

El Porte de Droga en Lugares de Libre Acceso Público

*Por Andrés Salazar Cádiz**
Abogado Asesor

e un tiempo a esta parte nuestra jurisprudencia se ha visto dubitativa en cuanto la posición a adoptar respecto de la sanción ha aplicar a la falta del artículo 50 de la Ley 20.000, esto Des el consumo, porte o tenencia de drogas en lugares públicos o de libre acceso público.

Es así que encontramos incluso sentencias que han establecido la atipicidad de la conducta descrita en la norma prohibitiva en comento, estableciendo según este criterio una especie de “Lege Ferenda que parece alejada de las normas constitucionales que rigen un estado de derecho.

El consumo y porte de droga se sanciona con pena de falta en nuestro ordenamiento jurídico siendo su descripción típica la siguiente: “Los que consumieren alguna de las sustancias estupefacientes o sicotrópicas mencionadas en el artículo 1º, en lugares públicos, tales como caminos, plazas, cines, hoteles, cafés bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación serán sancionados con alguna de las siguientes penas...”, “ (inciso 3º)... idénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias ya indicadas para su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo”.

Hemos visto que a pesar de su tipificación y aun cuando el agente ha realizado la conducta tipificada en su totalidad, algunos tribunales han absuelto debido a que exigen para la punición un requisito extra – ley, “la ostentación” de la droga que se porta para el consumo, aludiendo que tal absolución con esta sui generis interpretación de la norma busca evitar es una especie de publicidad o promoción al consumo por esta ostentación.

Esta tesis no tiene sustento en la letra de la ley, pero, este trabajo no quiere abordar el punto de vista formal, ya que de la lectura de la norma podemos notar una inconsecuencia cuando el intérprete exige un requisito no dispuesto por el legislador.

Este trabajo intentará realizar una justificación material del castigo del porte en la vía pública, y dar una razón de política criminal para justificar su inclusión en la selección de conductas prohibidas por la Ley.

* Abogado Asesor, Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.
asalazar@minpublico.cl.

1.- Posición de la doctrina y jurisprudencia Chilena.

Observemos el estado de las cosas en Chile.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 11 de Octubre de 2005, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público a causa de la absolución de un imputado que fue sorprendido portando en la vía pública dos gramos de cocaína en sus pantalones, decidió mantener la absolución, razonando de la siguiente manera en su considerando tercero: *“el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas ha sido sancionado en el artículo 50 de la Ley N° 20.000 sólo cuando tiene lugar en lugares públicos, y en recintos privados cuando los partícipes en la ingesta se hubieren concertado con tal propósito. De estas previsiones típicas, que también ponen de manifiesto que el consumo en condiciones de completa intimidad no es delictivo, **no puede menos que concluirse que la razón del castigo que previenen no deriva del daño que a la salud personal pueda causar, sino del hecho de trascender tal conducta personal la esfera de intimidad que la margina de todo reproche penal**, circunstancia que conduce al legislador a prohibir su ejecución en las referidas condiciones porque el carácter social de la conducta produce la situación de peligro para la salud pública que se sanciona mediante los tipos de esta ley.*

Por lo anterior, y habiéndose indicado ya que la conducta de consumir es atípica, resulta coherente concluir que el porte de droga en lugares públicos es constitutivo de delito sólo en caso de que la sustancia no esté destinada al consumo personal y exclusivo próximo en el tiempo -condiciones en las que se le calificará de tráfico ilícito de las sustancias-, y que en el evento de tener tal destino la conducta no es punible porque, tal como ocurre en lo tocante al consumo en lugares públicos, el motivo que lleva a imponer castigo es la trascendencia.”.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Valparaíso al resolver otro recurso de nulidad planteado por el Ministerio Público¹. La corte estableció que: *“en efecto, el bien protegido por la Ley N° 20.000 es la salud pública y, también, el orden público económico, que en el caso de **un portador de 1,8 gramos de cannabis sativa no los pone en riesgo ni peligro, toda vez que el traslado del estupefaciente no era público u ostensiblemente**, esto es, conforme al Léxico de la Real Academia Española, de manera clara, manifiesta o patente, ni que lo fuese para ser consumido en lugar público, (hechos no controvertidos), pues de otra forma, no podría una persona consumir cannabis sativa privadamente, actitud que si bien es cuestionable no es punible por el artículo 50 de la Ley N° 20.000, la que, al igual que el Derecho Penal en su conjunto, deben ser interpretados restrictivamente, tal como lo hizo, conforme a derecho la juez de primer grado, por lo que debe desestimarse, también, este capítulo del libelo de nulidad.”.*

