

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



EL CONSUMO PERSONAL, EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO EN LA  
LEY 20.000:  
LA PROBLEMÁTICA DE SU DETERMINACIÓN.

MARÍA CONSTANZA FIGUEROA DELGADO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

**VALDIVIA - CHILE**

**2016**

Daniela Accatino.  
Profesora responsable  
Seminario de Investigación Jurídica

Presente

De mi consideración,

Por medio de la presente, vengo a informar a Ud. de la Memoria para Optar al grado de Licenciado realizada por la alumna María Constanza Figueroa Delgado: *El consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo en la Ley 20.000: la problemática de su determinación.*

El presente trabajo aborda una de las cuestiones de la Parte Especial de mayor relevancia, no solo desde el punto de vista dogmático, sino también desde el quehacer diario de los tribunales de justicia penal. Efectivamente, la determinación entre el consumo y tráfico de drogas constituye una de los supuestos paradigmáticos donde los aplicadores del derecho penal deben enfrentarse a una legislación carente de una mínima racionalidad. De hecho, cuando adquiramos la suficiente perspectiva histórica, la política represiva sobre drogas iniciadas en el último tercio del siglo XX va a percibirse como la decisión política criminal que mayores sufrimientos sociales e individuales innecesarios ha generado en el pasado siglo y esperemos que no continúe en el presente.

El estudio, en primer lugar, da cuenta de los problemas e incoherencias que se presentan a la hora de abordar dogmáticamente el consumo de drogas desde la perspectiva del bien jurídico protegido; y, en segundo lugar, trata los incongruentes y draconianos límites establecidos para el consumo de drogas atípico o justificado en nuestra Legislación penal.

Estamos ante un estudio riguroso que trata con profundidad la problemática de la penalización del consumo de drogas. También, debe destacarse el estudio actualizado de la jurisprudencia en esta materia.

Respecto a la bibliografía utilizada resulta adecuada a la naturaleza y fines de la investigación realizada.

Como conclusión de este informe, el profesor que suscribe autoriza su *empaste* y propone que la alumna María Constanza Figueroa Delgado obtenga la calificación de seis comas cero (6,0).

Le saluda atentamente,



José Ángel Fernández Cruz  
Prof. de Derecho penal

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	3
<b>CAPÍTULO I. EL CONSUMIDOR Y LA LEY 20.000.</b> .....	<b>5</b>
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	5
1.1. Concepto de salud pública .....	6
1.2. Afectación del Tráfico/Microtráfico a la salud pública .....	7
1.3. El consumo típico y la salud pública .....	8
2. OBJETO MATERIAL DEL TRÁFICO, MICROTRÁFICO Y CONSUMO .....	11
3. EL CONSUMIDOR EN LA LEY 20.000 .....	13
3.1. Criminalización directa: el consumo típico .....	13
3.1.1. <i>El consumo de drogas sancionado como delito</i> .....	14
3.1.2. <i>El consumo de drogas sancionado como falta</i> .....	15
a. <i>Consumo en lugares públicos o abiertos al público</i> .....	15
b. <i>Porte o tenencia en lugares públicos o abiertos al público</i> .....	15
c. <i>Consumo concertado en lugares privados</i> .....	16
3.2. Criminalización indirecta: Delinquir para consumir .....	17
3.2.1. <i>Cultivo y autocultivo en la Ley N° 20.000</i> .....	17
3.3. El consumo atípico .....	18
3.4. La circunstancia de estar destinada la droga o sustancia objeto de la conducta al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo .....	19
CAPÍTULO II. LA CIRCUNSTANCIA DE CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO EN LA LEY 20.000.....	20
1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CIRCUNSTANCIA CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO .....	20
2. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO? .....	25
2.1. Consumo personal .....	27
2.2. Exclusividad del consumo .....	30
2.3. Proximidad en el tiempo .....	31
3. SUPUESTOS EN QUE EL LEGISLADOR ESTIMA QUE NO CONCORRE LA CIRCUNSTANCIA .....	33
3.1. Calidad o pureza de la droga .....	33
3.2. Indicios de tráfico .....	35
4. ¿CUÁNDO CONCORRE LA CIRCUNSTANCIA? CRITERIOS UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA CHILENA.....	37
4.1. Forma de distribución de la droga .....	37
4.2. Forma de ocultamiento de la droga al momento de la detención .....	39
4.3. Tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración o distribución de la droga .....	41
4.4. Condición de drogodependiente o politoxicómano, consumidor habitual o no consumidor .....	43
CONCLUSIONES .....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47

## INTRODUCCIÓN

La Ley N°20.000 -conocida coloquialmente como la Ley de Drogas- sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Se originó en un Mensaje del Presidente de la República, cuya tramitación se inició el 14 de diciembre de 1999 (boletín 2439-20). Luego de 5 años de discusión parlamentaria, la ley fue promulgada el 2 de febrero de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero del mismo año<sup>1</sup>.

Entre las conductas tipificadas y sancionadas en la actual Ley de Drogas, nos interesa destacar las siguientes: Los delitos de tráfico (artículo 3°), tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico (artículo 4°), la falta de consumo y porte de drogas estupefacientes en lugares públicos o *porte-falta* (artículo 50) y la parte final del inciso 1° del artículo 4° que establece la circunstancia de estar destinada la droga –poseída, transportada, guarda o portada- al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

Los elementos que distinguen las figuras antes mencionadas “no han sido definidos en términos claros y estrictos por parte del legislador; al contrario, los conceptos delimitadores entre las diversas hipótesis sancionadas en la Ley 20.000 son vagos e indeterminados, lo que ha implicado, grados importantes de incertidumbre en su aplicación”<sup>2</sup>.

Este trabajo destaca la importancia de establecer criterios de delimitación en la aplicación de las figuras de microtráfico/tráfico; la falta de porte para el consumo y la circunstancia de posesión, transporte, guarda y porte destinado al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. La investigación está orientada desde la perspectiva de los consumidores de sustancias estupefacientes, buscando principalmente evidenciar los diversos problemas que a ellos les genera la actual tipificación de las figuras analizadas.

En base a lo anterior, este estudio no contiene un análisis minucioso de los problemas de delimitación entre las figuras de tráfico y microtráfico, sino que se centra en determinar el contenido de la expresión consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo y los alcances de su aplicación, ya que si concurre la circunstancia de consumo personal del artículo 4° el castigo a título de microtráfico queda excluido, sancionándose la conducta sólo como una falta o considerándose la conducta del individuo como atípica, dependiendo del lugar en el cual se sorprenda al agente ejecutándola. Por esta razón, es que la determinación de los elementos de juicio que deberán ser tomados en cuenta en el razonamiento del tribunal para estimar si en el caso concreto concurre o no la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo se manifiesta como una de las principales problemáticas en el ámbito de la Ley 20.000<sup>3</sup>.

Como lo hemos mencionando, el artículo 4° de la Ley 20.000 establece que se excluye el castigo de la conducta como microtráfico si se estima que la posesión, transporte, guarda y porte de pequeñas cantidades de droga está destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en

---

<sup>1</sup> Cfr., LORENZINI, Pablo, *et al.*: *Evaluación de la Ley 20.000*, Departamento de evaluación de la Ley, Cámara de Diputados de Chile, Enero 2014, pág. 11

<sup>2</sup> CASAS, Lidia, *et al.*: *Ley 20.000. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa*. Serie Estudios y Capacitación, N°8, Defensoría Penal Pública, octubre 2013, pág. 13.

<sup>3</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 42.

el tiempo de su portador, sin embargo, la Ley no define qué debe entenderse por dicho uso o consumo personal, sino que sólo hace mención a criterios que permiten descartarlo, los cuales son:

- 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.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la relevancia práctica de delimitar el alcance y contenido de la circunstancia de consumo personal, es necesario preguntarse si resulta adecuado el actual sistema flexible que entrega al arbitrio de los jueces la determinación en el caso concreto de lo que debe entenderse por consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo o es necesaria una modificación a la Ley 20.000 que introduzca criterios objetivos –adicionales a los existentes- que otorguen certeza al determinar la concurrencia o no de la circunstancia.

La posición que adoptaremos en el desarrollo de este trabajo, es que se deben introducir modificaciones a la Ley 20.000 tendientes a la incorporación de criterios objetivos que permitan a los tribunales determinar de manera uniforme los casos en que se está frente a hipótesis de posesión de drogas para el consumo personal o por el contrario, el destino de las sustancias es el tráfico o microtráfico. Lo anterior se funda en la insuficiencia de los criterios actualmente utilizados por el legislador para descartar la concurrencia de la circunstancia, a saber: la pureza y calidad de la droga, y las circunstancias indiciarias de traficar a cualquier título.

Por consiguiente, el presente trabajo se estructurará en dos capítulos comenzando con una revisión de los aspectos generales de la Ley 20.000 que dicen relación con la regulación del consumo de drogas. La segunda parte de este trabajo está destinada a realizar un análisis pormenorizado de la circunstancia de consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

En el primer capítulo se abordará la problemática de la determinación del bien jurídico protegido en los delito de tráfico/microtráfico de manera conjunta y por separado se realizará el análisis del bien jurídico protegido en los supuestos de consumo tipificados, Luego, se abordará el tema del objeto material en las figuras estudiadas y en último término se realizará una revisión de las figuras que regulan el consumo de drogas en la Ley 20.000.

El segundo capítulo, parte con el análisis de la naturaleza jurídica de circunstancia de consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, para posteriormente intentar determinar qué debe entenderse por dicha expresión, realizando un estudio detallado de cada uno de los elementos que la componen, finalizando con la revisión de los criterios que el legislador ha establecido para excluir la aplicación de la circunstancia y los criterios que ha utilizado la jurisprudencia con dicho fin.

Por último, el trabajo finalizará con las conclusiones en las que se analizará la comprobación o no de la hipótesis planteada.

# CAPÍTULO I. EL CONSUMIDOR Y LA LEY 20.000

## 1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Si bien a nivel doctrinal existe discusión respecto a la determinación de lo que debe entenderse por bien jurídico, podemos señalar de manera sucinta que el “concepto bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal. Son bienes jurídicos, por ejemplo: la libertad, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente [...] La protección de bienes jurídicos es fuente de justificación racional de la función de la pena, lo que quiere decir en último término que ellos también justifican racionalmente la norma penal y el derecho penal en su conjunto”<sup>4</sup>.

La noción de bien jurídico no solo adquiere importancia en la creación de normas, sino que también debe ser considerada por los operadores jurídicos, es decir, la aplicación de la ley penal debe hacerse desde el bien jurídico. Esto significa que no puede apreciarse la comisión de un delito, si el comportamiento no ha provocado una lesión significativa al bien jurídico. El principio dominante en este sentido es el principio de lesividad, que se expresa con el brocardo: *nullum crimen sine iniuria*<sup>5</sup>.

Por otro lado, resulta relevante analizar las normas desde el punto de vista del bien jurídico protegido, debido a que dicho concepto cumple una función crítica del sistema penal, en el sentido de tenerlo sometido a una permanente revisión. Producto de esta función crítica, son los procesos de incriminación que se producen como consecuencia de la aparición de nuevos bienes jurídicos y los de desincriminación de conductas que en relación a lo protegido no aparecen como merecedoras de protección<sup>6</sup>.

Tradicionalmente se ha entendido por la doctrina nacional que el bien jurídico protegido en la legislación que sanciona el tráfico de drogas es la salud pública<sup>7</sup>. Por su parte, la jurisprudencia de forma uniforme ha sostenido la misma idea, sin embargo, los delitos contenidos en la Ley 20.000 nos demuestran, en cada oportunidad que se presenta, ser de una arquitectura compleja, en la que no es posible determinar una única conducta descrita, como queda de manifiesto en los tipos penales de tráfico del artículo 3° y de tráfico de pequeñas cantidades de drogas del artículo 4°, como tampoco es posible establecer un único momento comisivo, patente por las distintas hipótesis que prevé cada una de las normas citadas, además, tampoco es posible a estas alturas, sostener que los tipos penales en la Ley 20.000 respondan a la protección de un único bien jurídico<sup>8</sup>.

Como el tema de este trabajo gira principalmente en torno al análisis de la regulación del consumo personal de drogas y su relación con los tipos penales de los artículos 3°, 4°, 8° y 50 de la Ley 20.000, nos interesa acotar la discusión del bien jurídico a éstos preceptos, en otras palabras, intentaremos esclarecer si realmente se está protegiendo la salud pública al tipificar el tráfico,

---

<sup>4</sup> BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Volumen I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2012, pág. 109.

<sup>5</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 154.

<sup>6</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 116.

<sup>7</sup> Cfr., BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de derecho penal*, Tomo III, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007, pág. 229.

<sup>8</sup> Cfr., REBOLLEDO, Lorena: “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Septiembre 2014, pág. 119.

microtráfico y las figuras de consumo punibles o dicho de otro modo, de qué forma las conductas de tráfico y consumo de drogas lesionan la salud pública. Teniendo en mente este fin procederemos en primer lugar a determinar qué se entiende por salud pública.

### 1.1. Concepto de salud pública.

POLITOFF y MATUS afirman que en estos delitos la salud pública como bien jurídico es “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas”<sup>9</sup>.

GANZENMÜLLER, FRIGOLA y ESCUDERO, sobre la definición de salud pública, señalan que “Aun no existiendo un concepto penal de salud pública, son muchas y variadas las definiciones dadas, y puede desprenderse de todas ellas que la salud pública que protege el derecho penal no consiste únicamente en la salud física de los ciudadanos que componen la colectividad, sino que abarca todas aquellas manifestaciones que inciden sobre el bienestar físico, psíquico y social de la persona y de la comunidad, entendida ésta como el conjunto de personas que conviven de manera estructurada e independiente”<sup>10</sup>.

Por su parte, NÚÑEZ y GUILLÉN señalan que actualmente, el término *salud pública* demanda una condición de bienestar de la colectividad. Ese bienestar de tipo social al que hacemos referencia en su más extensa expresión, deberá ser el fin al que se oriente la protección de la salud pública. Su espacio de protección habrá de superar el nivel orgánico de salud de sus destinatarios en la medida en que la salud del conglomerado social debe ser algo más que la suma de la salud personal de cada uno de sus integrantes. En definitiva, la expresión *salud pública* debe tender a aglutinar tanto los aspectos médicos, sociales y económicos, con el fin de que su delimitación resulte, al menos en principio, provechosa como preludio para abordarla desde una perspectiva netamente jurídica<sup>11</sup>.

En base a las aproximaciones conceptuales entregadas y en concordancia con lo mantenido por REBOLLEDO, podemos concluir que el contenido del bien jurídico *salud pública* estaría al menos conformado por los siguientes elementos:

1. Salud, en todas sus dimensiones, tanto física como psíquica.
2. Involucra a la sociedad en su conjunto; protege la salud de los miembros indeterminados de una colectividad.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 418.

<sup>10</sup> GANZENMÜLLER, Carlos; FRIGOLA, Joaquín y ESCUDERO, José Francisco: *Delitos contra la Salud Pública (II): Drogas, Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes*, Primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, pp. 78-79. Citado en, REBOLLEDO, Lorena: “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Septiembre 2014, pág. 122.

<sup>11</sup> Cfr., NÚÑEZ, Miguel Ángel y GUILLÉN, German: “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código penal”, en *Revista Penal*, N° 22, Julio 2008, pág. 85.

<sup>12</sup> Cfr., REBOLLEDO, Lorena: “El bien jurídico protegido en los...”, pág. 122.

## 1.2. Afectación del Tráfico/Microtráfico a la salud pública

Como se indicó anteriormente, a nivel doctrinal y jurisprudencial se sostiene casi de manera uniforme que las normas que sancionan el tráfico de drogas buscan proteger el bien jurídico *salud pública*. Asimismo, siendo el microtráfico un delito idéntico al de tráfico contenido en el artículo 3° -diferenciado únicamente en su cantidad-, se entiende que su consagración pretende resguardar, con más celo aún, el esgrimido bien jurídico<sup>13</sup>.

Adherimos a la posición mayoritaria considerando a la *salud pública* como el bien protegido de los delitos de tráfico y microtráfico. Podemos llegar a dicha conclusión al tener presente dos premisas:

En primer lugar, para entender de qué forma afectan la salud pública los delitos de tráfico y microtráfico, se debe tener en cuenta que estamos frente a tipos penales que sancionan conductas sin que produzcan una efectiva lesión del bien jurídico, es decir, son delitos de peligro y de peligro abstracto, en los que el legislador adelanta la punibilidad de las conductas por razones de política criminal<sup>14</sup>.

