

EL CONSUMO PERSONAL, EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO; SU NATURALEZA JURÍDICA A LA LUZ DE LA LEY DE DROGAS.

Por *Andres Salazar Cádiz* *
Abogado Asesor

I.- Introducción.

Durante mucho tiempo se ha considerado que los artículos cuarto y octavo de la ley N° 20.000, además de contener la conducta incriminada (en cumplimiento estricto del principio de legalidad), tienen incorporado en su texto causales de justificación. 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, también compartiría con el artículo cuarto la segunda de las causales de justificación señaladas anteriormente.

De estas afirmaciones, la doctrina y jurisprudencia han asentado un gran número de consecuencias asociadas, que trascienden los delitos de que se trata.

Lo que intentaremos resolver es si estas circunstancias incluidas en los tipos penales en comento son efectivamente causales de justificación o si poseen una naturaleza jurídica diversa.

II.- Análisis de la postura del Profesor Matus Acuña.

El profesor Jean Pierre Matus (junto con el profesor Politoff), es probablemente el autor que más publicaciones ha realizado en relación al tema del tráfico de drogas, aportando sus opiniones al análisis de las normas que rigen la especialidad.

Sus posturas han ayudado a la interpretación de diversos pasajes de nuestro estatuto especial, teniendo gran influencia en la jurisprudencia nacional. Es precisamente en relación al influjo que ejercen las posturas de aquel profesor, que en esta oportunidad quisiéramos abordar su posición ante el tipo penal del tráfico de pequeñas cantidades de droga y las consecuencias que de aquel estudio se concluyen. Para ello nos guiaremos, básicamente, por lo manifestado en el Libro Lecciones de Derecho Penal Chileno¹.

Matus, analizando la historia de la ley, en especial, el Mensaje de la misma refiere que esta nueva figura legal, tiene por finalidad *“ofrecer una penalidad inferior a los dealers*

* Abogado Asesor, Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.
asalazar@minpublico.cl

¹ Cuya autoría comparte con los profesores Sergio Politoff y María Cecilia Ramírez. Publicado por la Editorial Universitaria, se toma como punto de referencia la segunda edición del Tomo II de dicha obra.

callejeros o... personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas... siendo una de las principales deficiencias (de la legislación anterior) la rigidez de las penas que establece para los traficantes”² lo que provocaba un problema penitenciario al impedir que los jueces apliquen penas alternativas al cumplimiento efectivo de la condena.

Respecto de la estructura normativa del artículo cuarto, Matus indica que éste contiene dos elementos negativos del tipo penal, a saber, la destinación al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo y, la utilización de las sustancias prohibidas a un tratamiento médico. Para el citado autor, de concurrir cualquiera de estas circunstancias, se produce un efecto excluyente de la antijuridicidad de la conducta. En este sentido, señala respecto del tráfico de pequeñas cantidades de droga y otros ilícitos de esta ley especial, que *“los delitos derivados de la figura amplia de tráfico no se cometen cuando la sustancia, materia prima, precursor, semilla, cultivo o especie vegetal que se adquiere o elabora, cultiva, etc., está destinada al consumo personal de quién la utiliza”*.

Sin embargo, el profesor Matus, no sólo ve los efectos de esta conclusión restringidos al microtráfico de drogas o al delito de cultivo, sino que percibe en estas normas el fundamento para señalar que el porte de drogas destinado al consumo en un lugar público es impune cuando dicha conducta se ejecuta sin ostensibilidad.

Al respecto, el destacado autor señala que *“no constituye esta falta (artículo 50) el simple porte sin ostentación para el consumo personal en lugares privados, ya que por una parte, falta en esta situación la ratio legis de los supuestos antes analizados y por otra, se trata del único supuesto en que tendrían sentido las prescripciones generales de la ley N° 20.000 y particularmente las disposiciones relativas al microtráfico y el cultivo, donde claramente, el porte o posesión para el consumo personal, próximo y exclusivo en el tiempo está exento de responsabilidad penal. Luego, si se admite que el que posee, transporta, guarda o porta consigo sustancias prohibidas no comete el delito de microtráfico del artículo 4, cuando ello está destinado al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, debe admitirse que la persona pueda efectivamente alegar, al menos en un supuesto, esta exención de responsabilidad, pues de otro modo la ley sería inoperante...”³.*

Precisamente, estos son los postulados que cierta parte de la jurisprudencia nacional ha utilizado para fundamentar que el porte de drogas, realizado en lugares públicos o de libre acceso al público sería atípico cuando la conducta se realiza en clandestinidad, sin ostentación.

Durante las próximas líneas, expresaremos nuestros puntos de vista acerca de la posición del profesor Matus, haciendo ver nuestra postura frente a la estructura normativa del artículo 4° con especial énfasis en el sentido, alcance y naturaleza jurídica que puede adoptar el “consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo” de acuerdo a nuestra legislación.

III.- Doctrina: Las causas de justificación en general y la teoría de los elementos negativos del tipo penal.

² Sergio Politoff, María Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Tomo II, página 584.

³ Lecciones de Derecho Penal Chileno, Tomo II. Páginas 634 y 635. Editorial Jurídica de Chile, junio de 2005.

Si bien es cierto, el profesor Matus aprecia que en el delito consagrado en el artículo cuarto de la ley de drogas coexisten dos elementos negativos del tipo, parte de la jurisprudencia califica a estas circunstancias como causales de justificación.

No obstante, el concepto de “elementos negativos del tipo penal” posee una gran cantidad de dificultades que la doctrina nacional y comparada ha denunciado y que desarrollaremos brevemente, a fin de contextualizar las conclusiones que se esbozarán más adelante.