Sin embargo, la misma Corte de Apelaciones de Valparaíso, en otra oportunidad, y ante un caso similar falló en el sentido opuesto, anulando una sentencia del Juzgado de Garantía de la ciudad de Los Andes que absolvía a un sujeto que fue sorprendido en la vía pública portando droga, acogiendo la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b),

¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de julio de 2005.

estableciendo sencillamente que el Juez de Garantía había incurrido en un error de derecho, ya que, sencillamente, *“como se advierte de la simple lectura de la disposición transcrita (art. 41 de la Ley N° 19366) la ley sanciona al que porta la droga en los lugares públicos que señala para su consumo personal y próximo en el tiempo, sin que aparezca la exigencia de la ostentación pública de la misma, que el juez que dictó el fallo recurrido en virtud de argumentos doctrinales pretende comprender en el tipo en referencia”*^{2,3}.

Repite la misma oscilación la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 12 de Enero de 2006, que acogió un Recurso de Nulidad del Ministerio Público en contra de la resolución de un Juzgado de Garantía de esta ciudad, que absolvió a una imputada que fue sorprendida en posesión de sustancias ilícitas en un recinto de libre acceso público, en juicio oral simplificado. La sentencia en por mayoría acogió la causal del artículo 373 letra b) y 342 del CPP, declarando que, *“la decisión a que arriba el fallo no es coherente con la descripción de los hechos contenida en su fundamento segundo, pues luego de tenerse por establecido que la requerida portaba la droga en su mochila, mientras se encontraba en el interior de un local comercial, se concluye que por haberse encontrado la imputada en el interior de un inmueble cuya naturaleza no precisa-, ha de presumirse que la droga estaba destinada a su consumo privado, sin que se proporcionen antecedentes que conduzcan de manera razonable a concluir por qué ese local comercial no tendría la calidad de lugar público o abierto al público, cuestión particularmente relevante para calificar jurídicamente los hechos y para fundar el fallo”*.

Estos casos son un ejemplo de la diversidad de criterios con que nuestros tribunales de justicia enfrentan el porte de drogas en la vía pública y su sanción.

Podemos encontrar los fundamentos doctrinarios de esta verdadera teoría de la ostentación como especie de condición objetiva de punibilidad, en las ideas del profesor Jean Pierre Matus.

² Corte de Apelaciones de Valparaíso, 24 de junio de 2004, Rol N° 343-04.

³ En el mismo sentido, la sentencia de la Ilustrísima de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en de fecha 22-06-2005, que acoge un recurso de nulidad del Ministerio Público, dejó constancia del voto de prevención del Ministro Sr. Miranda, quién plantea en él qué, “estuvo por acoger la nulidad del juicio y la sentencia, solamente respecto al imputado Ahumada Aracena, por estimar que la nulidad invocada se dedujo sólo en aquella parte que absuelve a dicho acusado, atendido que el inciso tercero del artículo 50 de la Ley 20.000, Ley de Drogas, sanciona al que tenga o porte 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 drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo primero, sin que restrinja dicha conducta a la circunstancia de realizarla con ostentación pública, basta el porte de la sustancia en un lugar público. Consecuentemente al haber el juez a quo dejar de sancionar al aludido imputado, por estimar que el porte de droga lo hacía Ahumada en un sitio público, pero sin ostentación lo que le lleva a absolver al imputado, ha incurrido en un vicio de nulidad por cuanto ha interpretado erróneamente la norma antes citada y dicha interpretación ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que lleva a este Ministro a acoger la segunda causal de nulidad invocada conjuntamente con la primera.” RIT N° 2113-2005 ROL I. C. N° 539-2005.

El profesor Matus fundamenta su teoría en que el consumo privado no es delito y ni siquiera una falta “pues se trata de actos privados que no ponen en riesgo más que la Salud Individual del propio consumidor” y que además “el hecho de acreditar el consumo personal, sirve para excluir la sanción por alguno de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”⁴ (exceptuando los delitos establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 20.000). Continúa el autor, relacionando el castigo a título de falta con el bien jurídico Salud Pública y el evitar la difusión incontrolable de las drogas. Por ello, no constituiría esta falta “el simple porte de drogas sin ostentación, en lugares públicos para el consumo personal en lugares privados”, relacionando la ratio legis de la norma con las disposiciones que sancionan el microtráfico y el cultivo de drogas, donde, según este autor, “claramente el porte o posesión para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo está exento de responsabilidad penal”, ya que de no ser así la causal de atipicidad establecida en los artículos 4º y 8º de la Ley 20.000 no serían más que una ilusión y que la ley entraría a regir el fuero interno de las personas, cuestión inaceptable en un Estado de Derecho⁵

Sin embargo, de la simple lectura formal de la norma, podemos observar que la construcción del tipo en ningún caso requiere la ostentación de la posesión de las drogas. Sólo se requiere que se porte o posea alguna de las sustancias sicotrópicas o estupefacientes descritas en el artículo 1º de la Ley 20.000.