Al ser el tráfico de drogas un delito de peligro abstracto no requiere para su consumación que efectivamente se produzca una lesión en el bien tutelado, sino que solo se requiere su puesta en peligro. De este modo “no interesa si el consumidor usó o no la droga que le fue suministrada a fin de la materialización del delito, desde que se trata de delitos de peligro abstracto que fundan su existencia y esencia en la estadística reveladora de que el resultado lesivo normalmente ocurre. [...] Lo que se trata de prevenir, no sólo es el daño en la propia salud individual del consumidor sino también las consecuencias en la sociedad que ocurren a raíz de este consumo: problemas familiares, accidentes de tránsito, criminalidad”<sup>15</sup>.

En segundo lugar, al ser la salud pública un concepto ligado intrínsecamente a la noción de colectividad, no requiere para su afectación que en la práctica se lesione la salud de personas determinadas. La salud pública ha de ser entendida como un bien jurídico que se levanta sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico salud pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual. Si bien la protección de la salud pública busca también la salvaguarda de la salud individual, no puede confundirse con ésta<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina, jurisprudencia*, Segunda edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2011, pág. 54.

<sup>14</sup> Cfr., BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de derecho penal*, Tomo III, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007, pág. 230.

<sup>15</sup> ALVARADO, Eddie: “La salud pública como bien jurídico tutelado en el narcotráfico”, en *Revista Medicina Legal de Costa Rica*, Vol. 15, 1998. Disponible en formato electrónico en: [http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00151998000200016](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151998000200016) (13/11/2016).

<sup>16</sup> Cfr., NÚÑEZ, Miguel Ángel y GUILLÉN, German: “Moderna revisión del delito de tráfico...”, pág. 84.

En consideración a lo expuesto, estimamos que el peligro para el bien jurídico protegido analizado, radica en que el tráfico de drogas conlleva la *posibilidad de difusión incontrolable* de las sustancias prohibidas.<sup>17</sup>

Siguiendo esta línea, NAVARRO señala que la ley protege a la salud pública de la *difusión incontrolada* de sustancias sicotrópicas en abstracto: “*el riesgo de incontrolabilidad* de la difusión del tráfico requerido por la ley como afectación del bien jurídico es *abstracto*, es decir, consiste en la aptitud siempre *potencial* de la conducta de tráfico para permitir un crecimiento descontrolado del colectivo de personas que, dentro de la sociedad, son demandantes de drogas. Aumento que podría verificarse por la existencia de una oferta de sustancias ilícitas cada vez mayor. Por eso, el legislador ha optado por un sistema de control penal de la oferta de sustancias sicotrópicas”<sup>18</sup>.

Por último, cabe destacar que, aquellas conductas que por las características del caso particular, no pueden poner en peligro la salud pública, *deben considerarse atípicas*, lo que sucederá cuando la conducta no represente un *riesgo de difusión incontrolable de las sustancias prohibidas*<sup>19</sup>.

### 1.3. El consumo típico y la salud pública

Si en el caso del tráfico de drogas no encontramos mayores inconvenientes para señalar que el bien jurídico protegido es la salud pública, no podemos decir lo mismo respecto de los supuestos de consumo tipificados. Pareciera que a la generalidad de la población no le provoca rechazo que se sancionen conductas ligadas al tráfico de drogas y resulta de fácil entendimiento la justificación de la existencia de la norma. Pero cuando nos trasladamos a la discusión de la penalización del consumo, nos encontramos con una serie de argumentos antagónicos que convergen y dificultan encontrar una solución pacífica a la interrogante de si es la salud pública lo que se busca proteger con la prohibición del consumo.

¿De qué forma se protege la salud pública al penalizar el consumo? BUSTOS RAMÍREZ nos entrega una respuesta ligada a la estrecha relación que existe entre las conductas de consumo y tráfico. Al respecto, señala que cuando se sanciona el tráfico de drogas y todos los actos relativos o que le sirven de presupuesto, ciertamente lo que se está haciendo es impedir o prohibir el consumo. Más aún, dentro de esta lógica y en un sistema de libre mercado, si se sanciona la oferta, lo lógico es castigar la demanda, ya que al existir ésta legalmente, se produce una contradicción absurda desde la lógica racional de la economía de mercado. La demanda mantendrá siempre canales de oferta. De ahí que se llegue también a la sanción del consumo<sup>20</sup>.

En otras palabras, bajo esta lógica, la prohibición del consumo sería un mecanismo para atacar el tráfico de drogas, con el fin de desincentivar la realización de ésta última conducta debido a que -como mencionamos anteriormente- el tráfico de drogas lesiona la salud pública, porque

---

<sup>17</sup> Cfr., MATUS, Jean Pierre: "Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes", en *Anexo de la Gaceta Jurídica*, N° 228 y 229, 1999, pág. 4.

<sup>18</sup> NAVARRO, Roberto: "El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del Art. 4° de la Ley N°20.00", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVI, 2005, págs. 285-286.

<sup>19</sup> Cfr., MATUS, Jean Pierre: "Dogmática de los delitos relativos al...", pág. 4.

<sup>20</sup> Cfr., BUSTOS, Juan: *Coca cocaína. Política criminal de la droga*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, págs. 98-99.

representa en abstracto, un riesgo incontrolable de difusión de sustancias estupefacientes prohibidas por ley. Por lo tanto, se castiga el consumo porque fomenta una conducta que lesiona la salud pública, no porque el consumo implique de forma autónoma una lesión al bien jurídico. Por consiguiente, la medida de peligro para la salud pública sería generada por la existencia del tráfico y no del consumo de drogas. En este último caso quien resulta afectado solo es el consumidor, quien podrá ver perjudicada su salud. Y, en este punto al Estado sólo le cabe *prevenir*, convencer a las personas para que no consuman; en ningún caso forzarlo a actuar de uno u otro modo. La *salud individual* no puede ser la justificante de la persecución penal, pues ésta es disponible. Este es, de acuerdo a los preceptos constitucionales, el principal inconveniente que encuentra la ley y salvarla implicaría, irracionalmente, crear una figura penal de *autolesiones*<sup>21</sup>.

En conclusión, el tráfico de drogas es la figura penal a través de la cual se busca proteger la salud de la colectividad. Por su parte, el consumo de drogas solo sería un atentado a la salud individual y en consecuencia no representaría un peligro para el bien jurídico *salud pública*, porque como dijimos anteriormente, uno de los elementos distintivos de este bien jurídico es el carácter colectivo al que se orienta su protección.

Criticamos la postura analizada que considera la criminalización del consumo como un mecanismo para atacar la oferta de drogas, ya que si el objetivo de la norma es sancionar la demanda de los consumidores porque fomenta la oferta ligada al tráfico y no porque represente un atentado a la salud pública, entonces una forma de solucionar el problema sería que exista una oferta de drogas y sustancias psicotrópicas controlada y regulada por parte del Estado, estableciendo mecanismos legales de abastecimiento para que los consumidores no tengan que recurrir a traficantes para abastecerse, porque como veremos más adelante los consumidores actualmente se ven obligados a delinquir para poder obtener droga para su consumo, dicho problema abarca tanto al consumo típico, como al atípico. De esta forma, por una parte se eliminaría el riesgo de difusión incontrolada de drogas y a la vez se protegería a los consumidores.

Siguiendo la idea anterior, MUÑOZ CONDE señala: “Mejor que sea la administración que no unos desaprensivos que están haciendo el más grande de los negocios a costa de la pasividad de la administración y la sociedad. Hay que ser imaginativos y hay que tomar la delantera. Hay que acabar con el narcotráfico ilegal, antes de que éste acabe con nosotros. El narcotráfico ilegal de drogas es un cáncer que le ha salido a la economía capitalista, consecuencia de un afán desmedido de lucro y de capital. La actual política penal represiva no hace más que favorecerlo, hay que aislarlo y luchar con él con sus mismas armas, quitándoles el mercado. Pero esto no puede suceder más que quitándoles los clientes, ofreciéndoles, en condiciones sanitarias y económicas aceptables, el producto que éstos desean”<sup>22</sup>.

Pareciera ser que es la salud individual lo que realmente se busca proteger al tipificar el consumo, siendo así, podríamos decir que al prohibir el consumo el legislador estaría creando un tipo penal de autolesiones, donde se protege a los individuos de una autolesión voluntaria. A

---

<sup>21</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, págs. 62-63.

<sup>22</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y AUNIÓN ACOSTA, Bella: “Drogas y Derecho Penal”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 5, 1991, pág. 156.

consecuencia de esto, se produce una vulneración de la esfera de autonomía de los consumidores, que solo debería verse limitada cuando se transgredan autonomías ajenas, lo que no ocurre en este caso, en la medida que es el propio individuo quien libremente decide consumir. En un Estado democrático que supone el respeto del plan de vida libremente escogido por sus ciudadanos - cuando éste no afecte los derechos de terceros- cada individuo debería ser libre de consumir las sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas que estime conveniente, sea cultivando, elaborando o comprándolas<sup>23</sup>.

Por su parte, nuestro legislador ha reconocido en algún grado la libertad de los individuos para consumir drogas, aunque de una manera muy reducida, porque al realizar una interpretación sistemática de la Ley 20.000 se llega a la conclusión que es atípico solo el consumo personal de drogas no concertado y realizado en un lugar privado, bajo esta lógica se entiende que cualquier conducta realizada fuera de esa esfera atenta de manera irremediable a la salud pública. ¿De qué forma se manifestaría tal vulneración? Se ha entendido que en la posibilidad de difusión incontrolable del consumo de drogas, que significaría un contraproducente “contagio moral” de este acto o más correctamente su socialización<sup>24</sup>.

Por otro lado, resulta contradictorio mantener que la prohibición del consumo de drogas tiene como objetivo proteger la salud pública, debido a que solo se sanciona el consumo de determinadas sustancias que son consideradas ilegales por el legislador. La política que distingue el tratamiento de las drogas legales e ilegales, siendo todas sin excepción, nocivas en mayor o menor grado, no se hace en función de la protección de la salud pública, sino de otros criterios, culturales, geopolíticos o económicos<sup>25</sup>. Al respecto, MUÑOZ CONDE señala “la situación no puede ser más paradójica: Al ciudadano que se le permite beber alcohol hasta caer redondo, que se le invita en toda reunión social, fiesta o celebración, a fumar y libar toda suerte de bebidas alcohólicas; al que se le deja en libertad para suicidarse, autolesionarse, o automutilarse, al que se le deja arruinarse en el bingo o consumir o comprar por encima de sus posibilidades, no se le deja, en cambio, adquirir las drogas que se declaran ilegales; curiosa protección a la salud ésta que solo se dispensa incluso obligatoriamente, respecto a unas sustancias y no respecto a otras que pueden ser tan nocivas como las que se prohíben”<sup>26</sup>.

Por último, si al tipificar el consumo se busca proteger la salud pública, cabe preguntarse ¿De qué forma se puede proteger la salud de los consumidores imponiéndoles una sanción penal? Al respecto mantenemos que, si lo que se busca es proteger la salud de las personas la respuesta estatal debe cambiar el foco, no se puede dar un tratamiento penal a sujeto que es calificado como enfermo, por el contrario, lo que se necesita es la creación de programas de rehabilitación que funcionen efectivamente y que su aplicación considere el carácter voluntario de éstos, porque lo se busca es realizar un cambio conductual y difícilmente se logrará dicho objetivo con planes de rehabilitación como los que contempla el artículo 50 de la Ley 20.000 que tienen el carácter de sanción y, por lo tanto, relegan la voluntad de los consumidores.

---

<sup>23</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, pág. 62.

<sup>24</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 63.

<sup>25</sup> Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco y AUNIÓN ACOSTA, Bella: “Drogas y Derecho Penal”, pág. 153.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pág. 153-154.

Si lo que se pretende es proteger la salud pública o incluso la salud individual, la política de drogas del Estado debe comenzar por centrar su atención en el campo de la prevención de la demanda y de la asistencia a los consumidores. La propaganda negativa de todas las sustancias nocivas y la educación farmacológica y sanitaria de la población deben ser el objetivo prioritario de la intervención del Estado<sup>27</sup>. Por consiguiente, la política estatal de drogas debe respetar el carácter de última ratio del Derecho Penal.

## 2. OBJETO MATERIAL DEL TRÁFICO, MICROTRÁFICO Y CONSUMO

Respecto al objeto material haremos la misma precisión que hicimos al analizar el bien jurídico protegido de la Ley 20.000. Debido a que el tema central de este estudio es la regulación del consumo personal y la necesidad de establecer criterios de distinción respecto de los tipos de tráfico y microtráfico, es pertinente analizar el objeto material de estos delitos.

El objeto material de las figuras delictivas ha sido definido como “aquella cosa o persona sobre la cual recae la acción”<sup>28</sup>. Por su parte, GARRIDO MONTT señala que se entiende por tal “la persona o cosa sobre la que recae la acción. Cuando se trata de una persona normalmente coincide con el sujeto pasivo”<sup>29</sup>.

En el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, su objeto material se encuentra mencionado en el artículo 1° de la Ley N° 20.000, al que arribamos a través del reenvío que realiza el artículo 3°, donde se encuentra la descripción típica. En concreto nos referimos a las “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”<sup>30</sup>. Lo mismo podemos decir respecto al objeto material de las faltas de consumo reguladas en el artículo 50 debido a que éste también realiza una remisión al artículo 1° de la Ley 20.000 al disponer que “Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1° [...] serán sancionados con alguna de las siguientes penas”. Por lo tanto, la ley sanciona como falta a los hechos de consumo de alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1° de la ley de drogas.<sup>31</sup>

Dado que es amplísimo el universo de sustancias o drogas que pueden calificarse de estupefacientes o sicotrópicas y que, además, produzcan dependencia física o psíquica, la doctrina ha formulado dos sistemas que delimitan el objeto material: el *nominal* y el *conceptual*.

El *sistema nominal* consiste en la determinación de las sustancias o drogas cuyo tráfico ilícito se persigue, a través de listados que las enuncian taxativamente, lista que puede ser elaborada por algún organismo estatal o establecida en tratados internacionales. Por su parte, se entiende por el *sistema conceptual* la prohibición de todas las drogas, que según el criterio del juez cumplan con

---

<sup>27</sup> Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco y AUNIÓN ACOSTA, Bella: “Drogas y Derecho Penal”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 5, 1991, pág. 156.

<sup>28</sup> CURY, Enrique: *Derecho Penal: Parte general*, Octava edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pág. 290.

<sup>29</sup> GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 74.

<sup>30</sup> MARCAZZOLO, Ximena: “El objeto material en el delito de tráfico ilícito de drogas”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 41, 2009, pág. 91.

<sup>31</sup> Cfr., BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de derecho penal*, Tomo III, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007, pág. 240.

un concepto penal autónomo de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que tenga en cuenta las concretas finalidades del Derecho Penal<sup>32</sup>. Por lo tanto, el *sistema conceptual* implica un análisis caso a caso por parte del juez para realizar la determinación del contenido del objeto material.

La doctrina nacional entiende que en nuestro país se ha optado por el primero de los sistemas expuestos -*sistema nominal*-, ya que el mecanismo empleado por el legislador en la descripción del objeto típico corresponde al de la ley penal en blanco<sup>33</sup>. En efecto, la Ley 20.000 no tiene la cualidad de bastarse a sí misma, pues contiene remisiones a otra norma de inferior jerarquía -su reglamento-, ya que responde a necesidades imperiosas de regular materias extraordinariamente cambiantes y dinámicas, como es el caso de las sustancias psicotrópicas<sup>34</sup>.

Ley 20.000 en su artículo 63 establece que un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8°. El mencionado reglamento fue implementado mediante el Decreto N° 867, publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 2008, el cual reemplazó al aprobado por el Decreto Supremo N° 565 publicado en el Diario Oficial el 26 de enero de 1996.

El reglamento actualmente vigente clasifica las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, *capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud* en su artículo 1°. Por su parte, el artículo 2° del mismo cuerpo normativo enumera aquellas sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica *que no producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud*<sup>35</sup>.

Por último, para cerrar el tema del objeto material, cabe mencionar que la distinción entre drogas duras y blandas conlleva una importante consecuencia relativa a la determinación de la sanción concreta a aplicar, por cuanto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 20.000, cuando las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica *no causen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud*, el juez podrá rebajar la pena hasta en un grado. Se trata de una rebaja facultativa, que se resuelve caso a caso<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, págs. 70-71.

<sup>33</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 71-72.

<sup>34</sup> Cfr., BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de derecho penal*, Tomo III, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007, pág. 246.