Quienes se manifiestan partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo penal, no creen en la clásica división de tipicidad y antijuridicidad, sino que ven ambos conceptos como un “gran todo” y que una vez analizados en forma conjunta demuestran si la conducta realizada por el agente es conforme al ordenamiento jurídico o si es definitivamente ilícita⁴. Santiago Mir Puig resume esta teoría señalando que para sus defensores “*el tipo consta de dos partes: parte positiva y parte negativa (o tipo positivo y tipo negativo). La parte positiva equivale al tipo en sentido tradicional, esto es el conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurran las llamadas causales de justificación*”⁵. Por su parte, el profesor Enrique Cury señala que de conformidad a esta teoría, “la afirmación de la tipicidad supone la de la antijuridicidad, porque las causales de justificación se entienden incorporadas al tipo, del cual serían elementos negativos implícitos”⁶.

Por su parte, la doctrina tradicional, mantiene la división tripartita de la teoría del delito, estimando a la antijuridicidad como un elemento independiente de la tipicidad. Es en este estadio donde se estudian las causales de justificación.

Respecto a ellas, el jurista argentino Mario Alberto Binder nos indica que las causas de justificación son “*situaciones excepcionales basadas en la idea de necesidad, que impiden que una acción se convierta en ilícita, cuando de no existir esas circunstancias excepcionales, si lo habrían sido*”⁷. Por su parte, Jackobs señala que “las causas de justificación son motivos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido”⁸.

En Chile, predomina la visión tradicional de la teoría del delito que distingue entre tipicidad y antijuridicidad. En este orden de ideas, Cury manifiesta abiertos reparos a la teoría de los elementos negativos del tipo señalando que ésta “*no ha llegado a predominar en la doctrina*”, agregando que “*se le critica que no distinga valorativamente entre las conductas que no se ajustan a la descripción contenida en el tipo y las que, satisfaciéndola, se encuentran justificadas (es decir permitidas excepcionalmente por el derecho)*”⁹. Asimismo, Sergio Politoff, (curiosamente en el Tomo I de la obra Lecciones de Derecho Penal Chileno) califica de insostenible la identificación del tipo con la antijuridicidad, agregando que “*ello equivaldría a considerar que conductas enteramente indiferentes para*

⁴ Tal y como señala Sergio Politoff, la impugnación de la teoría de los elementos negativos del tipo no significa negar que hay tipos legales que contienen conceptos expresados negativamente.

⁵ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General, 6ª Edición. Página 159. Editorial Reppertor.

⁶ Cury Urzua, Enrique. “Derecho Penal”, Parte General. Página 285. Ediciones Universidad Católica de Chile.

⁷ Binder, Alberto M. “Justicia Penal y Estado de Derecho”, 2ª Edición. Página 162. Editorial Ad-Hoc.

⁸ Jackobs, Günther. Derecho Penal, Parte General. Página 419. 2ª Edición. Editorial Marcial Pons.

⁹ Cury Urzua, Enrique. Op. Cit. Página 285.

el derecho penal (comprar un periódico, tomarse un café, matar una mosca) serían idénticas en su sentido a causar daño a otro en estado de necesidad o a matar a otro en legítima defensa”¹⁰. Creemos ver en Jackobs una posición similar cuando señala respecto a las causales de justificación que “a diferencia de lo que ocurre con el comportamiento atípico, en el comportamiento justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en la consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación”¹¹.

En este sentido, compartimos la opinión de Winfred Hassemer¹² quien señala respecto a la teoría de los elementos negativos del tipo que ella “*contradice la necesidad de mantener la sensibilidad de los penalistas, recordándoles que también la lesión justificada es, al fin y al cabo, una lesión...*”¹³.

Para finalizar este punto, debemos señalar que el efecto de cualquiera de estas opciones dogmáticas es similar; para los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, si concurre uno de ellos, la conducta es atípica; por su parte, en el caso de acreditarse la existencia de una causal de justificación, la consecuencia es la exclusión de la antijuridicidad.

Como vemos, esta discusión está más bien orientada a lo sistemático – pedagógico que a las implicancias prácticas que genera en la operación jurídica diaria, *sin embargo su revisión es útil para evitar confusiones al constatar que tanto la doctrina como la jurisprudencia le otorgan al consumo personal y próximo en el tiempo indistintamente, ambos caracteres, y sin embargo podemos concluir, que cualquiera sea la opción que se adopte, en la práctica, tanto las causales de justificación como los elementos negativos del tipo penal que creen ver tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional en los artículos 4° y 8° de la ley 20.000 tendrían efectos similares.*

Por último, una prevención; de ser cierto que el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo constituye una causal de justificación o es parte negativa del tipo penal debemos entender que la concurrencia de esta circunstancia debe eliminar toda posibilidad de castigo para esa conducta en el sistema penal; por el contrario, si subsistiese de algún otro modo como ilícita (típica) la misma acción, la disposición en comento no tendría el alcance que se pretende. Sobre este punto volveremos más adelante.

IV.- Jurisprudencia Nacional:

¹⁰ Sergio Politoff, María Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Tomo I, página 196.

¹¹ Jackobs, Günther. Op cit. Pág. 419.

¹² Citada por Politoff.

¹³ Además de esta crítica, podemos agregar un reparo no menor manifestado por el profesor Cury quien indica que “*también se ha objetado este criterio porque si las causales de justificación constituyeran elementos negativos del tipo, la realización dolosa del autor, exigiría que éste obre a consciencia de que en la situación concreta están ausentes. Así sólo cometería hurto doloso quién no sólo supiera que se está apoderando de una cosa ajena, sino que en su caso no concurren los presupuestos del estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio legítimo de un derecho etc.*” culmina sentenciando que en la práctica este requisito es irreal, y que sólo cometerían delito doloso los juristas mejor preparados. Op cit. Pág. 286.