De acuerdo a esta descripción el delito-falta de porte de drogas se consuma con la realización completa del hecho descrito, ya que la consumación “corresponde a la plena y total realización de la descripción legal de cada figura delictiva”⁶.

La postura que hace pender la punición del porte, a la ostentación de dicha conducta, supera con mucho cualquier facultad de denotación del juez en los tipos penales, alejándose completamente de la forma en que se debe interpretar de manera oficial la Ley. Así, consideramos que no es competencia del interprete agregar elementos a las normas establecidas por el legislador, y podría señalarse que existe una actuación fuera de la órbita de la competencia de un tribunal traspasando a ámbitos propios de la función legislativa (artículos 6º y 7º de la CPR) y se incumple la obligación establecida en el artículo 70. De esta manera se olvida que el legislador, en el ejercicio de la soberanía nacional delegada, es el único que puede establecer las conductas a penalizar.

Pero no es objeto de este artículo analizar una justificación formal de la sanción ya que ésta se desprende de la redacción de la norma, y además, aquellos que incluyen una conducta extra-tipo (y es conducta, por que cualquier forma de ostentar requerirá la acción de exhibir y por lo tanto el despliegue de una actuación) lo hacen basados en criterios de antijuridicidad material.

⁴ Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Tomo II. Parte Especial. Segunda Edición, páginas 632 y 633. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Junio de 2005

⁵ El percibir al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, parece adecuarse más a una excusa legal absolutoria que a una causal de antijuridicidad, ya que la comprobación de este consumo debería llevar al juez a sancionar igualmente a título de falta.

⁶ Etcheberry Alfredo, Derecho Penal, Tomo II. Parte General. Página 67. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, 1999.

Justificación Material a la Sanción del Porte de Drogas en la Vía Pública.

La profesora española, Nuria Pastor Muñoz, al referirse a los delitos de posesión^{7 8} y buscar una justificación material de ellos, explica que estos constituyen delitos de omisión, y esta omisión está constituida por la obligación que impone el ordenamiento jurídico de “dejar de poseer”. A su vez, esta obligación radica en que el objeto de posesión es considerado como peligroso en sí mismo, que el objeto poseído es solamente idóneo para la comisión de delitos (cómo la máquina para falsificar monedas) o que la posesión del objeto denota una objetiva peligrosidad subjetiva del tenedor, o que el objeto poseído proviene de la comisión de un delito y que por lo tanto es importante abandonar esa posesión.

La autora sitúa en este último grupo a la posición de material pornográfico, y adelantando nuestra parte de la justificación de nuestra posición, podemos encontrar a aquel que posee sustancias estupefacientes y psicotrópicas que provienen del delito consumado de tráfico de drogas

Los ya citados Politoff, Matus y Ramírez indican que para que se sancione el consumo de drogas en lugares públicos es necesario que “el consumo se produzca mientras exista la posibilidad de que terceros indeterminados puedan observar su realización y tenerla por buena” lo que sería la “única justificación al castigo en estos casos”⁹. Esta posición también la extienden, a la punición del porte con las explicaciones ya citadas.

A nuestro juicio, la norma puede encontrar otra justificación finalista. ¿Cómo se afecta a la salud pública en este tipo, ¿está bien conducida la interpretación actual de la afectación al bien?, ¿tiene algún sentido la afectación a la salud pública planteada actualmente por la doctrina nacional a través de la autolesión o más aún de la ostentación como forma de “hacer propaganda” al consumo masivo?.

Propuesta Interpretativa: El porte en la vía pública es sancionado cómo parte integrante del ciclo del tráfico de droga.

Convengamos una cosa: Toda la jurisprudencia y la doctrina está de acuerdo en algo, sólo el consumo privado de drogas, en la ámbito de la exclusiva intimidad de la persona es impune. La única fundamentación de esta impunidad es la decisión de no castigar las autolesiones.

