, Eduardo: <<Victimización, detenciones y políticas de drogas en Chile>>, en Revista de la Defensoría Penal Pública, N° 93, 2014.