Nuestra jurisprudencia, al estimar comprobada la existencia de un porte o transporte de pequeñas cantidades de droga o un cultivo de especies vegetales prohibidas que está destinado al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, ha emitido en ciertas oportunidades, confusos pronunciamientos al resolver acerca de la existencia de responsabilidad penal del imputado de que se trate. No obstante, como expondremos más adelante, estimamos que este comportamiento jurisprudencial es perfectamente explicable desde el punto de vista normativo.

En este sentido, citaremos a continuación algunos ejemplos.

La Corte de Apelaciones de Temuco en fallo de 3 de enero de 2006 a propósito del recurso 1143/2005 señaló en su considerando tercero “...*que el legislador ha previsto en el mismo artículo 4° de la Ley 20.000, como causal de atipicidad o de justificación de la conducta tipificada en la norma penal, el hecho de que esta sustancia o drogas estupefacientes o sicotrópicas estén destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*”.

Por su parte, el TOP de Iquique en sentencia de fecha de 30 de marzo de 2007, en causa RUC: 0400439532-3, RIT: 34-2007, absolvió a una persona acusada del delito de microtráfico, por estimar que la cantidad de droga incautada estaba destinada al consumo personal y próximo en el tiempo. Lo interesante del fallo es que el tribunal descarta aplicar la multa que consagra el delito falta del artículo 50 de la ley de drogas, sólo por el hecho que la conducta ilícita (porte de estupefacientes) fue descubierta al interior de la celda del acusado (quién se encontraba cumpliendo condena) considerando la acción atípica porque ésta ocurrió en un recinto privado, más no por un efecto propio e inmediato de acreditar la destinación al consumo¹⁴.

A su vez, el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en sentencia del 22 de Enero de 2007, en causa RUC 0600293273-1, RIT 266 – 2006, estimó acreditadas las alegaciones de la defensa, indicando que la cantidad portada por el acusado al momento de ser sorprendido en la vía pública por funcionarios policiales, estaba destinada al consumo personal, y sin embargo, recalifica jurídicamente los hechos descritos en la acusación,

¹⁴ El considerando Séptimo de la citada sentencia señala lo siguiente: “...*Sin embargo, tales hechos, no resultan suficientes para acreditar que hubo tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes, ello porque pudo establecerse que el sujeto que la guardaba es consumidor crónico de sustancias psicotrópicas, como lo expuso detalladamente la perito psicóloga Lucila Pizarro Letelier, profesional experta en la especialidad que realizó los exámenes científicos de rigor... que producen absoluto convencimiento al respecto, ello unido a lo expuesto en estrados por la perito Asistente Social Pamela Naranjo Arraigada, quien corroboró que se trataba de un individuo dependiente de las drogas desde temprana edad. Todo lo anterior, corroborado por la escasa cantidad de droga incautada, lleva al Tribunal a concluir, más allá de toda duda razonable, que aquélla, estaba destinada a su consumo personal y próximo en el tiempo.*

Tampoco puede estimarse que estamos en la hipótesis del artículo 50 de la Ley N°20.000 que castiga el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en lugares públicos o abiertos al público, ello porque los hechos ocurrieron en la Sección de Aislados del Recinto Penal, específicamente en una celda, lugar de acceso restringido al público, donde sólo pueden ingresar los internos de la sección y los funcionarios de Gendarmería, donde no se permite el ingreso de personas ajenas al recinto penitenciario, no pudiendo por tanto, estimarse que se trata de un lugar público o abierto a él. Por otra parte ha de tenerse presente que los hechos ocurrieron en un dormitorio o celda, donde sólo pernoctan los internos, excluyendo incluso al personal de Gendarmería, por lo que debe concluirse inequívocamente que no se trata de un lugar público, como emana de los casos que a modo de ejemplo señala el artículo 50 de la Ley N°20.000”.

condenando al imputado por la falta del artículo 50, es decir, a pesar que se acredita la circunstancia del porte para el consumo, igualmente se impone una sanción atribuyéndole responsabilidad penal por estos hechos, cuestión que no guarda ninguna relación con los efectos propios de una causal de atipicidad o de justificación¹⁵.

Con similar criterio, el Juzgado de Garantía de San Bernardo condenó a un imputado en Juicio Abreviado en causa RUC 0600190275-8, como autor del delito falta del artículo 50 de la Ley N° 20.000, estimando acreditado el hecho que la cantidad de droga con que fue encontrada aquella persona estaba destinada a su uso personal, a pesar que la fiscalía en su acusación le atribuía responsabilidad en el delito del artículo 4°. Nuevamente, apreciamos que el efecto de la circunstancia en análisis una vez acreditada, no es la absolución, sino la condena por un delito (falta) distinto.

Asimismo, el 18 de marzo de 2003 el Juzgado de Garantía de Temuco, en causa RUC 0200028294-7, RIT 1127-2002, condenó a un acusado por el delito de cultivo de especies productoras de sustancias estupefacientes a la pena de multa de 4 Unidades Tributarias Mensuales, más las costas del procedimiento, en calidad de autor de la falta contemplada en el artículo 41 en relación con el artículo 2° de la ley 19.366, al estimar que dicha plantación (que se encontraba al interior de su domicilio) estaba destinada a satisfacer el propio consumo.

Tal y como ocurre en estos casos, y más allá de las consideraciones doctrinarias analizadas anteriormente, existe una cantidad importante de situaciones similares, en que a pesar que se admite por nuestros tribunales que la destinación de la droga incautada era para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, no se le otorga a esta fórmula un efecto excluyente de la responsabilidad penal. Esta circunstancia, a nuestro juicio, evidencia (al menos, en este estadio, a modo de intuición) que la conducta de porte, transporte de drogas o cultivo de especies productoras de éstas, permanece en la antijuridicidad y merece una sanción penal.