<sup>35</sup> Cfr., MARCAZZOLO, Ximena: "El objeto material en el delito...", pág. 92.

<sup>36</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 92.

### **3. EL CONSUMIDOR EN LA LEY 20.000**

El consumo en nuestro país fue en algún momento absolutamente impune, entendiéndose por esto, la ausencia de restricciones que han sido incorporadas en las distintas leyes que han regulado la materia<sup>37</sup>.

En este sentido, la Ley 18.403 publicada el 4 de marzo de 1985 -antecesora de la 19.366- establecía en su artículo 12 que si una persona era sorprendida consumiendo o las circunstancias indicaban que acababa de hacerlo, o era sorprendido portando drogas, ésta era puesta a disposición de la justicia para los efectos de someterlo a exámenes médicos que indicaran si era o no dependiente de dichas sustancias, y su grado de fármaco-dependencia<sup>38</sup>. Si el examen señalaba habitualidad en el consumo, el juez podía ordenar la internación inmediata del sujeto en algún establecimiento calificado por el servicio de salud o si lo estimare procedente, podía autorizar un tratamiento sin internación, pero sujeto a controles médicos por parte del Servicio de Salud. De lo mencionado, se evidencia la *no punibilidad del consumo de drogas*, sin perjuicio de las facultades del juez del crimen ya referidas<sup>39</sup>.

Posteriormente, desde el 30 de enero de 1995 la Ley 19.366, sancionó penalmente el consumo de drogas. Ello, en gran parte debido a la influencia que produjo la incorporación en nuestro derecho interno de la Convención de Viena de 1988, lo cual formalmente ocurrió mediante la dictación del Decreto N°543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990<sup>40</sup>. La Ley 19.366 en su artículo 41 sancionó como falta el consumo y porte de drogas en lugares públicos, cometido por mayores de 18 años. Además, se castigó el consumo de drogas efectuado en recintos privados cuando exista concierto previo<sup>41</sup>.

Luego de esta breve mención a la legislación anterior, pasaremos a revisar de qué forma ha sido regulado el consumo en la Ley 20.000.

#### **3.1. Criminalización directa: el consumo típico**

A la hora de abordar regulación del consumo, nuestro ordenamiento penal se ha inclinado por su tratamiento como generador de responsabilidad penal, ponderando e interrelacionando diversas circunstancias, tales como:

- i. Lugar de consumo
- ii. Sujeto activo que desarrolla la conducta
- iii. Proximidad del consumo en relación a la posesión de la droga
- iv. Existencia de acuerdo previo para el consumo
- v. Actividad desarrollada por el sujeto<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, págs. 98-99.

<sup>38</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 100.

<sup>39</sup> Cfr., MARCAZZOLO, Ximena: "El consumo de drogas en la legislación internacional y nacional", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 44, 2010, pág. 139.

<sup>40</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 139.

<sup>41</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 142.

<sup>42</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: "Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas", en *Boletín del Ministerio Público*, Edición Especial, N° 32, 2007, pág. 243.

Para su mejor comprensión analizaremos por separado las disposiciones de la Ley 20.000 que sancionan el consumo. En primer lugar, haremos referencia al tratamiento del consumo tipificado como delito y, en segundo lugar, analizaremos la punición del consumo a título de falta.

### 3.1.1 El consumo de drogas sancionado como delito

Nuestro legislador penal, en un criterio altamente criticable, reguló como delito el consumo proveniente de determinados sujetos activos por su sola condición y eventual función, aumentando la pena ya establecida como delito para ellos, en consideración al lugar<sup>43</sup>.

En efecto, el artículo 14 de la Ley 20.000 sanciona con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio el consumo de alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5° de la misma ley, realizado por los siguientes sujetos: El personal militar mencionado en el artículo 6° del Código de Justicia Militar -con excepción de los conscriptos-, de la Policía de Investigaciones de Chile, de Gendarmería de Chile y el de Aeronáutica a que se refiere el artículo 57 del Código Aeronáutico.

El inciso segundo del mismo artículo, establece que se aplicará la sanción de presidio menor en sus grados medio a máximo, es decir, se aumenta en un grado la pena en los casos en que el consumo señalado anteriormente se realizare en los lugares o situaciones mencionados en el artículo 5° N° 3°, del Código de Justicia Militar, éste último menciona, entre otros: los cuarteles, campamentos, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas. Además, hay que mencionar que los conscriptos que habían sido excluidos de sanción en el inciso primero del artículo 14, son sancionados si consumen drogas en los lugares o situaciones mencionados en el artículo 5 N° 3 del Código de Justicia Militar.

El inciso quinto del artículo 14 señala que *“las mismas penas expresadas en los incisos anteriores se aplicarán al respectivo personal si guarda o porta consigo dichas sustancias, aun cuando sean para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”*. Es decir, la ley castiga con penas de *delito* la acción de guardar o portar drogas cuando sea realizada por los sujetos a que hace mención el inciso primero del artículo 14.

Nos parecen criticables las altas penas que impone el artículo 14, puesto que no hay justificación suficiente para considerar la especial función de los sujetos activos como argumento para aplicar una pena de delito, considerando que la misma conducta realizada por otro sujeto se sanciona como falta. En este sentido, la desproporción de la ley resulta evidente y no se debe olvidar que las sanciones que establece el Derecho Penal han de entenderse como *última ratio*.

El artículo 15 de la Ley 20.000, por su parte, sanciona a los oficiales y personal de la marina mercante, que a bordo o en el cumplimiento de sus funciones, *porten* para su exclusivo uso personal y próximo en el tiempo o *consuman* alguna de las sustancias señaladas en los artículos 1° y 5°.

“No queda claro el fundamento de la norma, su razón de ser ni el bien jurídico protegido, ya que si se piensa en la calidad de dichas personas se extraña a tantas otras que debieron incluirse;

---

<sup>43</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...”, pág. 246.

si se piensa en la importancia de la actividad que las mismas desarrollan, igualmente pueden agregarse tantas otras; y de ser así no se entendería por qué se sanciona el simple porte independiente del consumo. En efecto, estos sujetos podrán ser acreedores de la sanción penal, por el solo porte, aunque *no consuman*<sup>44</sup>.

### 3.1.2 El consumo de drogas sancionado como falta

El artículo 50, ubicado en el párrafo 1° del título IV de la Ley 20.000, regula tres distintas hipótesis de faltas comunes donde el consumo resulta penado. Se trata de los supuestos de consumo en lugares públicos o abiertos al público, el porte o tenencia en tales lugares y el consumo concertado en lugares privados<sup>45</sup>.

Por su parte, el artículo 51, ubicado en el párrafo 2° del título IV, regula distintas hipótesis de faltas especiales en que la sanción pecuniaria del artículo 50 se aplicará en su máximo, si la falta del artículo anterior se realiza en los lugares que la norma señala. Procederemos a analizar individualmente cada uno de los supuestos mencionados.

#### a. *Consumo en lugares públicos o abiertos al público:*

El artículo 50 inciso 1° establece la prohibición de consumir en los “*lugares públicos y abiertos al público*”, alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas a las que hace mención el artículo 1° de la Ley 20.000 y señala, a modo de ejemplo, los siguientes lugares: caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación.

Es importante destacar que la ley distingue “entre “lugares públicos” o “abiertos al público”, siendo esta última expresión sinónimo de “sitios”, esto es, espacios que no se encuentran cerrados, aunque pudieran estar delimitados, y en cuanto a su dominio pueden ser tanto privados como públicos<sup>46</sup>.”

Además, hay que recordar que a diferencia de lo que ocurre con el consumo realizado en privado, se ha entendido que el consumo realizado en lugares públicos o abiertos al público sí conlleva una sensibilización del bien jurídico protegido mediante un real o supuesto efecto multiplicador que la exposición pública -o en público- del consumo podría acarrear<sup>47</sup>. Postura que nosotros criticamos anteriormente, al analizar el bien jurídico protegido en las figuras de consumo punibles, porque no se evidencia claramente de qué forma se lesiona la salud pública con estas conductas.

#### b. *Porte o tenencia en lugares públicos o abiertos al público*

El inciso tercero 3° del artículo 50° dispone que se aplicarán las mismas penas de la falta anterior “a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”.

<sup>44</sup> MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...”, pág. 247.

<sup>45</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, págs. 107-108.

<sup>46</sup> Cfr., BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de derecho penal*, Tomo III, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007, pág. 240.

<sup>47</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, pág. 110.

Respecto a esta falta, hay que tener presente que “no debe existir prueba indiciaria que evidencie la intención de traficar con las drogas o sustancias. Si el ente persecutor demuestra al tribunal que el porte o tenencia del individuo era una actividad antecedente al tráfico de las mismas, la conducta del acusado podrá encuadrarse en los artículos 3° o 4°, dependiendo del criterio del juzgador”<sup>48</sup>.

Por último, se debe señalar que la disposición requiere un cuidadoso ejercicio interpretativo que la armonice tanto con el art 4° de la ley, como con la Carta Fundamental. Adherimos, de este modo, a aquella corriente jurisprudencial que, basándose en el principio de la consunción inversa, ha declarado que no constituye delito el porte de drogas *sin ostentación* en lugares públicos para el consumo personal en lugares privados, puesto que la atipicidad del consumo personal de estas sustancias absorbe la tipicidad del acto preparatorio, esto es, el porte en lugares públicos para su consumo en lugares privados. De tal forma que la ostentación de la tenencia o porte justificaría la sanción por entenderse como una conducta que propende el consumo y compra de drogas<sup>49</sup>.

*c. Consumo concertado en lugares privados:*

El inciso 4° del artículo 50 dispone que las mismas penas señaladas en su inciso 1° serán aplicadas a “quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito”.

Resulta criticable, como ya lo hemos mencionado, fundamentar la racionalidad de la disposición “en la exposición en público, aunque sea selecto, del consumo personal, previendo un posible efecto multiplicador en quienes no siendo consumidores pudieren eventualmente encontrarse o ingresar a los recintos privados donde se consume”<sup>50</sup>.

Si el bien jurídico que busca proteger la norma es la salud pública y se entiende que éste protege la salud de la colectividad y no la individual, y la medida de peligro radica en el peligro de difusión incontrolable de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, no queda claro en este caso, de qué forma el consumo privado concertado vulneraría la salud pública. A lo sumo se podría argumentar una vulneración de la salud individual de los que consumen y de aquellos que *eventualmente pudieren encontrarse o ingresar a los recintos privados donde se consume*, pero en la hipótesis de consumo privado concertado no se ve de qué forma podría manifestarse *el riesgo de difusión incontrolable*, ni aun de modo abstracto, porque la conducta se circunscribe a un número reducido y determinados de sujetos, ya sea los que consumen o los que presencian el consumo.

Además, se exige que el consumo haya sido “*concertado*”, es decir, requiere un acuerdo previo, por lo que si el consumo se realiza de forma espontánea no debería ser sancionado, con lo que pierde lógica la prohibición, porque se estaría diciendo que el consumo de drogas realizado por un grupo de sujetos concertados para tal propósito sí lesiona la salud pública, pero el consumo espontáneo realizado por los mismos sujetos en privado no produce afectación al bien jurídico.

---

<sup>48</sup> CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, pág. 111.

<sup>49</sup> *Cfr., Ibídem*, págs. 113-116.

<sup>50</sup> MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Tercera edición, Legal Publishing, Santiago, 2015, pág. 484.

### 3.2 Criminalización indirecta: Delinquir para consumir

Ley N° 20.000 permite el consumo privado personal de drogas (como veremos a continuación), sin embargo, sanciona prácticamente todas las conductas que permiten su obtención. Por otro lado, “no existe uniformidad en la forma de aplicación de estas normas por los Tribunales de Justicia, lo que provoca un clima de inseguridad jurídica con relación al consumo de drogas”<sup>51</sup>.

Este problema lo denominamos *criminalización indirecta*, porque si bien entendemos que de la interpretación de la Ley 20.000 se desprende que es lícito el consumo privado no concertado, nos encontramos con que son ilícitas todas las posibles vías de obtención de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, por lo que los consumidores resultan criminalizados de *forma indirecta* al querer realizar una conducta atípica, pues para acceder a la sustancia se deben vincular con el tráfico ilegal o cultivar en forma ilícita.

En este sentido, “el espíritu de la ley no era hacer punible una afectación puramente personal producida por la droga. No obstante, esa finalidad no se estaría cumpliendo, porque de todas formas el consumidor requiere tener acceso a la sustancia, comprarla, cultivarla, proveérsela de algún modo”<sup>52</sup>.

#### 3.2.1 Cultivo y autocultivo en la Ley N° 20.000

El tipo penal de cultivo de especies vegetales lo analizaremos en este punto por estar en estrecha relación con la criminalización indirecta.

El artículo 8° de la Ley 20.000 sanciona con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales al que careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual solo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes. Por su parte, el inciso segundo señala que según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado.

Lo anterior tiene como consecuencia que “el autocultivo, es decir, un cultivo para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, en la actualidad no es considerado lícito en la Ley”<sup>53</sup>, sancionándose como falta.

---

<sup>51</sup> LORENZINI, Pablo, *et al.*: *Evaluación de la Ley 20.000*, Departamento de evaluación de la Ley, Cámara de Diputados de Chile, Enero 2014, pág. 127.

<sup>52</sup> *Ibidem.*, pág. 35.

<sup>53</sup> *Ibidem* pág. 37.

### 3.3 El consumo atípico

La ley no señala expresamente cuales son los requisitos que se deben reunir para que la conducta de consumo de drogas resulte atípica. Dicha circunstancia se desprende de la lectura de los artículos 4° -que regula el microtráfico- y el artículo 50° -que contiene la falta de consumo-, previamente analizada.

Para lograr determinar cuándo el consumo se considera atípico en nuestro país, analizaremos en el primer lugar la regulación del microtráfico. “La principal modificación en materia de tipos penales introducida por la Ley N° 20.000, respecto de la derogada Ley N° 19.366, es la incorporación del delito de microtráfico en su artículo 4°, que castiga, sin hacer distinción entre la naturaleza de la droga traficada, con la pena de presidio menor en sus grados medios a máximo al que sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1° [...] 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”<sup>54</sup>.

La circunstancia de estar destinada la droga al *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo* excluye la responsabilidad penal a título de microtráfico, de acuerdo a lo establecido en el inciso 1° del artículo 4° de la Ley 20.000. Sin embargo, la concurrencia de esta circunstancia no implica automáticamente la exclusión de toda clase de responsabilidad penal, sino que este efecto se dará solamente en hipótesis que empíricamente tienden a darse muy excepcionalmente<sup>55</sup>.

Aquí es donde entra en juego el artículo 50 analizado, del que podemos desprender que se sanciona el consumo cuando se realiza en lugares públicos, el consumo concertado ya sea que se realice en lugar privado o público y el porte o tenencia de drogas en lugares públicos o abiertos. En consecuencia, solo quedarían excluidas de castigo las conductas de consumo realizadas en recintos privados.

Por lo tanto, se concluye que la conducta destinada al consumo que tenga las características de ser personal, exclusivo y próximo en el tiempo, no es sancionable con las penas que el artículo 4° señala; no obstante, si el porte tenencia o consumo es efectuado en lugares públicos o abiertos al público, como los que señala el artículo 50 de la Ley, la conducta configura una falta.

De la relación sistemática del artículo 4° y el artículo 50° de la Ley, se concluye que, en definitiva, sólo es atípica la conducta orientada al consumo privado que cumpla las anteriores características, es decir, un consumo personal, próximo y exclusivo en el tiempo<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Tercera edición, Legal Publishing, Santiago, 2015, pág. 445.

<sup>55</sup> Cfr., CASAS, Lidia, et al.: *Ley 20.000. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas...*, pág. 43.

<sup>56</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, pág. 59.

### **3.4 La circunstancia de estar destinada la droga o sustancia objeto de la conducta al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.**

La circunstancia de que la droga o sustancia objeto de la conducta se encuentren destinadas al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de su portador, constituye una de las materias que más inconvenientes ha planteado a nuestros tribunales. Las máximas de la experiencia nos indican que la conducta tipificada llevada a cabo por el microtraficante, deslinda inevitablemente con aquellos supuestos de consumo, sea en la intimidad o en espacios públicos. Y la necesidad de distinguir ambas conductas se debe a que, como lo hemos mencionado anteriormente, en determinadas circunstancias, el consumo es impune en nuestra legislación<sup>57</sup>.