Pero, ¿por qué sancionar el porte de sustancias psicotrópicas o estupefacientes en la vía pública?, cuando, según ciertas interpretaciones, esta conducta por sí misma no daña a nadie.

Pues bien, podemos observar que en Chile, hay una clara decisión político-criminal, del legislador de restringir el consumo o posesión de drogas solo a aquel que se desarrolla por una persona en la intimidad. De hecho el consumo de drogas aun que sea en un recinto privado, previo concierto, es sancionado.

⁷ Pastor Muñoz, Nuria. Los delitos de posesión y de estatus: una aproximación político criminal y dogmática. Editorial Atelier. Barcelona, 2005.

⁸ Cómo lo son la tenencia ilegal de armas, posesión de pornografía infantil y porte de drogas.

⁹ Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G; Op. Cit. Página 634.

De un análisis integral de todas las normas de la ley de drogas, podemos apreciar que lo que busca la Ley es desincentivar el consumo de ellas¹⁰, y como consecuencia coetánea, se busca desincentivar además la venta de estas sustancias ilícitas. En buenas cuentas, se pretende restringir la circulación de la droga y evitar su presencia en los espacios públicos

La lógica que se enuncia y que se pretende compartir es la siguiente, y la expresaremos a través del abstracto seguimiento de un consumidor “X”.

- 1.- **Aquel que consume en su domicilio**, de manera personal, exclusiva y próxima en el tiempo. Esta conducta es impune.
- 2.- **Situación de aquel que porta en la vía pública**. En este caso nuestro consumidor “X” ha salido de su hogar y su porte puede enmarcarse en alguna de las siguientes situaciones y necesariamente debe tener alguna de estas finalidades u orígenes:
 - 2.a)- Su porte está destinado a consumir en la vía pública. El resultado de su actuación es una conducta punible. Cabe hacer un alcance; todo consumo en la vía pública es necesariamente ostensible. El que consume en la calle debe desplegar su cuerpo de forma adecuada para ingerir las sustancias e incorporarlas a su organismo.
 - 2.b) Va a consumir fuera de su casa, en un recinto de libre acceso al público o en un recinto privado que no es de su propiedad, previo concierto. Ambas conductas están penadas.
 - 3.c) Vuelve de comprar droga para consumirla en alguna de las maneras ya descritas, e incluso para consumirla en la intimidad de su hogar.
 - 4.d) Porta y no es consumidor conducta penada, ya que si no está destinada a su consumo, deberá estar destinada a la facilitación a terceros, conducta penada a modo de tráfico¹¹.

Cómo vemos la mayoría de las conductas y finalidades asociadas al porte en lugares públicos están claras y su resultado es punible, pero, ¿qué pasa con la conducta c)?, ¿es atípica sin que el sujeto ostente, o “publicite” su porte?.

La respuesta es negativa. La visión que plantea la atipicidad desde el punto de vista de una autolesión, a nuestro juicio, es una perspectiva que no ha logrado apreciar todas las aristas del problema. Se trata de ver el daño a la salud pública en el acto concreto del porte, lo que más allá del hecho de que la ley lo pena así de simple, no se conseguirá apreciar en este acto

¹⁰ No sólo a través de la Ley Nº 20.000, sino a través de todas las normas que regulan las acciones de salud pública del Estado, y que tienen su fuente constitucional en los artículos 1º y 19 N º 5 de nuestra carta fundamental.

¹¹ Debemos aclarar, que en todas estas hipótesis, no es necesario que la finalidad del porte en la vía pública esté destinado al consumo personal en recinto privado, ya que el delito ya fue consumado con el hecho del porte, siendo indiferente su destinación. De lo contrario estaríamos confundiendo la consumación (realización plena y total de la descripción legal) con la fase de agotamiento del delito, aquella en que el sujeto activo logra el provecho que buscaba obtener con la comisión del ilícito.

con claridad, y por lo tanto, debe verse desde un punto de vista macro, incorporado a la cadena delictiva del tráfico de drogas.

El daño a la Salud Pública ya se realizó, aquel que compró droga y la transporta para consumirla en su hogar, ha fomentado la actividad ilícita, incorporado dinero al patrimonio del traficante de drogas, que es lo que precisamente este sujeto busca, obtener lucro de las sustancias ilícitas. El fomento a esta actividad ilícita es también una forma de poner en peligro e incluso de dañar el bien jurídico Salud Pública, integrando recursos al ciclo delictivo y engrosando el patrimonio del vendedor, quién utilizará el dinero aprovechándolo (como efecto del delito) ó volviendo a comprar mercadería reinsertando el dinero al mercado como especie ilícita.