V.- Historia de la Ley y tipos penales que incluyen en su descripción la fórmula analizada.

La fórmula “*consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo*”, no es una novedad de la Ley N° 20.000, sino que ella fue incorporada por la ley 19.366 el año 1995.

¹⁵ “Considerando Decimoprimeró: ...Precisamente, la modificación legal que significó la aparición de esta figura penal, que mantiene el mismo bien jurídico protegido, tuvo por objetivo aplicar una pena menor, más justa y proporcionada a aquellos individuos que constituyen el último eslabón de la cadena de comercialización, que no son distribuidores a una mayor escala, y por ende afectan en menor medida el bien jurídico que se trata de proteger que, en todo caso, no es la situación en que se encuentra el acusado Hernán Patricio Piña Cabal, respecto de quien se ha adquirido la convicción de que la pequeña cantidad de droga que portaba era para su consumo, dada su condición de adicto...”

“Considerando Duodécimo: Que la participación del acusado en la falta prevista en el inciso tercero del artículo 50 de la Ley 20.000, se estableció a partir de la sindicación precisa que de su persona efectuaron en estrados los funcionarios Pablo Raimundo Ormeño Vera, y Héctor Ramiro Jiménez Rebolledo, quienes señalaron que fue a esta persona a la que sorprendieron con un paquete mientras caminaba haciéndose el ciego en la esquina de calles Alcalde Pedro Alarcón y Santa Catalina y que contenía clorhidrato de cocaína”.

De esta forma, podemos encontrar en los artículos 2°, 5° y 41 de la antigua ley la utilización de la frase en análisis.

Así por ejemplo, en el delito de cultivo de especies vegetales prohibidas (art. 2°) el legislador decidió imponer la sanción que en aquella norma se describía, a los que sin contar con la autorización competente, siembren, planten, cultiven o cosechen plantas del genero cannabis u otras productoras de drogas estupefacientes o psicotrópicas “a menos que justifiquen que *están destinadas al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, en cuyo caso, serán sancionados según el artículo 41 y siguientes.*”

Por su parte, en el artículo 5° de la antigua ley 19.366 se contemplaba el delito de tráfico de drogas (hoy dividido en el delito base contemplado en el artículo 3° y el ilícito privilegiado, tipificado en el artículo 4°, denominado microtráfico), el legislador volvió a contemplar la misma fórmula al señalar, luego de describir las hipótesis o presunciones de tráfico (art. 5° inciso 2°), que el autor recibirá la sanción contemplada, a menos que justifique que “están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo...” agregando que “*en este último caso, se aplicarán las normas de los artículos 41 y siguientes.*”

A su vez, el artículo 41 de la antigua ley castigaba el consumo¹⁶ y porte de drogas en lugares públicos o de libre acceso al público con una pena de falta.

Podemos apreciar, que en estas normas, el efecto de la desacreditación del destino al tráfico de drogas o la demostración que el cultivo de especies vegetales o, porte o transporte de estas sustancias es tan insignificante que sólo serviría para abastecer el autoconsumo (próximo en el tiempo), *es castigar la misma conducta como una falta penal*, y en ningún caso se determina la impunidad del agente basada en la atipicidad de la conducta.

Pero, más allá de la letra de la ley, la discusión parlamentaria que culminó con la dictación de la Ley N° 19.366 demuestra el mismo espíritu y sentido de la frase en análisis.

La creación de esta formula la podemos encontrar en las indicaciones realizadas por la Comisión Especial de Drogas en su primer informe de 15 de septiembre de 1992 que consta en el Boletín N° 653-07, cuyo objetivo fue armonizar los artículos 5° y 41, estableciendo que quién demostrara su condición de consumidor debía ser sancionado con la pena de falta establecida para ese evento. La propuesta surgió con el siguiente tenor:

“*Se aprobaron tres indicaciones:*

- a) *De los señores Yunge y Reyes, para sustituir en el inciso segundo la frase "uso personal próximo y exclusivo." por "uso personal exclusivo y próximo en el tiempo,"*
- b) *De los señores Horvath, Pérez, don Ramón; Rodríguez, don Claudio; Leblanc, Correa, Valcarce, Reyes, Tohá y Jara, don Sergio, para agregar a su inciso segundo la siguiente frase final "en este último caso se sancionará según lo establecido en el artículo 42 y siguientes."*

¹⁶ Y el consumo privado concertado.

Las indicaciones anteriores tienen como objeto por una parte precisar y acotar el vocablo "próximo" y por la otra hacer aplicables a esta conducta las mismas penas establecidas para el consumo en lugares públicos o abiertos al público".

En este sentido, el informe de la Cámara de Diputados que da cuenta de la 57° sesión de fecha martes 30 de marzo de 1993, acerca del artículo 41 señala que:

*"...el proyecto de ley propone que siempre exista una sanción a los consumidores, sin perjuicio de que un médico califique si es necesario un tratamiento, siendo el juez quién determinará su aplicación. En la actualidad si una persona justifica que la droga era para su "exclusivo uso personal" no tiene ningún tipo de sanción, salvo que eventualmente deba someterse a un tratamiento médico..."*¹⁷.

Posteriormente, con la misma finalidad, la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento del Senado, en su 7ª Sesión del día 12 de Abril de 1994, decidió sancionar, al igual que el consumo de drogas en lugares públicos y abiertos al público, al porte de estupefacientes en los mismos lugares:

"...la Comisión, juzgó conveniente introducir diversos cambios en este artículo y reordenar sus disposiciones..."