Para establecer la distinción entre el delito de microtráfico y la figura de consumo personal, la jurisprudencia ha desarrollado un sistema de criterios o indicios. Entre estos criterios, se encuentran: 1) la pureza de la droga, 2) si la realidad socioeconómica del imputado se condice con el tipo y cantidad de droga poseída, 3) presencia en el domicilio de utensilios con restos de droga, como consecuencia de su preparación para posterior venta, 4) presencia de balanzas o pesas para dosificar la droga, 5) forma de distribución de la droga, 6) posesión de distintos tipos de drogas al momento de la detención, y 7) forma de ocultamiento de la droga<sup>58</sup>.

El análisis de los criterios enunciados anteriormente y el modo en que cada uno de ellos ha sido interpretado por los tribunales para determinar si concurre en el caso concreto la circunstancia de consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, será el tema central de estudio del segundo capítulo de este trabajo. Como también el alcance y contenido de la expresión “*consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo*”.

---

<sup>57</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico...*, pág. 98.

<sup>58</sup> Cfr., *Ibidem*, pág. 51.

## CAPÍTULO II: LA CIRCUNSTANCIA DE CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO EN LA LEY 20.000.

### 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CIRCUNSTANCIA CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO<sup>1</sup>

Tradicionalmente la doctrina ha entendido que los artículos 4° y 8° de la Ley 20.000 contienen una causal de justificación al contemplar en su regulación la fórmula “consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”, en este sentido, se señala que el artículo 4° al tratar el microtráfico, estableció, luego de la sanción de la conducta penalmente reprochable, *una causal de exclusión de la responsabilidad* al señalar expresamente “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*”<sup>2</sup>.

Por su parte, se señala que el artículo 8° al regular como delito la siembra o plantación de especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes sin la competente autorización, incluye *la justificante* de uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, ya que al concurrir dicha circunstancia solo se aplican las penas del artículo 50 de la misma Ley y por lo tanto la conducta no se sanciona como delito, sino como falta<sup>3</sup>.

Por otro lado, hay autores que consideran como elemento negativo del tipo la circunstancia de estar destinada la droga al consumo personal. Al respecto, MATUS Y RAMÍREZ señalan que el inciso primero del artículo 4° de la Ley 20.000, incluye un elemento negativo del tipo, al disponer que el mismo no será aplicable si el acusado justifica que las pequeñas cantidades que posee, transporta, guarda o porta “están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”<sup>4</sup>.

CISTERNAS también considera como elemento negativo del tipo la circunstancia analizada, señalando, que el delito de microtráfico contempla causales o supuestos de atipicidad. Éstas serían, la circunstancia de estar destinada la droga o sustancia objeto de la conducta a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo<sup>5</sup>.

Sin embargo, como veremos, resulta discutido calificar la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo como una causal de justificación o un elemento negativo del tipo, por lo que se podría sostener que posee una naturaleza jurídica diversa. En efecto, postulamos que la concurrencia de la circunstancia analizada no implica la exclusión de la

---

<sup>1</sup> A efectos de este estudio consideraremos que la figuras de tráfico y microtráfico se diferencian solamente por la cantidad de droga a la que resultan aplicables, por ello en la mayoría de los casos no realizamos un análisis diferenciado de ambas figuras, por lo tanto, las conclusiones dadas para el microtráfico, también son aplicables para el tráfico de drogas. Se harán las distinciones cuando las consideremos necesarias. De este modo, la sola lectura de los dos primeros incisos del artículo 4° demuestra que las conductas que en él se mencionan, no son diferentes de la facilitación de sustancias para el consumo ajeno, el tráfico en sentido amplio y estricto, salvo por la mención de que éste recaiga *en pequeñas cantidades*. Cfr., MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Tercera edición, Legal Publishing, Santiago, 2015, pág. 446

<sup>2</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas”, en *Boletín del Ministerio Público Edición Especial*, N° 32, Septiembre de 2007, pág. 246.

<sup>3</sup> Cfr., BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de derecho penal*, Tomo III, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007, pág. 234.

<sup>4</sup> Cfr., MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal...*, pág. 447.

<sup>5</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 94.

responsabilidad penal, sino que solo excluye la sanción de la conducta como delito, pero se mantiene el reproche de la conducta, sancionándose como falta. Para fundamentar nuestra posición analizaremos brevemente qué se entiende por causales de justificación y elementos negativos del tipo.

La doctrina tradicional, mantiene la división tripartita de la teoría del delito, estimando la antijuridicidad como un elemento independiente de la tipicidad. Es en este estadio donde se estudian las causales de justificación<sup>6</sup>. La antijuridicidad puede ser definida como “la realización del tipo que no se encuentra especialmente autorizada”<sup>7</sup>.

La tipicidad de una conducta se presenta como un indicio de la antijuridicidad, de este modo se entiende, que el hecho de que una conducta sea típica no implica necesariamente que a la vez, sea antijurídica. Así, quien mata a otro comete una acción típica, pero si lo hace en legítima defensa, entonces su conducta es típica, pero no antijurídica, dado que en la especie concurre una causal de justificación. La verificación de la ilicitud de un comportamiento típico, se logra cuando se constata que no hay una norma permisiva de ese comportamiento, o sea, que no concurre en el caso concreto una causal de justificación<sup>8</sup>. Por lo tanto, “si una acción es típica y además antijurídica, puede afirmarse que ella es *ilícita o injusta*”<sup>9</sup>.

En definitiva, “las causales de justificación son autorizaciones legales expresas para realizar conductas típicas, en tanto la antijuridicidad implica la presencia de una conducta típica y la simultánea ausencia de causales de justificación que autoricen la realización de esa conducta típica”<sup>10</sup>.

Por otro lado, 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 típica o atípica<sup>11</sup>.

Al respecto GARRIDO MONTT señala que, “el juicio de valor del tipo no tendría un carácter provisorio o indiciario, sino un carácter definitivo (*ratio essendi*), porque en el tipo se incorporan todos los elementos inherentes al injusto, tantos los descritos por la figura específica (positivos), como aquellos que excluyen la naturaleza de injusto del acto (elementos negativos del tipo), constituidos precisamente por las causales de justificación. De consiguiente, el tipo estaría integrado, por elementos positivos -los señalados en la ley en cada caso- y los elementos negativos -aquellos que si bien no están comprendidos en la descripción, excluyen la antijuridicidad del acto-

---

<sup>6</sup> Cfr., SALAZAR, Andrés: “El consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo: su naturaleza jurídica a la luz de la ley de drogas”, pág. 3, Disponible en: [http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo\\_4\\_Ley\\_20000\\_Consumo\\_Personal\\_AS.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_4_Ley_20000_Consumo_Personal_AS.pdf) (20/12/2016).

<sup>7</sup> BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, Parte general, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007 pág. 232.

<sup>8</sup> Cfr., GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 142.

<sup>9</sup> BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, Parte general, pág. 232.

<sup>10</sup> *Ibidem.*, 232.

<sup>11</sup> Cfr., SALAZAR, Andrés: “El consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo...”, pág.3, (20/12/2016).

o sea, las causales de justificación; éstas dejarían de ser tales para incorporarse en el tipo penal como sus elementos negativos”<sup>12</sup>

Si el tipo es un juicio de valor no ha de serlo solo provisoriamente, sino definitivamente. La única forma de conseguirlo es admitir que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y viceversa, por lo tanto, *la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad*. Según esto, 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, conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurran causas de justificación<sup>13</sup>.

La principal crítica que se realiza a la teoría de los elementos negativos del tipo, es que no distingue 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). Así, se ha dicho que de conformidad con dicha teoría, resulta igual matar a un mosquito que matar a un hombre en legítima defensa, pues ambas conductas serían atípicas. Esta solución, sin embargo, contrasta con los criterios axiológicos imperantes en la sociedad que, sin duda, evalúa ambas situaciones de manera distinta<sup>14</sup>.

Es importante señalar, que al ser aplicadas en la práctica, las dos posiciones analizadas tendrían un efecto similar, que sería, excluir toda posibilidad de castigo penal para la conducta realizada, la diferencia estaría dada por la forma en que se soluciona el problema y no por el resultado al que se llega. En efecto, por una parte, si se estima que concurre una causal de justificación, *la consecuencia es la exclusión de la antijuridicidad*, por otro lado, los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, estimarán que si concurre uno de ellos, *la conducta es atípica*. Por lo tanto, si se estima que subsistiese el reproche penal de la conducta realizada -entendiendo por éste la aplicación de una sanción por parte del sistema- a pesar de que concurra la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, no podríamos calificar dicha circunstancia como causal de justificación, ni como elemento negativo del tipo.

No resulta correcto afirmar que la circunstancia de consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo es una causal de justificación o un elemento negativo del tipo, debido a que -como hemos mencionado en varias ocasiones<sup>15</sup>- solo en situaciones excepcionales el consumo de drogas y las conductas destinadas a ese fin son consideradas atípicas y conllevan la absolución del sujeto involucrado. De este modo, quien porta sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en principio comete el delito de tráfico de drogas. Si ese porte es realizado sobre una “pequeña cantidad” de drogas destinadas a otro fin que no sea su uso o consumo personal y exclusivo, el agente debe ser condenado por el delito del artículo 4° de la Ley 20.000; si por el contrario, el porte de “pequeñas cantidades” de psicotrópicos está destinado al autoconsumo, la sanción que se debe aplicar es la

---

<sup>12</sup> GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal: Parte General...*, pág. 144.

<sup>13</sup> Cfr., MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, Quinta edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 1998, pág. 130.

<sup>14</sup> Cfr., CURY, Enrique: *Derecho Penal: Parte general*, Octava edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pág. 285.

<sup>15</sup> En el desarrollo del Capítulo I

correspondiente a la falta de porte del artículo 50°. Sólo se excluye el consumo no concertado de drogas en ámbitos de intimidad, el cual es derechamente atípico<sup>16</sup>.

Como se puede apreciar, a pesar que en la práctica, concurre la circunstancia de consumo personal próximo, exclusivo y próximo en el tiempo, contenida en los tipos penales del artículo 4° y 8° de la Ley N° 20.000, subsiste la posibilidad de que la conducta desarrollada sea sancionada, motivo por el cual no se puede sostener que estemos en presencia de una causal de justificación o de un elemento negativo del tipo.

Al respecto, SALAZAR sostiene que 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 tenencia de drogas para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo tiene 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. Por lo tanto, no es admisible sostener que la fórmula en análisis constituye una causal de justificación<sup>17</sup>.

La Ley N° 20.000 no señaló expresamente en el artículo 4° -a diferencia de lo que establecía la Ley N° 19.366 en su artículo 5° inciso segundo- que los casos en que la droga esté destinada a un uso personal, procede aplicar las normas del consumo sancionado como falta penal. No obstante, es factible concluir que ello sigue siendo aplicable, ya que de lo contrario se llegaría abiertamente a la legalización del consumo, criterio que se aparta del sentido normativo que el legislador expresa.<sup>18</sup> Por otro lado, el artículo 8° al regular el cultivo de especies vegetales, al igual que el artículo 5° de la ley 19.366, establece expresamente que en los casos en que se justifique que los cultivos están destinados a un uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes.

Por lo tanto, en relación a la aplicación de la circunstancia de consumo personal, no podría afirmarse que su concurrencia en el caso concreto conlleva una exclusión de responsabilidad inmediata y solo podría plantearse que estamos frente a una exclusión de responsabilidad a título de delito (microtráfico/ cultivo), pero no se puede aseverar que la concurrencia de la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, conlleve la atipicidad de la conducta, porque la tenencia o porte de drogas para el consumo personal puede ser sancionada como falta, con las penas del artículo 50°, aunque el artículo 4° no lo mencione expresamente, como en el caso del artículo 8°.

Además el artículo 50 señala expresamente que se considera falta *la tenencia o porte de drogas* en lugares públicos, aun cuando dicha conducta esté destinada al consumo personal próximo y exclusivo en el tiempo<sup>19</sup>, por lo tanto, como ya lo hemos dicho, si se descarta el tráfico

---

<sup>16</sup> Cfr., SALAZAR, Andrés: “El consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo...”, pág. 11, (20/12/2016).

<sup>17</sup> Cfr., SALAZAR, Andrés: “El consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo...”, pág. 15, (20/12/2016).

<sup>18</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...”, pág. 245.

<sup>19</sup> Ley 20.000, Art. 50 inc. 3° “Idénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

o microtráfico en razón de que las sustancias estaban destinadas al consumo personal, aún subsiste la posibilidad de castigar la conducta a título de falta con las penas del artículo 50.

Por lo consiguiente, una vez que se ha descartado que los hechos configuren el delito de microtráfico o de tráfico y se ha acreditado que concurre la circunstancia de consumo personal, correspondería ver si los hechos del caso se encuadran en alguno de los supuestos regulados como falta en el artículo 50°, es decir i) consumo en lugares públicos, ii) porte en lugares públicos ii) consumo concertado en lugares privados. De no probarse en juicio alguno de los supuestos mencionados la conducta será atípica<sup>20</sup>.

Por último, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debemos tener presente, que tanto el delito de microtráfico como el de cultivo de especies vegetales, si contienen causales de justificación<sup>21</sup>, que de concurrir en el caso concreto excluyen toda posibilidad de sanción. Nos referimos a:

- A. La circunstancia de estar destinada la droga o sustancia objeto de la conducta a la atención de un tratamiento médico. Artículo 4°.
- B. La competente autorización otorgada por el SAG. Artículo 8°.

Respecto a la primera circunstancia, CISTERNAS señala que las drogas o sustancias a que se refiere el artículo 1° de la Ley 20.000 pueden destinarse a la atención de un tratamiento médico. El fundamento de esta circunstancia se encuentra en los artículos 6° y 7° de la misma Ley, los cuales contemplan hipótesis en las que algunos profesionales se encuentran autorizados para prescribir o suministrar, respectivamente, dichas drogas o las materias que sirvan para obtenerlas, siempre que haya necesidad médica o terapéutica, en el caso del artículo 6° y se respeten las disposiciones legales o reglamentarias, en el caso del artículo 7<sup>22</sup>.

Respecto al artículo 8°, puede entenderse como causa de exclusión de responsabilidad penal *la debida autorización* a la que hace mención su inciso primero, por su parte, el artículo 9° de la Ley 20.000 establece que dicha autorización será otorgada por el Servicio Agrícola y Ganadero, y además dispone que no podrá ser otorgada a los sujetos que se mencionan en el mismo artículo. Los demás requisitos y el procedimiento de obtención de la autorización están regulados en el título II del Decreto N° 867. 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.

---

<sup>20</sup> Así ha fallado la corte suprema. SCS Rol N° 4949-15, 4/6/2015, considerando 14°: “No obstante que la acusada “mantenía sembradas” plantas de cannabis sativa sin contar con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero a que alude el artículo 9 de la Ley N° 20.000, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del inciso 1° del artículo 8° de la Ley N° 20.000, como esta misma disposición prescribe, “sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”, sin embargo, no acreditándose que se haya concretado por la acusada el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, el consumo concertado de las drogas en un lugar o recinto privado [...] tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50.

<sup>21</sup> Cfr., SALAZAR, Andrés: “El consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo...”, pág. 12, (20/12/2016).

<sup>22</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 95.

## 2. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO?

La Ley 20.000 no establece lo que debe entenderse por consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, solo otorga a los jueces directrices que permiten determinar en el caso concreto la concurrencia o no de la circunstancia, por lo tanto se deja a la discrecionalidad de éstos determinaciones que son relevantes a la hora de aplicar la Ley. La regulación actual de los tipos penales analizados permite a los tribunales que hechos de similares características puedan ser sancionados en algunos casos como delito, en otros como falta e incluso ser considerados atípicos.

El problema se genera porque la Ley 20.000 no solo considera microtráfico la transferencia a cualquier título de droga -la hipótesis más lógica y restrictiva-, sino también la posesión, transporte, guarda o porte de pequeñas cantidades, cuando no se justifique que las mismas están destinadas al tratamiento médico o a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Como se aprecia, el inciso primero del artículo 4° es el que plantea la disyuntiva de distinguir entre supuestos de microtráfico y consumo personal, debido a que los verbos rectores utilizados por el legislador –poseer, transportar, guardar y portar- son válidos tanto para el consumo personal (sea en la intimidad o en lugares públicos), como para el microtráfico/tráfico<sup>23</sup>.