Este tipo de decisiones no es nuevo en el sistema penal. La estructura típica del porte y su finalidad la podemos comparar con el tipo de la Receptación establecido en el artículo 456 bis a, y cuyo injusto se intenta explicar en relación con el delito ya cometido, y con su castigo se pretende evitar futuros atentados patrimoniales a las personas.

Ambos delitos son incorporados al sistema como una forma de desincentivar el actuar de los traficantes de droga y de los autores de los delitos de robo y hurto, atacando la forma en estas personas satisfacen su animo de lucro.

Cómo nos indica la Profesora Pastor “así por ejemplo, en la posesión de pornografía infantil se ve un medio para evitar (mediante la destrucción de la demanda de ese producto) que en el futuro los productores, con el fin de elaborar nuevos materiales, cometan delitos contra la indemnidad sexual de los menores y también para evitar que los poseedores cometan delitos sexuales contra menores de edad (pues se parte de la base de que el consumo de pornografía infantil, incentiva la comisión de tales abusos)”¹²

Por lo tanto al tipificar el porte de drogas, estamos hablando de una decisión de política-criminal, atacar el tráfico de drogas desde su financiamiento, y la exclusión de su financiamiento se logra a través de desincentivar el consumo y como consecuencia lógica el porte para el consumo (porte incluso como traslado hacia el lugar habilitado para el consumo, el recinto privado, sólo dentro de él no es posible penalizar).

Esta visión coincide con la justificación dada a la tipificación existente en el ordenamiento jurídico Alemán “a la posesión de drogas para el consumo propio” en el parágrafo 29 apdo. 1 inciso 1 número 3 del BtMG., ya que este delito es visto como “un medio para destruir la demanda de droga, y así disminuir o incluso, eliminar, los incentivos para la comisión por parte de otros sujetos de delitos de tráfico ilegal de estupefacientes.”¹³

Conclusiones.

Parte de nuestra doctrina y jurisprudencia han tratado de dar una justificación material al castigo del porte de drogas en espacios públicos, pero dicha interpretación nos parece que

¹² Pastor Muñoz, Nuria. Op. Cit., página 54.

¹³ Pastor Muñoz, Nuria. Op. Cit., página 55.

fuerza el tipo penal y lo extiende a requisitos no exigidos por él. El extender cualquier tipo penal y agregar requisitos objetivos no contemplados en él, trae aparejado en muchas ocasiones que al aplicarse al caso concreto la hipótesis normativa, no encontrará correspondencia fáctica en la conducta desplegada por el sujeto activo y por lo tanto, en esos casos, se hará imposible su aplicación.

Nuestra visión en cambio, busca apreciar la finalidad que tuvo el legislador al seleccionar la conducta del porte de drogas como punible e igualmente otorgar un sustento teleológico a dicha tipificación, a través de una mirada global de las normas que regulan la circulación de las sustancias sicotrópicas y estupefacientes.

Desde esta perspectiva, podemos apreciar que el ordenamiento jurídico nacional combate desde varias trincheras, a mayor o menor escala, en una clara una clara decisión de política criminal el ciclo delictivo del narcotráfico como actividad disfuncional a los fines del Estado y riesgosa para la libertad y salud de las personas. Así, por un lado se ataca la reinserción en el mercado formal de los dineros habidos en la comisión de estos delitos a través de la figura delictiva de lavado de dinero, por otra parte, se persigue el momento mismo en que los delincuentes obtienen sus ganancias, poniendo en riesgo la salud pública a través de los delitos de tráfico, y en último lugar, busca atacar la base del negocio desincentivando el consumo, y una de estas herramientas de cimiento es precisamente sancionar el porte de la droga. Esta visión integral es esencial para ponderar el juicio de reproche atribuido por la norma; aquel que posee droga en su poder, no solamente está incentivando el narcotráfico a través de sus aportes monetarios, sino que, carga consigo un objeto que proviene de un delito consumado y es en sí mismo peligroso para cualquier miembro de la sociedad.

En resumen, lo que nunca puede perderse de vista, es que, el delito de tráfico de drogas, es uno de los más dañinos para la sociedad toda, tanto para el drogadicto, como para las personas que viven a su alrededor, así como también para la sociedad y sus instituciones, y es el consumidor final la fuente de poder del traficante.