...Además, se agregó un inciso que sanciona específicamente la tenencia y posesión de drogas en lugares públicos para el exclusivo y próximo uso personal, concordando de esta forma el artículo 42 (posterior artículo 41 en la redacción definitiva) con el artículo 5° de la misma ley, que excluye de sanción penal estas conductas una vez acreditado su destino personal y se remite a este artículo..."

Vemos una vez más que la intención del legislador, lejos de excluir de responsabilidad penal de quién justifica la tenencia de drogas para su propio uso, pretende incluir con una sanción penal a toda persona que consuma o traslade sustancias psicoactivas.

En este mismo sentido, resulta clarificadora la intervención del entonces Senador Miguel Otero en referencia al artículo 41, quién se opuso a incluir las palabras "exclusivo" y "próximo" en el tiempo:

"la verdad es que quién porta sustancias para vendérselas a terceros comete delito, y ello está sancionado en otro lado. Pero, aquí se sanciona al que tenga o porte "en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas" para su consumo personal... Por consiguiente, como el proyecto pretende sancionar el porte de droga para el consumo personal, no podemos establecer estas dos condicionantes que hacen desaparecer la aplicación práctica del artículo 42".

¹⁷ Cámara de Diputados, 57ª Sesión, en martes 30 de Marzo de 1993, página 5176, VI Orden del Día, en: "Ley 19.366. Historia de la Ley", Subdepartamento de Legislación y Biblioteca del Consejo de Defensa del Estado.

Si bien es cierto, el parlamento no compartió los temores del Senador Otero, queda claro que el espíritu del legislador era sancionar todo porte “justificado” por el imputado destinado al consumo, personal, exclusivo y próximo en el tiempo, ya que primó la idea que si no concurren copulativamente estos tres requisitos (a saber, que el consumo alegado sea personal y exclusivo –excluyente de terceros-, y próximo en el tiempo - estableciendo una relación de inmediatez entre lo portado y su utilización-) podríamos estar en presencia de una sustancia destinada al tráfico de drogas, cuestión que se sanciona como delito.

Este concepto permaneció durante la discusión de nuestra actual Ley N° 20.000, manteniendo la regulación revisada, con la sola inclusión de un tipo privilegiado respecto del tráfico de drogas (artículo 4°), que precisamente tuvo como finalidad eliminar ciertos bolsones de impunidad que se producían cuando traficantes de drogas eran castigados como consumidores, en atención a la insignificante cantidad de drogas que poseían al momento de su detención.

Al respecto es concluyente el primer informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados de fecha 12 de marzo de 2003, instancia que al debatir sobre la creación del tipo privilegiado del microtráfico, mantuvo estos criterios, dejando expresa constancia de cuales son los principios rectores que regularán el llamado “ciclo de la droga”, señalando lo siguiente:

“...Se puso énfasis en que se deben atacar las distintas formas de distribución, ya que, impidiendo que ella se realice, se evitará la oferta de drogas... Esta disposición debe abordar también el llamado microtráfico... ya que esta forma de distribución goza de absoluta impunidad... Se fundamentó que debe sancionarse el porte o tenencia de drogas para consumo, ya que, actualmente, los que son sorprendidos con droga arguyen que es para consumo personal, por lo cual son absueltos del delito de tráfico... Se destacó que los microtraficantes siempre portan unos pocos gramos y como, en la mayoría de los casos, efectivamente son consumidores, terminan siendo sancionados como consumidores y no como traficantes...”

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

Como vemos, muy lejos de incluir causales de justificación, el legislador mantuvo en la nueva ley la idea de penalizar tanto el consumo de drogas cómo la tenencia o porte de las mismas destinado al consumo personal.

VI.- Conclusión preliminar: el consumo personal y el porte de drogas para tal efecto permanece en la antijuridicidad.

De todo lo expuesto anteriormente, de acuerdo a la doctrina de la antijuridicidad, la normativa pretérita y vigente en la materia, la historia de la misma y, tomando en cuenta la jurisprudencia nacional, nos parece claro que, a pesar de ciertas interpretaciones analizadas,

el porte y tenencia de drogas en lugares públicos y el cultivo de especies vegetales productoras de drogas, destinadas a satisfacer el consumo personal, son sancionados penalmente en Chile, y por ende permanecen en la antijuridicidad, **siendo incorrecto hablar de causales de justificación o elementos negativos del tipo penal.**

Plantear lo contrario sería no solamente hacer oídos sordos a la ley de drogas que castiga todo tipo de consumo o porte de drogas destinado al consumo en la vía pública o incluso el consumo concertado de estas sustancias en lugares privados, sino que claramente se infringe la voluntad del legislador, que como hemos revisado en las actas de la historia de la ley, tuvo como objetivo castigar estas conductas, estableciendo una pena de falta.

De hecho, añadiendo otro argumento de texto para demostrar que tales circunstancias no excluyen por sí mismas la tipicidad o antijuridicidad de la conducta, huelga recordar que la acción de consumir drogas subsiste ya no como falta sino como delito, de acuerdo al inciso primero del artículo 14 de la Ley N° 20.000 que sanciona al personal militar, al de Policía de Investigaciones, al de Gendarmería de Chile y al de aeronáutica que consuma alguna de las sustancias señaladas en los artículo 1° y 5° de la Ley de Drogas, con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, aún cuando el consumo se desarrolle en ámbitos de intimidad.

Por lo tanto, una vez descartada la eficacia justificante del consumo personal en la ley 20.000, debemos desentrañar cual es su verdadera función.

VII.- Consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo como norma de reenvío.