Los verbos utilizados en la tipificación de las conductas analizadas que generarían mayores problemas serían, *poseer, transportar, guardar, portar*, pues una persona puede poseer, transportar, guardar o portar consigo drogas para consumirlas personalmente o bien puede pretender destinarlas al tráfico<sup>24</sup>. Analizaremos cada una de ellas por separado:

*Poseer*: Posesión de estupefacientes es el hecho de tener el poder de disposición de los mismos, o en otras palabras, su tenencia con ánimo de señor y dueño, ya sea que se tenga por sí mismo o por otra persona a su nombre. Por lo tanto, posee quien tiene poder de disposición sobre las cosas que se tratan, con independencia de que tal poder se manifieste mediante la aprehensión directa de ellas, o mediante su control por vías indirectas, como sería el caso de quien encarga su custodia a otra persona<sup>25</sup>.

*Transportar*: Consiste en llevar a alguien o algo de un lugar a otro. En consecuencia, por transporte de drogas se entiende al traslado de ellas desde un lugar a otro, siendo indiferente al transporte la distancia recorrida, el medio utilizado para ello y la forma de posesión<sup>26</sup>.

*Guardar*: Por guardar sustancias estupefacientes, hemos de entender una forma de tenencia de las mismas, consistente en “tener cuidado” de ellas, “vigilarlas y conservarlas”, así como ponerlas “donde están seguras”, y aún “conservarlas o retenerlas”<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 50.

<sup>24</sup> *Ibidem.*, pág. 82.

<sup>25</sup> Cfr., MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal...*, pág. 433.

<sup>26</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 84.

<sup>27</sup> Cfr., MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal...*, pág. 434

*Portar*: implica “traer o llevar”, al porte la Ley agrega la forma especial del pronombre consigo, excluyendo de este modo la tenencia por vía indirecta<sup>28</sup>.

Al tipificar la posesión de drogas como delito, se mantiene a los consumidores dentro de la esfera penal, aun cuando la droga poseída esté destinada al consumo personal realizado en recintos privados, generándose el fenómeno que en el primer capítulo denominamos criminalización indirecta. Esto es así porque todo consumidor, para poder consumir, debe antes poseer la sustancia, lo que implica que en la práctica son los policías, fiscales o jueces penales -es decir, agentes del sistema penal- quienes determinan si una persona es consumidora o no. En otras palabras, al tipificar la posesión de drogas como delito, los consumidores son susceptibles de ser detenidos para constatar si en efecto, los montos poseídos están destinados al consumo estrictamente personal o al tráfico de estupefacientes<sup>29</sup>. Lo dicho anteriormente para la posesión de drogas, también es aplicable para las conductas de transporte, guarda y porte de estupefacientes.

Por otro lado, si la posesión, transporte, guarda y porte no son conductas que por sí mismas dañen a terceros, ¿por qué entonces se tipifican como delito? Como lo hemos mencionado anteriormente<sup>30</sup> es posible sostener que lo que se busca prevenir al tipificar dichas conductas es el comercio, *el suministro y la venta ilícita de sustancias estupefacientes*. Pero, aunque la finalidad del legislador sea castigar a los traficantes, podemos ver, que debido a la estrecha conexión que existe entre las conductas de consumo y tráfico de drogas, en la práctica también los consumidores son criminalizados e ingresados al sistema penal<sup>31</sup>.

Además, es pertinente señalar que las conductas de tráfico de drogas y las de consumo, están íntimamente ligadas, debido a que el artículo 3° de la Ley 20.000 al regular el tráfico de drogas en sentido amplio<sup>32</sup>, sanciona a quienes por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el *uso o consumo*, de las sustancias a que hace referencia el artículo 1°. Conforme a ello, la figura de consumo se relacionará con la correlativa figura de tráfico de quien *promueva, facilite o induzca, por cualquier medio, el consumo*<sup>33</sup>.

A pesar de la importancia de determinar con claridad los límites de las figuras penales analizadas, a la hora de aplicar la normativa se puede apreciar la incertidumbre que reina sobre el tema, especialmente en la definición de los requisitos y criterios de determinación de la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. “Más allá de la expresa referencia legal a la calidad o pureza de la droga y a la no tan expresa referencia a la cantidad de droga incautada, no existe hoy consenso ni en doctrina ni jurisprudencia sobre cuáles deben ser las circunstancias y factores que determinen en el juez la decisión de absolver al acusado, en virtud del destino de los estupefacientes encontrados en su poder”<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr., MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal...*, pág. 434

<sup>29</sup> Cfr., PÉREZ, Catalina; CÓRDA, Alejandro y BOITEUX, Luciana: *La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores de drogas en América Latina*, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2015, pág. 5.

<sup>30</sup> Vid *infra* 1.3 el consumo típico y la salud pública.

<sup>31</sup> Cfr., PÉREZ, Catalina; CÓRDA, Alejandro y BOITEUX, Luciana: *La regulación...*, pág. 5.

<sup>32</sup> Esta figura amplia abarca en sí misma el resto de las figuras penales, contempladas en dicha ley y que podrían considerarse parte del llamado ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes, esto es, aquellas conductas que conducen a la puesta indebida de sustancias estupefacientes a disposición de los consumidores finales. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal...*, pág. 420.

<sup>33</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...” pág. 245.

<sup>34</sup> CASAS, Lidia, *et al.*: *Ley 20.000. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas...*, pág. 50.

En las próximas páginas nos centraremos a analizar el alcance de la expresión consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo y los criterios que ha utilizado la jurisprudencia para determinar su concurrencia.

## 2.1 Consumo personal.

Distinguir entre la posesión de estupefacientes para consumo personal o para la oferta y el tráfico se considera, por lo general, como uno de los problemas más difíciles y controvertidos a los que se enfrentan legisladores y responsables de políticas en materia de drogas. Para abordar este problema, se suelen aplicar dos soluciones: el sistema de umbrales y el modelo ‘flexible’. Con el sistema de umbrales, hay una cantidad predefinida de las sustancias en cuestión que se presuponen para consumo personal, mientras que con el sistema flexible (o ‘sistema discrecional’), es el tribunal el que determina si la tenencia de drogas está destinada al consumo personal o al suministro de terceros, teniendo en cuenta todas las circunstancias en torno al caso<sup>35</sup>. Debido a que la Ley 20.000 no establece un parámetro numérico para determinar en el caso concreto que cantidad debe ser considerada consumo personal, podemos decir que en nuestro país se aplica el sistema discrecional, con las ventajas y desventajas que eso conlleva.

Los umbrales son un arma de doble filo, por una parte sirven para limitar el uso arbitrario de la discrecionalidad de jueces y fiscales en la determinación de la distinción entre consumidores y traficantes, pero, al mismo tiempo, permiten la criminalización de los consumidores cuando las cantidades máximas toleradas son bajas. En este sentido, aunque los umbrales sirven para proteger a los consumidores cuando la cantidad portada es inferior a la establecida, también legalizan la criminalización de éstos, en los casos en que son procesados y sentenciados como microtraficantes por portar dosis superiores a las permitidas.<sup>36</sup>

En base a lo dicho anteriormente, se evidencia que “el principal defecto del modelo de umbrales, está en el riesgo de criminalización indiscriminada de los consumidores de drogas que poseen una cantidad de sustancia superior al umbral. Paradójicamente, el sistema de umbrales resulta especialmente inadecuado e injusto en el contexto de mercados ilegales, donde es difícil que los consumidores tengan control sobre la cantidad y la pureza de la sustancia en su posesión. Además, el modelo de umbrales no cumple con principios jurídicos básicos, ya que se basa en una presunción de culpabilidad, totalmente contraria al principio del peso de la prueba. Desde esta perspectiva, sería preferible el modelo *flexible*”<sup>37</sup>.

Como ya lo mencionamos, en nuestro país no se estableció legalmente una cantidad determinada de droga cuya tenencia, porte, transporte y guarda se considere destinada al consumo personal, dicha situación también se ve reflejada en la delimitación entre las figuras de tráfico y microtráfico, debido a que la Ley 20.000 al regular ambos delitos no estableció como elemento diferenciador un parámetro numérico, por el contrario, al crear el delito de microtráfico, el

---

<sup>35</sup> Cfr., GRAZIA, Zuffà: “Cómo determinar el consumo personal en la legislación sobre drogas: La polémica de los umbrales a la luz de la experiencia italiana”, disponible en: <https://www.tni.org/es/publications/legislative-reform-series/item/2769-como-determinar-el-consumo-personal-en-la-legislacion-sobre-drogas> (10/01/2017).

<sup>36</sup> Cfr., PÉREZ, Catalina; CÓRDA, Alejandro y BOITEUX, Luciana: *La regulación...*, pág.7.

<sup>37</sup> GRAZIA, Zuffa: “Cómo determinar el consumo personal en la...”, pág. 9, (10/01/2017).

legislador incorporó el concepto de “pequeña cantidad”, como elemento destinado a diferenciar esta conducta de la regulada en el artículo 3°.

La Corte Suprema sostuvo en la sentencia Rol 2005-05 dictada el 19 de julio de 2005, que la expresión pequeña cantidad es un *concepto o principio regulativo*, de carácter puramente formal, que se contrapone a los principios o conceptos normativos. Siguiendo el razonamiento de la Corte, este tipo de conceptos buscan orientar la resolución del juez en el caso concreto, y abandonan a la decisión de los magistrados los espacios imposibles de regular con una fórmula abstracta. La opción del legislador obedece a que la conducta que decidió punir depende de una multiplicidad de factores que no es posible determinar utilizando una forma generalizada que resultara aplicable a la variedad de hipótesis concretas, por lo tanto corresponde a los jueces determinar cuándo estamos frente a una “pequeña cantidad”<sup>38</sup>.

De esta manera, el principal efecto que se consigue con esta flexibilidad entregada a los jueces es, “evitar que los individuos se escuden en una determinada cantidad para ser sancionados directamente como microtraficantes o por la falta de porte de drogas del artículo 50, pero en la práctica este ambiguo concepto ha provocado que, actualmente, ninguna persona, ni el fiscal, ni el defensor, tengan real certeza de si el imputado será considerado traficante, microtraficante o consumidor, por el tribunal”<sup>39</sup>.

Respecto a la determinación de lo que debe entenderse por consumo personal en nuestro ordenamiento, aunque la ley no lo haya expresado de manera directa en el inciso final del artículo 4°, existe consenso en nuestra doctrina sobre la necesidad de que la cantidad de droga incautada *sea pequeña*, para que pueda concurrir en el caso concreto la circunstancia de consumo personal.<sup>40</sup>

Siguiendo esta línea, ARRIETA mantiene que, “conforme al tenor literal de la Ley y a la doctrina, se concluye que “las grandes” cantidades de drogas no pueden estimarse destinadas al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo y sí, en cambio, las pequeñas cantidades”<sup>41</sup>.

MARTORELL señala que, conforme a lo establecido en la Ley 20.000 solo se podría contemplar la concurrencia de la circunstancia de consumo personal cuando la posesión, transporte, guarda o porte se refiera a “pequeñas cantidades” de drogas. Ello sería coherente porque la circunstancia de consumo personal está contemplada como exclusión de responsabilidad del delito de *microtráfico*, delito que justamente se diferencia del tráfico por su objeto material, abarcando éste solo los casos que se refieran a pequeñas cantidades de drogas. En otros términos, el tipo penal base (artículo 3°) no contempla la causal de exclusión, toda vez, que claramente se trata de cantidades que dejan de ser “pequeñas”, no verificándose al efecto las condiciones y requisitos de concurrencia de la circunstancia de consumo personal, de esta forma, quien posee cantidades “no pequeñas” tampoco podría justificar la proximidad del consumo en el tiempo.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes: propuestas de delimitación respecto del consumo y tráfico de drogas”, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 13, 2013. Pág. 96.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pág. 97.

<sup>40</sup> Cfr., CASAS, Lidia, *et al.*: *Ley 20.000. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas...*, pág. 45.

<sup>41</sup> ARRIETA, Nicolás: “El delito de microtráfico en la jurisprudencia: sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la pequeña cantidad”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 46, Marzo 2011, pág. 88.

<sup>42</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...”, pág. 245.

Podemos ver que la circunstancia de consumo personal tiende a relacionarse con el concepto de “pequeña cantidad”, de este modo MATUS Y RAMÍREZ señalan que, “con toda seguridad pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. En efecto, aunque en principio pareciera que una cantidad de esa naturaleza obligaría a sancionar a título de consumo y no de microtráfico, lo cierto es que ésta es precisamente 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”<sup>43</sup>.

NAVARRO critica la postura recientemente enunciada afirmando que en ausencia de un estándar cuantitativo, el término “pequeña” que emplea la ley no es lingüísticamente sinónimo de las palabras “mínima” o “escasa”; ni menos *como equivalente* a la cantidad que pueda ser *consumida por una persona en un período próximo*, es decir, destinable al autoconsumo. Por lo tanto, de una lectura atenta de la redacción del artículo 4º de la nueva Ley de Drogas no puede deducirse que el legislador haya empleado la expresión “pequeña cantidad” como equivalente de la cantidad que puede ser considerada como destinada al autoconsumo<sup>44</sup>.

Así, bien podría decirse “que la cantidad, que de acuerdo al artículo 4º de la Ley de drogas puede ser considerada como destinada al autoconsumo, es una cantidad *mínima*, ya que ella es el extremo inferior a que se puede reducir una sustancia preordenable al autoconsumo; mientras que una “cantidad pequeña” es cuantitativamente mayor que una “cantidad mínima”, existiendo un límite superior hasta donde dicha cantidad puede ser considerada “pequeña”, labor que deben ejercer los tribunales en cada caso concreto y que no puede ser fijada a priori con pretensión de aplicación general”<sup>45</sup>.

Compartimos la crítica de Navarro realizada a quienes intentan dotar de contenido la expresión “pequeña cantidad” asimilándola a la necesaria para el autoconsumo, pero discrepamos con lo expuesto por éste autor en el sentido de circunscribir la aplicación de la circunstancia de autoconsumo al porte, tenencia, guarda o transporte de una cantidad *mínima de drogas*, bajo nuestra opinión limitar cuantitativamente la circunstancia de consumo puede acarrear vulneraciones a los consumidores.

En principio, parece razonable sostener que el sujeto que porta, transporta, guarda o posee pequeñas cantidades de drogas tiene como finalidad destinar las sustancias a su propio consumo y que en cambio, el sujeto que realiza las mismas conductas con cantidades “no pequeñas” tiene por finalidad traficar con ellas, empero, en este punto es conveniente advertir que el criterio cuantitativo es insuficiente para resolver los problemas de delimitación entre tráfico, microtráfico y consumo, porque de no ser consideradas otras circunstancias, se pueden generar situaciones injustas con los poseedores que simplemente son consumidores y que portan para autoconsumo una cantidad mayor a la que se considera “mínima” o “pequeña”. En la práctica, aunque no exista un parámetro

---

<sup>43</sup> MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal...*, pág. 446.

<sup>44</sup> *Cfr.*, NAVARRO, Roberto: “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del Art. 4º de la Ley N°20.00”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVI, 2005, pág. 271-272.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 272.

numérico establecido como criterio diferenciador para el porte de droga de un consumidor o de un traficante, se produciría el mismo efecto, que si existiese un umbral señalado en la Ley.

Al restringir el porte para autoconsumo solo a cantidades que se consideren “pequeñas” se estaría ignorando la posibilidad que el porte de drogas realizado por los consumidores en cantidades superiores a las que normalmente se consideran como destinadas al autoconsumo, puede deberse a un sinnúmero de razones, abarcando variopintas situaciones, como por ejemplo: el consumidor que adquiere una gran cantidad de drogas para abastecerse porque realizará un viaje a un lugar donde no tendrá o será más difícil acceder a la sustancias<sup>46</sup>; el consumidor toxicómano que necesita un mayor volumen para satisfacer sus necesidades; el sujeto que adquiere grandes cantidades de una sola vez porque no quiere verse involucrado continuamente con las redes de narcotráfico por la peligrosidad que ello implica; un proveedor que ofrece un menor precio a mayor cantidad; que la oferta de droga fue realizada a un consumidor en una época en gozaba de buena situación económica; etc.

En conclusión, la cantidad de droga poseída, transportada, guardada o portada, se transforma en un elemento importante a considerar en la distinción entre traficantes y consumidores, mas no puede ser el único. En aras de la justicia y la proporcionalidad de la pena, las particulares circunstancias concomitantes a la posesión de drogas deben ser consideradas<sup>47</sup>.

## **2.2 Exclusividad del consumo.**

CISTERNAS señala, que la exclusividad del consumo tiene por finalidad excluir los supuestos en que la intención del autor haya sido transferir las sustancias estupefacientes, suministrarlas o facilitarlas para el consumo de un tercero, o para consumirlas concertadamente<sup>48</sup>. Es decir, este requisito apuntaría a que la droga portada no se traspase a otro sujeto, en cambio el carácter personal del consumo se centraría en determinar la dosis necesaria para satisfacer el consumo de un individuo.