Lo revisado en estas líneas nos lleva a sostener que en nuestra ley, el alcance que tiene para un imputado el justificar que el porte o tenencia de la droga, o el cultivo de la especie vegetal prohibida está destinado al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, es **sólo para efectos de determinar la pena en concreto que recibirá por la acción ejecutada.**

Tal y como hemos señalado, podemos apreciar que el comportamiento de portar drogas está sancionado en toda nuestra legislación especial. En buenas cuentas, podemos concluir que en Chile, como en otros países del mundo¹⁸, la **tenencia de drogas** es ilícita y se sanciona gradualmente con distintas penalidades en proporción al riesgo que genera esta actividad (de acuerdo a sus circunstancias) al bien jurídico protegido.

Así, quien porta sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en principio comete el delito de tráfico de drogas. Si ese porte es realizado sobre una cantidad insignificante de drogas

¹⁸ Sólo por nombrar algunos ejemplos, el ordenamiento jurídico británico sanciona sin distinción el porte de drogas (a pesar que la jurisprudencia ha otorgado una pena más benigna a quien lleva consigo psicotrópicos para el propio consumo), asimismo la ley de estupefacientes alemana (Betaübungsmittelgesetz) contempla la sanción al porte de sustancias psicoactivas para el consumo como *“ampliación del catálogo de las demás conductas delictivas en forma de tipo subsidiario”*; incluso en Holanda se encuentra sancionada la tenencia de drogas para el consumo propio. Para mayores antecedentes, *“Legislación Penal de Drogas en Países Bajos, Alemania, España, Gran Bretaña y Dinamarca a la Vista de la Armonización Legal”*, por Kai Ambos en colaboración con Christian Steiner, en *“Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal”*, páginas 187 a 205. Editorial Jurídica de Chile.

destinadas a otro fin que no sea su uso exclusivo y excluyente, el agente debe ser condenado por el delito del artículo cuarto de la ley 20.000; si por el contrario, el porte de cantidades insignificantes de psicotrópicos está destinado al autoconsumo, la sanción que se debe aplicar es la correspondiente a la falta penal. Sólo se excluye el consumo no concertado de drogas en ámbitos de intimidad, el cual es derechamente atípico (no es delito, por lo tanto, malamente podemos hablar de causales de justificación).

Esto coincide con la historia de las leyes 19.366 y 20.000 que sancionaron toda tenencia o porte de drogas, estableciendo en la práctica normas de reenvío, que operan una vez que se acredita la circunstancia de destinación al consumo, debiendo aplicarse la pena asignada a la falta.

Más claro aún es el **artículo 8°** de la actual ley de drogas al señalar que la persona que cultive o coseche estas especies será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa, “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”.

Como podemos ver, acá es aún más clara la norma de reenvío (o de determinación), e inclusive, puede considerarse más grave de lo que establece el artículo 50 del estatuto de drogas, ya que, a pesar que el cultivo destinado al consumo personal se desarrolle en el propio domicilio, el legislador le impone una sanción penal.

En este sentido, el Tribunal de Juicio Oral de Coyhaique en sentencia de 28 de junio de 2007, RUC 0600848269-K, RIT 24-2007, condenó al acusado por su responsabilidad en el delito del artículo 8° de la Ley N° 20.000 sancionándolo a pagar 1 UTM, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 20.000, ya que entendió comprobado que, en el caso concreto, el cultivo de la especie Cannabis Sativa L estaba destinado al consumo del imputado. En su razonamiento los sentenciadores entienden estar en presencia de una norma de reenvío, señalando lo siguiente:

“Establecido así que un sujeto cultivó especies vegetales del género cannabis, y en ocasiones se aprovechó de plantas en incipiente desarrollo, se encuentra establecida la existencia del delito previsto en el artículo 8° inciso primero de la ley 20.000, que rige la materia... Probado, también, que su conducta estuvo destinada al uso o consumo personal de tales especies, de modo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, dicho delito está sancionado de la manera especial que prevé el párrafo final del mencionado inciso primero que señala que en este caso “sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”, sanciones que se aplican directamente, esto es, sin consideración previa a las circunstancias relacionadas con los lugares determinados en que se perpetró el consumo, y que el artículo 50 prevé en el inciso primero. Tales sanciones consisten, entonces, en la multa prevista en la letra a); o en la asistencia obligatoria a programas de prevención prevista en la letra b); o en la participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad prevista en la letra c); sin perjuicio, en su caso, de la pena accesoria que se contiene en el inciso segundo del mismo artículo ya mencionado....”

Finalmente, cabe recordar que la utilización de normas de reenvío o de reglas de determinación de pena, es una técnica legislativa usualmente utilizada por nuestro legislador. Sin ir más lejos, la pena del delito de tráfico de drogas del artículo 3° de la ley 20.000 para su determinación, nos remite al artículo 1° que sanciona la elaboración y producción ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

En resumidas cuentas, podemos ver que el efecto de la acreditación por parte de la defensa de la circunstancia que la cantidad portada, guardada o transportada por el acusado está destinada al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, es el de reenviar la conducta a otra norma, que en virtud del principio de especialidad se preocupa específicamente del tema, cual es, el artículo 50 de la ley de drogas.

VIII.- Las verdaderas Causales de Justificación:

No obstante lo señalado en las páginas anteriores, debemos tener presente que la estructura de los tipos penales analizados si contienen causales de justificación.

En el caso del artículo 4°, claramente obedece a la estructura de las causales de justificación el destino de la especie ilícita a un tratamiento médico, como puede suceder por ejemplo con la morfina, cuyas propiedades anestésicas son utilizadas para el tratamiento de las enfermedades que causan graves dolores.

En el artículo 8°, si puede ser entendida como causal de justificación la autorización competente otorgada por el SAG, regulada en artículo 9° de la misma ley. La eventual obtención de dicha autorización, confiere un permiso del ordenamiento jurídico para realizar actos de siembra, cosecha y cultivos, en principio prohibidos para cualquier persona.

En estos casos, es claro que la autorización médica o administrativa hace desaparecer el injusto y el merecimiento de reproche penal.

Finalmente, el encabezado del artículo cuarto señala la existencia de una competente autorización. Creemos que un buen ejemplo de competente autorización es la del funcionario policial que debe trasladar la droga al Servicio de Salud para su destrucción, el médico psiquiatra que suministra a su paciente drogas para el tratamiento de la depresión, o la del agente encubierto que, visado por el Fiscal del Ministerio Público, dentro de sus labores en la organización criminal ha debido ejercer la función de acopiar droga. Todas ellas, claramente pueden ser calificadas como acciones que realizan el tipo penal objetivo, pero se encuentran debidamente autorizadas por la ley.

IX.- Onus probandi

Como consecuencia de estos planteamientos, la defensa nunca podría alegar que la carga de la prueba de la destinación al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo es del Ministerio Público; ello por dos grandes razones:

En primer lugar, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia dominante en la materia, que el imputado deba probar el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo no es

consecuencia de que se pretenda demostrar una causal de justificación; **ello sucede porque el artículo 4° de la ley de drogas** (al igual que el artículo 3°) **contiene una presunción legal de tráfico.**

El efecto de esta presunción (simplemente legal) opera una vez que el Ministerio Público, a través de sus esfuerzos probatorios, ha demostrado que el acusado trasportó, guardó o portó consigo pequeñas cantidades de droga, esto es, acredita el hecho base de la presunción por medio de la prueba de cargo.

En este sentido, la doctrina y jurisprudencia nacional se han mostrado contestes al respecto.

De acuerdo a la opinión del citado profesor Jean Pierre **Matus** *“lo que la ley ha pretendido estableciendo estas “presunciones de tráfico”, como las califica la jurisprudencia es posibilitar el castigo de dicha actividad aún cuando no se haya acreditado una cualquiera de las conductas que las constituyen, no siendo necesario acreditar que esa conducta es parte de una actividad de tráfico, hecho que se presume.”*

Respecto al efecto que produce la redacción dada por el legislador a la norma, el profesor **Héctor Hernández** ha manifestado que a efectos del tráfico ilícito, basta con la prueba de la posesión o aún en ciertos casos, sólo de la tenencia de los mismos, sin necesidad de acreditar la realización de actos de tráfico propiamente tal¹⁹.

En el mismo orden de ideas, nuestro máximo tribunal ha establecido cual es el alcance de estas normas a nivel probatorio. En sentencia de fecha 08 de mayo de 1991 la **Corte Suprema** señaló que en la redacción del tráfico de drogas (entonces inciso 2° del artículo 5° de la Ley 18.403) se **“establece una presunción legal, correspondiendo la carga procesal de desvirtuarla, a quién afirme que no se encuentra en esta hipótesis”**.

La Ilustrísima **Corte de Apelaciones de Santiago** señaló en fallo de 27 de Septiembre de 1994 respecto del inciso 2° del artículo 5° de la Ley N° 19.366 que *“no es una conducta delictiva independiente del tráfico, sino una presunción legal que permite establecer su existencia”*.

Asimismo, la Ilustrísima **Corte de Apelaciones de Temuco** ha establecido al respecto en sentencia de 03 de enero de 2006 (Rol de ingreso número 1143/2005) que la *“... justificación necesaria para la no aplicación de la sanción penal es una carga probatoria que corresponde clara y exclusivamente al imputado... hecho este que está relacionado directamente con la persona del sujeto interesado en justificar la posesión, el porte o tenencia de ellas... debiendo al mismo tiempo destruir la presunción del inciso 3° del artículo 4° de la Ley 20.000...”*.

La misma Corte en reciente fallo de fecha 17 de octubre de 2007 (Rol N° 1048-2007), en sus considerandos quinto y sexto señaló lo siguiente:

¹⁹ Hernández Basualto, Héctor. “Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno”. Memoria de grado. Página 228.

“Que el artículo 4 de la ley 20.000... al constituir ...una presunción legal se altera la reglas del Onus Probandi y cabe en consecuencia al acusado el acreditar las causales de justificación para la no aplicación de la sanción penal, es él quien debe acreditar la competente autorización o que está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”.

En este mismo orden de ideas, la Ilustrísima **Corte de Apelaciones de San Miguel** por resolución Rol de Ingreso 821-2006, de fecha 28 de agosto de 2006, rechazó un recurso de apelación impetrado por la defensa debido a que el imputado no fue capaz de justificar la destinación de la droga al consumo, en razón que este interviniente sólo *“...se limitó a alegarlo, mas no se allegó a la causa antecedente alguno del que se infiera aquello, resultando insuficiente a tal propósito la sola aseveración del encausado de ser para su consumo ese día, y que al día siguiente tenía una fiesta familiar”*²⁰.

Por lo tanto, de acuerdo a esta doctrina, en nada guardan relación la existencia o ausencia de causales de justificación con el *onus probandi*. Una vez acreditados los hechos, base de la presunción legal, es deber de la defensa aportar los antecedentes probatorios destinados a destruirla y restarle eficacia, demostrando esta destinación, ya que en caso contrario el porte se entenderá constitutivo de tráfico.

En segundo lugar, una vez que el Fiscal del Ministerio Público ha llegado a la conclusión que los antecedentes que obran en su carpeta de investigación corresponden a un delito de tráfico, en virtud del principio de oficialidad, se ve obligado a tomar posición y acusar, momento en el cual debe sustentar la acción penal pública y demostrar su teoría del caso; por lo tanto, malamente se podrá exigir al Ministerio Público que demuestre circunstancias que no dicen relación con la atribución de responsabilidades que ha realizado por medio de la acusación fiscal.