En relación a la exclusividad del consumo, creemos pertinente destacar el fallo dictado por la Corte Suprema Rol 4949-2015<sup>49</sup>, en el cual se acogió el recurso de nulidad en contra de la sentencia RIT. N° 14-2015 dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, por el delito de cultivo de especies vegetales. El considerando noveno del fallo impugnado señalaba lo siguiente:

“La ley excluye de sanción sólo el “consumo individual” y no así el “consumo compartido”, por lo tanto, se entiende que la expresión “uso o consumo personal exclusivo” no abarca los casos en que la sustancia obtenida de la planta de cannabis esté destinada al consumo de más de una persona, cualesquiera sean éstas y con absoluta prescindencia de su participación en los actos previos de siembra, plantación, cultivo y cosecha de la planta”. La Corte Suprema al

---

<sup>46</sup> Véase, STOP Santiago (3°) 18/03/2008, RIT N° 245-2007 estimó que el porte de una bolsa conteniendo 130 envoltorios de papel con 89,5 gramos de marihuana y 10 envoltorios con 2,3 gramos de pasta base estaba destinado al consumo, en base a que el lugar de trabajo del acusado quedaba lejos de ciudad y dicha circunstancia le dificultaba el acceso a la droga y además, no se probó que la vendiera;

<sup>47</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes...”, pág. 97.

<sup>48</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág.104.

<sup>49</sup> El análisis enunciado se circunscribe a lo expuesto en el considerando octavo de dicha sentencia.

resolver el recurso de nulidad descarta dicha conclusión en atención –entre otras- a las siguientes razones:

“La expresión “personal exclusivo” en el contexto de una disposición que admite la coautoría y la participación, como lo es el artículo 8° en comento, no supone necesariamente que el uso o consumo de la sustancia obtenida de la planta deba ser realizado por un solo individuo, sino nada más que debe efectuarse única y exclusivamente por la o las mismas personas que sembraron, plantaron cultivaron o cosecharon la planta que la produce, excluyéndose entonces su uso o consumo por terceros o extraños ajenos a dichas acciones.

Por otro lado, lo postulado por los jueces que dictaron el fallo impugnado conllevaría a entender por ejemplo, que una pareja o grupo de personas que habitan en un mismo domicilio sólo podrán evitar la sanción penal prevista en el artículo 8° si, en vez de sembrar y cultivar en conjunto una sola planta de cannabis sativa y compartir su producto, cada uno de ellos siembra y cultiva su propia planta -multiplicándose según el número de habitantes la cantidad total de plantas y de droga que podría obtenerse de las mismas- única forma de justificar frente a una eventual persecución penal que el destino de la droga que se obtendría de cada planta sería el consumo individual o “singular” de su respectivo dueño.”

Por lo tanto, la Corte Suprema en relación al delito de cultivo de especies vegetales del artículo 8°, estima que la exclusividad como requisito de concurrencia de la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, no implica que los cultivos estén destinados al uso o consumo de *una persona*, sino que se refiere a que sean exclusivos de los sujetos que participan en el proceso de cultivo de las especies vegetales.

Creemos que el criterio esgrimido por la Corte Suprema es aplicable solo al delito regulado en el artículo 8° no siendo posible extenderlo a la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo contenida en el inciso primero de artículo 4° Ley 20.000, en donde la droga adquirida -portada, transportada, guardada y poseída por el consumidor- debe estar destinada solo al autoconsumo de quien adquirió la droga, porque la transferencia de droga a cualquier título realizada por el consumidor constituiría el delito de tráfico o microtráfico. En cambio en la hipótesis expuesta por la Corte Suprema no hay transferencia de sustancias estupefacientes, porque quienes consumen la drogan son los que participaron en el proceso de cultivo de la especie vegetales, por lo tanto se entiende que quedarían excluidos de su uso o consumo terceros ajenos al proceso de cultivo.

### **2.3 Proximidad en el tiempo.**

En relación al requisito de estar destinada la droga a un uso *próximo en el tiempo*, se han levantado críticas en la doctrina, en razón de su impertinencia como exigencia para la exclusión de responsabilidad.

CISTERNAS ha señalado que “no resulta coherente la exigencia que prescribe la ley, pues si la misma permite el consumo no debería, por lo tanto, restringir la conducta que entiende lícita a un determinado espacio temporal que, por ende, limita el consumo a una cantidad equis. El problema se agrava si se considera que será el tribunal el que, basándose en la prueba rendida en

juicio, determinara si la droga poseída, guardada, portada o transportada es susceptible de un uso o consumo próximo en el tiempo, análisis en el cual los jueces podrán ser muy restrictivos o muy bondadosos, existiendo por lo tanto un peligro latente para la garantía constitucional de igualdad ante la ley”<sup>50</sup>.

Llama la atención cómo el legislador limita la aplicación de la circunstancia de autoconsumo sólo a los casos en que la droga transportada, guardada, portada o poseída esté destinada a un uso o consumo personal exclusivo y *próximo en el tiempo*. De este modo, aquel consumidor que realiza la misma conducta, bajo los mismos presupuestos, pero no para un *consumo próximo en el tiempo*, será sancionado penalmente. Con ello se abandona la razón de ser de la exclusión de la sanción penal a los consumidores<sup>51</sup>, mezclando el tema tratado más bien con consideraciones de carácter probatorio que no debieron estar presentes en la redacción de la norma. Si el fundamento de la exclusión es no sancionar el porte de droga desarrollado por quien es sólo consumidor de ésta, no se observa razón para diferenciar –como elemento típico– su lejanía o proximidad en el tiempo, toda vez que ello no cambia su condición de consumidor.<sup>52</sup>

Al respecto NAVARRO señala que el autoconsumo no sólo se encuentra limitado en nuestro ordenamiento jurídico por la exclusión de hipótesis de consumo compartido, sino que también debe ser un consumo *próximo en el tiempo*, sin que la ley haya establecido una delimitación temporal exacta para este elemento. Como se ha declarado jurisprudencialmente, la exigencia de la proximidad temporal que contiene la ley para el autoconsumo pretende evitar el almacenamiento o la mantención de la droga (sin importar la cantidad) en manos de consumidores, para igualmente enervar la socialización y facilitación de las sustancias. En base a lo anterior, serían rechazables los argumentos de compra de volúmenes considerables de drogas teniendo en vistas futuros consumos<sup>53</sup>.

Por otro lado, CISTERNAS advierte que el requisito de proximidad en el tiempo, condiciona inevitablemente la cantidad de droga destinada al consumo personal y exclusivo<sup>54</sup>. Es decir, la proximidad en el tiempo exigida como requisito del autoconsumo -al igual que el carácter personal de éste- tiende a relacionarse directamente con la cantidad de droga poseída, transportada, portada o guardada, considerándose que cantidades pequeñas de droga están destinadas a un consumo próximo en el tiempo y no así las cantidades que superan ese parámetro. En consecuencia a la existencia de éste requisito –proximidad temporal- serían aplicables las mismas críticas realizadas para la limitación de posesión de droga para autoconsumo a una cantidad determinada. Otra vez somos reconducidos a la cantidad de droga portada como criterio para diferenciar entre traficantes o consumidores y como ya señalamos éste criterio es insuficiente para dicho fin.

Por último, no se advierte ni justifica la necesidad de la limitación del consumo de la droga poseída a una proximidad temporal. En los términos que establece actualmente la ley podría *no* considerarse como destinada al consumo aquella droga que porta un sujeto para ser consumida en

---

<sup>50</sup> CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 105.

<sup>51</sup> A título de microtráfico o por el delito de cultivo de especies vegetales, según sea el caso.

<sup>52</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...”, pág. 246.

<sup>53</sup> Cfr., NAVARRO, Roberto: “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades...”, pág. 278.

<sup>54</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 104.

una fiesta que tendrá lugar dentro de una semana, pero sí aquella que porta el sujeto que sale a divertirse un fin de semana<sup>55</sup>. No queda clara cuál sería la diferencia entre un consumidor que adquiere droga para ser consumida en un corto lapso de tiempo y entre el consumidor que la adquiere para el mismo fin pero en un periodo temporal más alejado. Ambos son consumidores y por lo tanto, deberían ser eximidos de la aplicación de la pena de tráfico o de cultivo de especies vegetales, según se trate el caso, sin importar la proximidad temporal del uso o consumo.

### **3. SUPUESTOS EN QUE EL LEGISLADOR ESTIMA QUE NO CONCORRE LA CIRCUNSTANCIA**

El inciso tercero del artículo 4° contiene dos supuestos en que el legislador excluye la circunstancia de estar destinada la droga o sustancia objeto de la conducta al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Estos supuestos son: “la calidad y la pureza de la droga” y “las circunstancias indiciarias de un propósito de traficar”. Si bien el legislador tipifica estos supuestos de manera negativa, al establecer que “Se entenderá que *no concurre* la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la...” en práctica más que un criterio de exclusión de la circunstancia, dichos supuestos funcionan como una directriz que orienta a los jueces en la decisión de si se aplica o no la circunstancia al caso concreto.

A diferencia de lo que ocurre con el elemento *pequeña cantidad*, como concepto que define la distinción entre las figuras de tráfico y microtráfico, el legislador, en relación a la circunstancia de estar destinada la droga al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, sí entrega al juez elementos de juicio que lo guían en la determinación de la existencia de esta última. Estos criterios están descritos en el inciso 3°, y consisten en: a) la calidad o la pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada y; b) las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte<sup>56</sup>.

#### **3.1 Calidad o pureza de la droga.**

Hasta antes de llegar al consumidor final, “la droga ha sido objeto de distintas adiciones. Este acto, que puede implicar agregar sustancias inocuas o más dañinas que la misma droga, ha tenido un solo objetivo: acrecentar el volumen de la droga para aumentar las ganancias con su venta. De esta forma, a lo largo de la cadena de comercialización podremos encontrar distintos porcentajes de pureza, dependiendo de cuán distorsionada se encuentre la sustancia”<sup>57</sup>.

El legislador entiende que la pureza o calidad de la droga es una circunstancia indiciaria del ánimo de traficar con lo poseído, portado, guardado, transportado o incluso, adquirido, siendo la única de aquellas que se expresó en el artículo, de manera tal que no cupiera duda sobre su carácter de criterio indiciario. No obstante, puede discutirse la pertinencia de la incorporación de este criterio por dos razones. En primer lugar, porque legislador ha omitido indicar qué debe entenderse por alta o baja pureza, y además, cuál de aquellas excluye la hipótesis de consumo y en segundo

---

<sup>55</sup> Cfr., RUIZ, Fernando: “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000”, en *Revista Electrónica Política Criminal*, Vol. 4, N° 8, Diciembre 2009, pág. 417.

<sup>56</sup> Cfr., CASAS, Lidia, *et al.*: *Ley 20.000. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas...*, pág. 45.

<sup>57</sup> CISTERNAS, Luciano: “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes...”, Pág. 111.

lugar, porque el legislador habría olvidado que quien adquiere la droga no tiene la posibilidad, a lo menos inmediata de alterar la pureza de la droga<sup>58</sup>.

Respecto a la calidad o pureza de la droga MARTORELL señala que dicho elemento es de contenido e interpretación discutible, porque corresponde precisar si el legislador buscaba hacer referencia a una mejor o peor calidad de la droga, ya que la norma se limita a señalar “pureza o calidad”, sin precisar si es uno u otro sentido. Dicho en otros términos, no queda claro si la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo se excluye cuando la droga posee un bajo porcentaje de pureza (de lo cual podría deducirse que no está destinada al consumo personal del sujeto), o cuando la misma posee un alto índice de pureza (de lo cual podría deducirse su intención de traficar con la misma)<sup>59</sup>.

¿Cómo se ha utilizado este criterio por nuestros tribunales? La doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia estiman que “un alto grado de pureza posibilita su adulteración con fines lucrativos, lo que permite “cortarla”, es decir, mezclarla con otras sustancias y así aumentar su volumen. Además, cuando la droga incautada posee un alto grado de concentración, se concluye que el impacto al bien jurídico ha sido mayor, ya que se puede obtener un mayor volumen de venta y difusión. En el mismo sentido, se estima que mientras mayor es la pureza más arriba estamos en la escala de producción y distribución y por lo tanto, mayor será el grado de organización en la escala piramidal”<sup>60</sup>. Siguiendo este razonamiento, cuando la pureza es baja, las máximas de la experiencia nos indican que la mezcla ya se ha efectuado. Por lo mismo, una pureza baja restringe las posibilidades a que estemos frente a un microtraficante o a un consumidor, excluyendo a los traficantes<sup>61</sup>.

En general, la pureza ha sido considerada como criterio orientativo por los tribunales para revelar o determinar lo siguiente:

- I. Alta pureza: intención de traficar, conforme al Art. 3°
- II. Baja pureza: intención de traficar en la modalidad de microtráfico, o bien destinación de las sustancias al consumo<sup>62</sup>.

La corte Suprema ha destacado la utilidad de este criterio, fallado que el informe que indica el grado de pureza de estupeficientes ayuda a determinar si las sustancias poseídas, transportadas, guardadas o portadas se tienen para consumo o para venta. De este modo, ha señalado que:

“El informe que indique el grado de pureza de la droga constituirá una herramienta útil en la medida que el imputado pretenda exculparse alegando que aquella está destinada a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, puesto que para el análisis de la concurrencia de esta causal de justificación los sentenciadores deberán atender a la calidad o pureza del estupefaciente poseído, transportado, guardado o portado, puesto que dicho elemento es crucial para determinar si es posible racionalmente suponer que aquél está destinado a tales fines, siempre que previamente se argumente dicho consumo como defensa. De este modo, [...] [el mencionando

---

<sup>58</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 122.

<sup>59</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...”, pág. 246.

<sup>60</sup> ARRIETA, Nicolás: “El delito de microtráfico en la jurisprudencia, pág., 94.

<sup>61</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes...”, pág. 112.

<sup>62</sup> ARRIETA, Nicolás: “El delito de microtráfico en la jurisprudencia, pág. 96.

informe] tiene relevancia a la hora de decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que contempla el inciso final del artículo 4° de la Ley N° 20.000, incorporándolo como un elemento de juicio”<sup>63</sup>.

Por otro lado, la pureza de la droga también ha sido considerada para determinar la idoneidad de la conducta para poner en riesgo el bien jurídico protegido<sup>64</sup>:

“La sola determinación de encontrarse presente cocaína base en una sustancia que también está integrada por carbonatos -que corresponden a una sustancia inocua- *sin que haya sido posible establecer los porcentajes o concentración de cada uno de ellos* en el total de la mezcla incautada, impide establecer si ésta tiene o no la idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, y en consecuencia, los hechos que se han tenido por comprobados en el proceso no pueden ser tipificados de tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica de aquellas que describe el artículo 1° inciso 1° de la Ley N° 20.000”<sup>65</sup>

Por último, el problema nos conduce a la determinación de qué es lo que se considera una alta o baja pureza. CISTERNAS señala que salvo particulares excepciones, de la jurisprudencia es posible extraer que no hay discusión en fijar que una baja pureza es aquella inferior al 40% y que una alta pureza es aquella superior al 60%. Empero, no son uniformes los fallos respecto del tramo que comprende el 40-60%, puesto que aquella pureza que circunda estos porcentajes ha sido interpretada como un indicio propio de quien comercializa tanto con grandes como con pequeñas cantidades de estupefacientes. Las disimiles decisiones referidas a este controvertido tramo se explican, aunque no necesariamente se justifican, por cuanto la pureza es uno más de los criterios indiciarios a los que debe atender el juez al momento de apreciar la conducta enjuiciada<sup>66</sup>.

### **3.2 Indicios de tráfico.**

El segundo supuesto que la Ley N° 20.000 considera para excluir la circunstancia de estar destinada la droga al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, consiste en que las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

De acuerdo a CISTERNAS, con esta fórmula “el legislador se refirió a todos aquellos supuestos que acompañan a la acción desplegada por el sujeto y que es objeto del juicio. Habiéndose omitido algún baremo por parte del legislador, corresponde al tribunal dotar de contenido a esta lacónica fórmula”<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> SCS Rol: 39469-2016, 4/8/2016, considerando 8°.

<sup>64</sup> SCS Rol N° 27016-1, 16/6/2016, considerando 9°. “Que en el caso que se revisa el total incautado correspondió a 1,14 gramos netos de pasta base de cocaína. Sin embargo, al no poder determinarse su porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con alguna sustancia de “corte”, ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, poniendo efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por el legislador. De esta manera, lo único acreditado fue que el acusado mantenía dosis de “algo” en lo que había pasta base de cocaína, pero en una cantidad, proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, razonamiento que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige”. En el mismo sentido consultar, SCS Rol 9713-15. 08/09/2015, considerando 7°.

<sup>65</sup> SCS Rol N° 4215-12 25/7/2012. Considerando 15.

<sup>66</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 238.

<sup>67</sup> *Ibidem.*, pág.122.

MARTORELL considera que no es una técnica adecuada el uso de la fórmula “circunstancias indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”, toda vez, que su uso no sólo puede violentar principios básicos de la culpabilidad, (uso de la expresión indiciarias) sino que de existir prueba del tráfico es evidente que la exclusión de responsabilidad penal a título de microtráfico no operará, ya que, justamente, la droga portada no estaba destinada al consumo personal próximo y exclusivo en el tiempo, sino que a traficar con ella. Más que una solución la expresión comentada puede generar problemas<sup>68</sup>.

¿Qué quiso decir el legislador al incluir la expresión *circunstancias del porte, tenencia o posesión* de las sustancias? Pareciera ser que se hace referencia a ciertas conductas “sospechosas” del sujeto activo, de las cuales podría el sentenciador deducir que la droga estaba destinada a ser consumida por terceros o mejor dicho, traficada por el agente. Entre estas conductas podemos mencionar: el hecho que la droga esté o no dosificada; el porte de droga acompañado de la tenencia de otros objetos tales como, dinero en billetes de baja denominación, bolsas dosificadoras, balanzas digitales, armas de fuego; ocultamiento de la droga en zonas genito-anales -típico caso de tráfico en recintos de detención o penitenciarios-; la circunstancia de encontrarse el sujeto activo en lugares faltos de vigilancia, que favorecen la clandestinidad necesaria e inherente al tráfico, etc. Todas las circunstancias mencionadas han sido reconocidas por la jurisprudencia para probar el microtráfico y descartar la destinación al consumo personal.<sup>69</sup>

En relación a los criterios que permiten establecer si la posesión de droga está destinada al consumo personal o al microtráfico/trafico NAVARRO señala que “cuando el autoconsumo ha sido alegado como argumento de defensa en juicio, los Tribunales han exigido que la actividad probatoria de su concurrencia se enfoque a dos aspectos fundamentales: El primero, de tipo objetivo, se relaciona con las sustancias, donde son relevantes criterios como su cantidad, su pureza y su forma de presentación; y el segundo aspecto probatorio, de carácter subjetivo, se relaciona con las características personales del acusado, a través de su condición de consumidor o toxicómano y de su situación socioeconómica.”<sup>70</sup>

En las siguientes páginas analizaremos el listado de criterios que la doctrina y la jurisprudencia han utilizado para dotar de contenido fórmula “circunstancias indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”, como veremos, para dicho fin se consideran tanto las circunstancias externas del porte de drogas, como las características personales del autor.

---

<sup>68</sup> Cfr., MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...”, pág. 246.

<sup>69</sup> Cfr., RUIZ, Fernando “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga...” pág. 425.

<sup>70</sup> NAVARRO, Roberto: “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades...”, pág. 276.

#### **4. ¿CUÁNDO CONCORRE LA CIRCUNSTANCIA? CRITERIOS UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA CHILENA.**

Durante la vigencia de la Ley 20.000 los tribunales han dado aplicación a un sistema de criterios indiciarios, cuya principal característica es su falta de uniformidad, además, de la cantidad de droga incautada, se ha atendido, entre otros, a la forma de distribución de la droga, a la forma de su ocultamiento, a la posesión de utensilios o instrumentos propios del tráfico y la pureza de la droga. Algunos van en franca retirada, como lo fue atender a la realidad del lugar en que se realizó el ilícito. Otros han sido aceptados, aunque no unánimemente, como por ejemplo, atender a la realidad socioeconómica del acusado, a sus capacidades cognitivas para realizar o sostener empresas o la posesión conjunta de varios tipos de drogas<sup>71</sup>.

Debido a que el criterio de la cantidad de droga incautada<sup>72</sup> ya fue tratado en este trabajo, al igual que la forma en que los tribunales han utilizado el criterio de calidad o pureza de la droga<sup>73</sup>, nos remitiremos en este punto a analizar, por su importancia, las siguientes circunstancias indiciarias que han sido acogidas por los tribunales: 1) La forma de distribución de la droga; 2) La forma de ocultamiento de la droga al momento de su detención; 3) Tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración o distribución de la droga; 4) Condición de drogodependiente, politoxicómano o consumidor habitual.

##### **4.1 Forma de distribución de la droga.**

Cuando se atiende a la forma de distribución de la droga, se apunta básicamente a 3 aspectos: i) si la droga incautada presente subdivisión ii) si la droga, subdividida o no, se presenta contenida en envoltorios de papel, de aluminio o bolsas plásticas de forma tubular, y iii) según el número y tipo de contenedores se determina el peso bruto y neto de la droga<sup>74</sup>. Si se considera la complejidad probatoria del ánimo de traficar con las sustancias transportadas, poseídas, guardadas o portadas, se aprecia la utilidad que puede alcanzar este criterio en la delimitación del tráfico, consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, y el microtráfico<sup>75</sup>.

¿Cómo se ha utilizado este criterio nuestros tribunales? En relación a la forma de distribución de la droga, se ha entendido que es propio del actuar de microtraficante la venta al detalle y con este fin, portan la droga distribuida en papelillos, por el contrario serían los consumidores quienes portan la droga en un solo “contenedor” sin subdivisiones. De esta forma, los tribunales han fallado lo siguiente:

“Las máximas de la experiencia indican que los consumidores cuando son sorprendidos portando droga, a éstos se les encuentra la misma *contenida en bolsitas*, las que además portan entre sus ropas superficialmente. La diferencia de contenedores y de ubicación de los mismos en las vestimentas, se explica en la práctica, por la razón de que quién porta la droga en bolsitas, difícilmente podrá comercializarla en la calle, atendida la dificultad que implica su fraccionamiento

---

<sup>71</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes...”, págs. 100-101.

<sup>72</sup> Vid, *infra* 2.1 Consumo personal; análisis de la relación entre cantidad de droga incautada y destinación al consumo personal.

<sup>73</sup> Vid *infra* 3.1 Calidad o pureza de la droga.

<sup>74</sup> Cfr., ARRIETA, Nicolás: “El delito de microtráfico en la jurisprudencia...”, pág. 100.

<sup>75</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes...”, pág. 116.

en la vía pública y por el doble riesgo asociado a una conducta tal, el primero por la facilidad de su detección por parte de la policía, por las maniobras inusuales que se deben realizar con el propósito descrito y el segundo, asociado al alto valor que tiene la droga. De lo razonado se desprende, que *los consumidores de ordinario no son sorprendidos portando droga dispuesta en papelillos*, por el riesgo asociado que ello implica y menos se les encuentra escondida ésta entre sus vestimentas, *y sí los portan los traficantes*, ya que por la utilidad económica que el ilícito les reporta, asumen dicho riesgo, misma que además la esconden con habilidad extrema en sus ropas a fin de burlar los eventuales controles a que pueden ser sometidos por las policías, como también preservarla de eventuales “quitadas” o “mexicanas” que sus competidores del rubro puedan intentar en contra de ellos”<sup>76</sup>.

“Que los hechos descritos configuran el delito de microtráfico de estupefacientes, previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, en grado de consumado, por cuanto el acusado poseía y portaba pequeñas cantidades de droga, consistentes en cannabis sativa, [por un total de] 21 envoltorios que le fueron encontrados [...] sin contar con la competente autorización, ni justificar que ella estuviera destinada a la atención de un tratamiento médico o para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. Por el contrario, las máximas de la experiencia nos indican que las sustancias incautadas estaban *destinadas al tráfico*, lo que se desprende de la *forma en que se encontraban repartidas*, esto es, en pequeños envoltorios que facilitan su distribución y su cantidad no se condice con un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, puesto que según el funcionario de la Policía de Investigaciones, [...] de acuerdo a su experiencia, indica que si se tratara de *un consumidor tendría la droga en sólo un envoltorio o contenedor*, por lo tanto cuando la droga se encuentra dosificada estamos en presencia de una persona que la comercializa.”<sup>77</sup>

“[No es] descabellado pensar en que no se han dado los supuestos del microtráfico en la especie. En efecto, en este caso no nos encontramos con una persona que haya tenido la cannabis sativa dosificada en papelillos para su venta, lo que es de común ocurrencia entre los micro traficantes, por la experiencia que estos jueces han tenido al escuchar en otros juicios de procedimientos similares”<sup>78</sup>.

“No concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, alegada por la defensa, toda vez que las circunstancias del porte y posesión son precisamente indiciarias *del propósito de traficar*, ya que el estupefaciente que portaba el enjuiciado se encontraba *distribuido en 96 envoltorios de papel*, cantidad que descarta la proximidad en el tiempo del consumo referido, más aún cuando el propio acusado admitió que “no consumía mucho, no muy relativo”, es decir, reconoció que su consumo no era habitual”<sup>79</sup>.

Destacamos la insuficiencia de este criterio y criticamos su utilización en forma aislada porque puede llevar a establecer soluciones contradictorias. Por un lado, se estima que el portar la droga dividida en papelillos es una conducta propia de los microtraficantes, debido a que de esa forma sería más fácil realizar la entrega de las sustancias a los consumidores, ya que así se

<sup>76</sup> TOP de Antofagasta, RIT N° 149-2005, 25/10/05, Considerando 10°.

<sup>77</sup> TOP de Talca, RIT N° 79-2007 14/08/07, Considerando 5°.

<sup>78</sup> TOP de Valparaíso RIT N° 95-2010, 22/05/2010, Considerando 10°

<sup>79</sup> TOP de Santiago (6°), RIT N° 128-2010, 3/05/2010, considerando 17°

favorecería la rapidez de la transacción, característica necesaria dada la ilicitud de la conducta. Por otro lado, se considera que serían los consumidores quienes portarían la droga en un solo “paquete” o “bolsitas” es decir, de forma no parcelada.

En principio las conclusiones expuestas no parecen suscitar mayores inconvenientes, pero, debemos tener en consideración que si se estima que el microtraficante porta la droga dividida en papelillos, el consumidor que la adquiere del microtraficante portará la droga distribuida de la misma forma. Además, nada impide al consumidor, posteriormente, fraccionar la droga adquirida en pequeñas dosis para facilitar el consumo o transporte de ella<sup>80</sup>. No son aislados los casos en que los consumidores compran una cantidad de droga que les alcanza para consumir en varias ocasiones y si la sustancia fue adquirida sin subdivisiones, es obvio que para ser consumida será distribuida en dosis más pequeñas. Piénsese en el caso de un sujeto que adquirió una cantidad suficiente para abastecerse por una semana y que la fracciona en varias dosis porque necesita transportar solo una porción de todo lo adquirido para consumir en una fiesta.

Por lo tanto, de lo expuesto anteriormente se puede concluir que la distribución de la droga no permitiría descartar más allá de toda duda razonable la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, como tampoco permitiría acreditar –de la misma forma- su concurrencia.

#### **4.2 Forma de ocultamiento de la droga al momento de la detención**

La jurisprudencia cuando atiende a este criterio, no discute el que la droga se oculte o no, pues esto responde a una conducta propia de cualquier persona que porte droga, sino que se refiere a la forma de ocultamiento, ya que no es lo mismo ocultarla en un bolsillo del pantalón o de la chaqueta, que dentro de los genitales o en un lugar alambicado<sup>81</sup>.

En efecto, tanto el consumidor como el traficante intentarán ocultar la droga, porque si un sujeto es sorprendido por personal de la policía con dichas sustancias en su poder, se verá enfrentado al sistema penal y deberá demostrar ante los tribunales que la droga portada tenía como destino su consumo personal y no la transferencia a terceros en modalidad de tráfico o microtráfico. Además debemos recordar que la Ley 20.000 no solo considera tráfico la transferencia de droga a terceros, sino que también la posesión, transporte, guarda y porte de dichas sustancias. Y si a lo anterior sumamos el hecho de que no existe una clara delimitación en la aplicación de las figuras de tráfico, microtráfico y consumo, resulta evidente que sin importar el destino de la droga, el sujeto que realiza alguna de las conductas descritas intentará no ser descubierto ocultando de alguna forma las sustancias.

---

<sup>80</sup> Véase, TOP Santiago (3°) RIT 245-2007, 18/03/2008, considerando 7°: El tribunal estimó que la droga que portaba el acusado tenía como destino su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Concluyendo que: la evidencia presentada apunta, a que tales parcelaciones estaban dirigidas a facilitar el consumo parcial de la misma en un tiempo determinado, respecto de un mismo sujeto [...] desestimándose por tanto, el posible entendido de que tales fracciones pudieran conducir a una distribución ampliada a un mayor número de personas. tal fraccionamiento obedecía a la intención de parcelar las cantidades para el aseguramiento de su duración para la temporada de prestación de servicios laborales un centro de esquí, sin posibilidades de acceder a sectores de venta de droga.

<sup>81</sup> Cfr., ARRIETA, Nicolás: “El delito de microtráfico en la jurisprudencia...” pág. 96.

Por otro lado, debemos recordar que el Art. 50 de la Ley N°20.000 sanciona como falta el porte o tenencia de drogas en lugares públicos o abiertos al público, aunque las sustancias estén destinadas al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de quien las porta. La aplicación de esta falta no ha sido pacífica, enfrentándose dos posturas al respecto:

Por un lado, están quienes exigen para su concurrencia que el porte sea realizado con ostentación<sup>82</sup> y por el contrario, están quienes postulan que exigir la ostentación implicaría 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. En este sentido, el hecho de exigir para la tipicidad del porte de drogas una conducta extra no contemplada en el tipo penal 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<sup>83</sup>.

La forma de ocultamiento de la droga se ha erigido en nuestra jurisprudencia como un criterio indiciario de las conductas de propias de tráfico, microtráfico y consumo, siendo valorado de la siguiente manera por nuestros tribunales<sup>84</sup>:

“Las máximas de la experiencia indican que los consumidores cuando son sorprendidos portando droga, a éstos se les encuentra la misma contenida en bolsitas, las que además *portan entre sus ropas superficialmente*”<sup>85</sup>.

“Además, cabe mencionar como otro indicio de comercio ilícito, el hecho de hallarse dispuesta junto a la droga sin dosificar, una cuchara apta para preparar dosis o envoltorios de venta al menudeo; como también, la forma en que se hallaba oculta, alrededor de la mitad de la droga sin fraccionar, *en el entretecho de una dependencia del inmueble, lo cual no es propio de un consumidor*”<sup>86</sup>.

“Que los hechos descritos en el considerando precedente constituyen el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes, toda vez que se acreditó que el imputado se encontraba en posesión de tres envoltorios de papel y una bolsa plástica contenedores de un total de 14,3 gramos de pasta base de cocaína [...] teniendo presente que el tipo de droga encontrada, su distribución y *forma de ocultamiento*, permiten concluir inequívocamente que su destino no pudo ser otro que su comercialización, no existiendo antecedentes que permitan, siquiera presumir, que

---

<sup>82</sup> Recordamos que nosotros somos partidarios de esta postura y que el tema ya fue tratado en el primer capítulo de este trabajo. *Vid infra*, 3.1.2 El consumo de droga sancionado como falta, b) porte o tenencia en lugares públicos o abiertos al público.

<sup>83</sup> *Cfr.*, SALAZAR, Andrés: “El consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo...”, pág. 15, (20/12/2016).

<sup>84</sup> TOP de Santiago (3°), RIT N° 245-2007 18/03/08. El tribunal estimó que la droga incautada estaba destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del imputado, quien fue sorprendido portando al interior del *bolsillo izquierdo de su casaca* una bolsa de nylon color celeste, en cuyo interior había 130 envoltorios de papel de revista y un cigarrillo artesanal de papel color blanco, conteniendo una sustancia pastosa de color verde la cual arrojó un peso bruto de 89 gramos 500 miligramos y, al ser sometida a la Prueba de Campo respectiva, dio coloración positiva para la presencia de THC.

<sup>85</sup> TOP de Antofagasta, RIT N° 149-2005, 25/10/05, Considerando 10

<sup>86</sup> TOP de Curicó RIT N°29-2006, 07/08/2006, considerando 8°.

estuviese destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo”<sup>87</sup>

En definitiva este criterio indiciario atiende al lugar o forma en que se oculta la droga y a los esfuerzos desplegados por el agente en busca de dicho fin, de este modo, mientras más rebuscada sea la maniobra de ocultación utilizada por el sujeto, más posibilidades existen que la circunstancia se considere como un indicio de tráfico o microtráfico, en cambio se estima que los consumidores ocultan las drogas de manera superficial, solo evitando que éstas no sean percibidas a simple vista, no siendo necesario realizar una búsqueda exhaustiva para poder encontrarlas.