²⁰ Sólo como ejemplo, en el mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias:

La Sentencia RUC 0100018254-7 del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena** de 08 de enero del año 2002 señaló lo siguiente en su considerando número sexto:

“SEXTO: *Que en lo relativo a la inducción, promoción y facilitación a que se refiere el artículo 5°, inciso 1°, parte final, desde la perspectiva del bien jurídico protegido en el tráfico de estupefacientes, que es lo que aquí interesa, y considerando que éste constituye un delito de peligro y no de lesión, resulta claro entonces -como también ha sido entendido por la doctrina- que los referidos conceptos de inducir, promover o facilitar el consumo deben tener relación con ciertas formas de poner a disposición de los consumidores finales las sustancias prohibidas, lo que produce el riesgo de su difusión incontrolada entre ellos, o de su uso o consumo por parte de dichos consumidores.*

En lo referente al término "traficar" a que alude el inciso 1°, parte primera del artículo 5° en análisis, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua implica "comerciar, negociar con el dinero y las mercancías".

Con relación al inciso 2° del artículo 5°, y según lo entiende tanto la doctrina y la jurisprudencia, cada una de las hipótesis allí descritas no es una conducta delictiva independiente del tráfico, sino sólo una presunción legal que permite establecer su existencia”.

En el mismo sentido, el **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete** señaló en sentencia de 02 de junio de 2007 en causa RUC N° 0600377266-5, RIT N° 16-2007, en su considerando décimo que:

“los hechos que el tribunal ha dado por acreditados en el considerando octavo del presente fallo, configuran el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° inciso 1° en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000... En efecto, es un hecho asentado que el acusado portaba en el camión que conducía, en una bolsa plástica, 40,7 gramos de cannabis sativa. Tales cantidades, a juicio del tribunal, son pequeñas y permiten encuadrar la conducta del acusado en la disposición referida, como quiera que en los hechos concurren otros elementos tanto objetivos como subjetivos...”.

Finalmente, sigue siendo de interés de la defensa, como en todo juicio, acreditar las circunstancias que aminoran la responsabilidad penal, como por ejemplo la procedencia de circunstancias atenuantes. En este orden de ideas, es lógico el interés de la defensa en la demostración de la norma de reenvío contenida en los artículos 4° y 8° de la ley 20.000, ya que al demostrar que la droga o cultivo estaba destinado al autoconsumo procederá a su respecto una sanción penal de una magnitud bastante inferior.

X.- Conclusiones y consecuencias de lo expuesto.

Si la ley de drogas sólo contara con dos artículos, a saber el 4° y el 8°, eventualmente podríamos sostener que el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo posee la aptitud de excluir la antijuridicidad penal, sin embargo una interpretación armónica e histórica de la Ley, fuerza a desechar tales postulados. Por ello, luego del largo trayecto recorrido, podemos apreciar que la postura aquí expuesta genera importantes consecuencias prácticas:

1.- En primer lugar, tal y como se señaló preliminarmente, de acuerdo a la interpretación armónica de las normas contenidas en la ley 20.000 y a la historia de la legislación pertinente en nuestro país, la destinación de un cultivo de especies productoras de sustancias sicotrópicas o la tenencia de drogas para el consumo personal, personal y próximo tienen el carácter de norma de reenvío y su efecto es el de castigar la conducta de acuerdo a lo señalado en el artículo 50 de la ley 20.000, donde sólo está excluido de pena el consumo de drogas realizado en lugares privados, no concertado.

2.- No es admisible sostener que la fórmula en análisis constituye una causal de justificación, ya que el legislador ha decidido castigar todo cultivo de especies prohibidas y todo porte de drogas realizado en la vía pública o en lugares de libre acceso al público. Como pudimos apreciar, la conducta que se señala sigue siendo sancionada en nuestra ley, lo que la hace incompatible con la estructura propia de las causales de justificación (o de elemento negativo del tipo penal).

3.- En este sentido, pierde sustento la teoría del profesor Matus (adoptada por alguna jurisprudencia) que señala que el porte de drogas sin ostentación es atípico, ya que ello implica forzar la letra y el espíritu de la ley para dar un efecto justificante al porte de drogas en lugares públicos o abiertos al público que nuestra legislación no posee. Por lo demás, no hay datos que apoyen la hipótesis de que el legislador haya querido hacer depender el merecimiento de la pena de falta del artículo 50 de la ley 20.000 al hecho que se ostente la droga que se transporta. En este sentido, el hecho de exigir para la tipicidad del porte de drogas una conducta extra no contemplada en el tipo penal (todo porte de cualquier cosa se puede hacer con ostentación o sin ella, ya que se trata de un concepto abierto y no restrictivo; piénsese en un chicle o una caja de cigarrillos), sería modificar la ley y no interpretarla, cuestión que le está vedada al juez, ya que la tarea de agregar o eliminar elementos típicos objetivos corresponde, de acuerdo a nuestra constitución, única y exclusivamente al legislador.

4.- Finalmente, que la carga de la prueba del consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo corresponda a la defensa, obedece en primer lugar al efecto propio de la presunción simplemente legal de tráfico que la doctrina y jurisprudencia conteste ven en el artículo 4° de la ley 20.000 y no al hecho que esta fórmula tenga un alcance justificante del cual carece, y por otra parte, esto tiene relación con la base de un sistema acusatorio contradictorio donde la parte interesada, debe alegar y justificar todas sus pretensiones jurídicas hechas valer en juicio. En este caso, es la defensa la que posee interés en aminorar la responsabilidad penal de su representado acreditando los presupuestos fácticos de la norma de reenvío, lo que de comprobarse, permitirá imponer una pena de falta, cuyo quantum es significativamente menor que la asignada a los simples delitos y crímenes.