En relación al perfil del narcotraficante, IVELIC señala que “el ocultamiento de la droga no solamente está vinculado a la clandestinidad buscada por estos, sino que en muchos casos es un elemento característico distintivo de una organización criminal que contribuye a generar su identidad, a diferenciarla de otra organización a partir de ese rasgo. Es ahí donde se aprecia con intensidad el ingenio y la tecnología aplicada por sus autores en el desarrollo y la modernización de esta actividad ilícita”.<sup>88</sup>

#### **4.3 Tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración o distribución de la droga.**

Entre los instrumentos u objetos más relevantes considerados por los tribunales a nivel nacional se encuentran las balanzas, los contenedores, teléfonos celulares y licuadoras. Respecto a la forma en que la jurisprudencia ha utilizado estos elementos indiciarios y la razón de su consideración, destacamos las siguientes sentencias:

“Resultó acreditado con la prueba de cargo [que el acusado] portaba una balanza digital de precisión, tres teléfonos celulares con sus respectivos chips, tres chips, \$364.000, 18 bolsas de nylon, tipo helado vacías, una pistola con dos cargadores con 27 municiones en total, llevando una en la recámara lista para ser disparada y documentación personal adulterada. Todos elementos, indiciarios, que de acuerdo a las máximas de la experiencia, *son propios de quienes se dedican a la comercialización de droga*, pues *la balanza* es utilizada para ser pesada la droga y *las bolsas vacías* para guardar las dosis de la misma. Por otra parte, la circunstancia de mantener *tres teléfonos celulares y además otros tres chips*, es indicativo que eran utilizados, para contactarse con los demás distribuidores, a fin de evitar ser detectado por algún organismo de control [...] lo cual se condice con el hecho de mantener en su poder, una radio portátil conectada con la frecuencia de Carabineros [...] Hecho que también evidencia que poseía una debida organización y preparación idónea para la concreción de su actividad delictiva.

El poseer dichos elementos, conducen a establecer, que el encartado, se trataba de una persona que se encontraba lo suficientemente organizada y que disponía de instrumentos, que por su costo, es poco probable que puedan tenerlas personas que se dedican al tráfico de pequeñas cantidades de dinero, pues son este tipo de individuos, quienes por el volumen de utilidades que

---

<sup>87</sup> El acusado mantenía la droga guardada en un ropero de su dormitorio, distribuida en tres contenedores de papel de cuaderno cuadriculado envueltos en papel higiénico y una bolsa de nylon transparente. TOP de Antofagasta RIT N° 187-2007, 22/10/2007.

<sup>88</sup> IVELIC, Alejandro: “Ocultamiento de la droga y perfil del narcotraficante”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 58, Marzo 2014, pág. 144.

perciben como consecuencia del producto de la venta ilícita de droga, los que poseen mayor capacidad económica”<sup>89</sup>.

“Ese hallazgo debe necesariamente relacionarse con *la juguera que se estableció era usada para moler la droga* que se recibía prensada y luego dosificarla en los envoltorios para la venta a los consumidores, ello si bien no da cuenta de un sofisticado sistema, revela que se trata de una *actividad organizada*, en modo alguno en la pequeña escala como algunos adictos lo hacen, vendiendo parte de la droga que han adquirido para su consumo”<sup>90</sup>.

“[A la posesión] se debe unir un elemento comúnmente utilizado en la perpetración de ilícitos de esta naturaleza, como es la juguera a que se ha hecho referencia, lo que en concepto de estos sentenciadores, constituye inequívocamente, un indicio del propósito de traficar a cualquier título”<sup>91</sup>

“La acusada arrancó por el pasillo de la vivienda, portando una mochila que contenía: marihuana envasada y a granel; al igual que elementos destinados a preparar dosis de droga, tales como, un envase de juguera usado para moler la hierba, observándose residuos aún en su interior, un cuchillo, unos coladores y una cuchara, instrumentos, que los policías señalaron que se usan comúnmente para cortar la sustancia prensada, para mezclar la droga con otras sustancias y dosificarla”<sup>92</sup>.

“No se encontraron en el domicilio del acusado elementos, instrumentos o materiales que pudieren dar por establecido que [...] se dedicara al tráfico en gran escala o manejara grandes empresas dedicadas a esto, como pesas, papelillos, envoltorios o se le constatará viajes para proveerse de la droga, etc. el perfil no corresponde a un traficante mayor y no se le acreditó proveedor alguno de la droga, no se le acreditó que tuviera grandes bienes, ni tampoco vehículo que pudiese demostrar la facilidad de movilidad para operar, *ni siquiera incautación de algún celular*, que es un elemento básico de conexión, que se tendría si se tratara de un traficante mayor”<sup>93</sup>.

La defensoría penal pública elaboró un estudio de peritajes en delitos de drogas, el cual, respecto a los procedimientos de incautación señala que, toda sustancia ilícita puede ser incautada por Carabineros, es decir, *será confiscada*. A la vez, todos los objetos y documentos relacionados con el hecho investigativo, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso, y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, también serán incautados, como por ejemplo, teléfonos celulares, dinero, contenedores plásticos, entre otros<sup>94</sup>. Por lo tanto, se aprecia que los objetos analizados son considerados medios de prueba ante nuestros tribunales.

En general se entiende que, la actividad de tráfico de drogas implica manejar determinados materiales o utensilios que auxilien la elaboración o distribución de la misma, así, para traficar

---

<sup>89</sup> TOP de los ángeles, RIT N° 68-2009, 19/10/2009, considerando 28°.

<sup>90</sup> TOP de Antofagasta, RIT N°110-2008, 14/07/08, considerando 8°.

<sup>91</sup> TOP de Talca, RIT: 45-2006, 03/05/06, considerando 7°.

<sup>92</sup> TOP Santiago (6°), RIT N° 245-2007, 14/08/2007, considerando 7°.

<sup>93</sup> TOP de Concepción, RIT N° 122- 2006, 11/07/06, considerando 11°.

<sup>94</sup> CASTILLO, Daniela y MUÑOZ Ana maría: *Estudio Exploratorio de Peritajes en Delitos de Drogas*, CONACE - Defensoría Penal Pública, Santiago, Febrero de 2004.

papelillos o bolsitas contenedoras de drogas con determinada cantidad, será necesario, por ejemplo, disponer de una determinada cantidad de bolsitas plásticas, de envoltorios de papel cuadriculado, una balanza o pesa que permita calcular exactamente la cantidad que se ofrecerá, alguna sustancia que aumente el volumen de la droga que se destinará al tráfico (generalmente bicarbonatos), cucharas, cuchillos para repartir, coladores, focos halógenos que faciliten el crecimiento de plantaciones de cannabis, entre otros<sup>95</sup>.

Por último, afirmamos que la sola posesión de los objetos tratados no puede ser considerada como un elemento inequívoco del ánimo de traficar, sino que será necesario que su posesión vaya acompañada de otros antecedentes que sean concluyentes del ánimo de traficar, como son la declaración de agentes reveladores, funcionarios aprehensores, consumidores-compradores, presencia de droga en dichos utensilios, falta de justificación de los mismos en poder del imputado. etc.<sup>96</sup>

#### **4.4 Condición de drogodependiente o politoxicómano, consumidor habitual o no consumidor.**

“La drogodependencia es un estado de dependencia física o psíquica -o ambos- respecto a una droga, que se crea en la persona a consecuencia de la administración de dichas sustancias en forma continuada o periódica. Hay dos grupos bien diferenciados de drogas; unas crean dependencia física y psíquica (adicción); otras, sólo la psíquica (hábito)”<sup>97</sup>. Por su parte, “politoxicómano es quien consume o es adicto a varios tipos de drogas”<sup>98</sup>.

Este criterio indiciario también puede relacionarse con la cantidad de droga portada, poseída, transportada o guardada, de este modo, podría pretender justificarse la posesión de mayores volúmenes de droga en manos de drogodependientes argumentando la destinación al consumo, ya que, debido a su adicción necesitan mayores cantidades de droga para satisfacer sus necesidades. Sin embargo, la consideración del argumento planteado podría acarrear consecuencias negativas para los consumidores primerizos, debido a que estarían obligados a portar cantidades menores de droga a fin de poder demostrar que el destino de ésta es el consumo y no su comercialización, mientras que microtraficantes podrían utilizar a su favor su calidad de drogodependientes para justificar la posesión de mayores volúmenes de droga.

Sobre el uso de este criterio NAVARRO ha señalado que la condición de consumidor o toxicómano del acusado no puede excluir, conceptual ni probatoriamente, la posibilidad de que las sustancias que se tienen estén destinadas al tráfico. De este argumento se pueden extraer dos conclusiones:

- a) El que se acredite que el acusado es consumidor, desde luego no prueba que la droga poseída estuviera destinada a su consumo exclusivo.

---

<sup>95</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 249.

<sup>96</sup> Cfr., ARRIETA, Nicolás: “El delito de microtráfico en la jurisprudencia...”, pág. 98.

<sup>97</sup> REBOLLEDO, Lorena: “El objeto material del delito: Droga, desde una perspectiva farmacológica.”, en *Boletín Trimestral Ministerio Público*, Julio-Septiembre 2004, pág. 31.

<sup>98</sup> MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento...”, pág. 244.

- b) La sola condición de consumidor o adicto a las drogas, no excluye *per se* la capacidad de ejercer la actividad del tráfico o comercio de las mismas, es de común ocurrencia, que concurren ambas calidades, las que no son incompatibles<sup>99</sup>.

Se debe tener presente que hoy en día, la figura del drogadicto-vendedor es cada vez más común en nuestras poblaciones y espacios urbanos<sup>100</sup>. Debido a los altos precios de la droga y el grado de adicción que puede llegar a adquirir una persona, en especial tratándose de drogas duras como la pasta base, no resulta extraño que un consumidor se transforme en poco tiempo en traficante y la experiencia así lo demuestra, convirtiéndose de esta forma en el último eslabón de la cadena de tráfico de drogas. Con todo, evidenciamos que estamos frente a una situación compleja, pues, por una parte tenemos un consumidor o adicto, que más que una sanción penal requiere tratamiento y de otro lado, en cuanto microtraficante, es merecedor de una pena<sup>101</sup>.

Al igual que con los criterios indiciarios analizados anteriormente, concluimos que la drogodependencia o la condición de consumidor del acusado, puede resultar útil en la distinción de las conductas de tráfico, microtráfico y consumo en la medida que *no se considere* de forma aislada, de este modo, para probar al tribunal más allá de toda duda razonable la destinación de las drogas a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, la acreditación de la drogodependencia debe acoplarse a otros datos objetivos, como la cantidad incautada, la forma de su ocultamiento, la ausencia de indicios que evidencien la intención de traficar y, principalmente, la presencia de instrumentos que permitan consumir la droga, v. gr. pipas, papel de arroz, etc<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr., NAVARRO, Roberto: “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades...”, pág., 281-282.

<sup>100</sup> En este sentido, TOP de Rancagua RIT N° 37-2007, 28/03/2007, considerando 10°: La calificación jurídica arribada por este tribunal [tráfico ilícito de drogas] no resultó desvirtuada por la prueba pericial presentada por la Defensa, la que si bien acreditó que la *acusada era consumidora de droga*, ello no resulta un obstáculo para que la misma se dedique en forma habitual al *comercio de dichas sustancias*.

<sup>101</sup> Cfr., ARRIETA, Nicolás: “El delito de microtráfico en la jurisprudencia...”, pág. 104.

<sup>102</sup> Cfr., CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico: análisis crítico...*, pág. 306.

## CONCLUSIONES

Del análisis realizado en este trabajo queda en evidencia que la regulación actual de la Ley 20.000 deja a los consumidores de drogas en una situación de vulnerabilidad, a lo largo del estudio pudimos detectar que la Ley de Drogas presenta varias falencias que atentan contra los consumidores y sus derechos, por lo que mantenemos una posición crítica frente a la regulación legal del consumo en nuestro país.

Si el legislador ha estimado que el consumo personal de drogas no concertado realizado en recintos privados es una conducta atípica y por lo tanto excluida de sanción penal, creemos que debería establecer los mecanismos para que los consumidores adquieran las drogas con dicho fin, de esa forma no tendrían que verse enfrentados a la necesidad de delinquir para poder abastecerse de drogas para su consumo.

Por otro lado, creemos que también deberían ser objeto de revisión las normas que sancionan el consumo bajo la fórmula de delito, es decir los artículos 14 y 15, ya que no queda claro cuál es el fundamento de sancionar con pena de delito solo los supuestos de consumo realizado por los sujetos que los artículos comprenden, excluyendo a otros que podrían incluirse en consideración de la actividad que realizan.

Destacamos además que la Ley 20.000 debería reflejar la irrelevancia penal de las conductas de tenencia, porte, transporte, guarda y cultivo de drogas cuando estén destinadas al consumo personal y privado del sujeto que realiza las conductas. Es por ello que, resulta necesario el establecimiento de criterios objetivos en la ley, que permitan determinar con certeza la destinación de las drogas al uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo y de esta forma evitar que los consumidores resulten criminalizados al querer realizar una conducta atípica.

Finalmente sostenemos la comprobación de la hipótesis planteada en este trabajo, de este modo, ratificamos la necesidad de introducir modificaciones a la Ley 20.000 que incorporen criterios objetivos que permitan establecer si el destino de las sustancias poseídas o cultivadas es el consumo personal o el tráfico.

En base a lo dicho anteriormente, también consideramos insuficientes los criterios que actualmente utiliza el legislador en el artículo 4° inc. 3° para descartar la concurrencia de la circunstancia de consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Tanto la pureza y calidad de la droga, como también las circunstancias indiciarias de traficar a cualquier título, pueden resultar útiles para dicho fin, pero la técnica legislativa no fue la adecuada. En el caso de la pureza o calidad de la droga no se precisó el sentido en que debe entenderse este criterio, es decir, no se estableció si debe desestimarse la concurrencia de la circunstancia de consumo personal cuando la pureza de la droga es baja o por el contrario cuando la droga presenta un alto porcentaje de pureza. Por otro lado la expresión “circunstancias indiciarias de traficar a cualquier título” no contribuye de mayor manera a solucionar el problema, debido a que carece de contenido, pudiendo comprender un número ilimitado de situaciones que al no estar expresamente previstas atentan contra la seguridad de los consumidores.

Sostenemos que la Ley de Drogas debe ser modificada de manera tal que incorpore los criterios que la jurisprudencia ha utilizado para determinar la concurrencia de la circunstancia de consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Tales como, la forma de ocultamiento de las sustancias, la tenencia de materiales que faciliten la producción o tráfico, la condición de consumidor habitual o drogodependiente del autor, la forma de distribución de la droga o la proyección del número de dosis susceptible de obtenerse. Aunque, recalamos la insuficiencia de cualquiera de los criterios analizados si se consideran de forma aislada, es por ellos que los criterios deben ser considerados en forma complementaria, en otras palabras, la sola concurrencia en el caso concreto de alguno de los criterios analizados en el capítulo segundo, no resulta suficiente para afirmar si el destino de las sustancias portadas era el tráfico o el consumo personal.

Por último, mantenemos que sería útil incorporar en la Ley cantidades señaladas expresamente cuya posesión o tenencia se presuma destinada al uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, con la finalidad de dar certeza y seguridad a los consumidores.

## BIBLIOGRAFÍA

### É Libros:

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de Derecho Penal*, Tomo III, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon: *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, Parte general, Segunda edición, Legal Publishing, Santiago, 2007.

BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Volumen I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2012.

BUSTOS, Juan: *Coca cocaína. Política criminal de la droga*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995.

CASAS, Lidia, et al.: *Ley 20.000. Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa*. Serie Estudios y Capacitación, N°8, Defensoría Penal Pública, Santiago, octubre 2013.

CASTILLO, Daniela y MUÑOZ Ana maría: *Estudio Exploratorio de Peritajes en Delitos de Drogas*, CONACE - Defensoría Penal Pública, Santiago, Febrero de 2004.

CISTERNAS, Luciano: *El microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina, jurisprudencia*, Segunda edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2011.

CURY, Enrique: *Derecho Penal: Parte general*, Octava edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

GANZENMÜLLER, Carlos; FRIGOLA, Joaquín y ESCUDERO, José Francisco: *Delitos contra la Salud Pública (II): Drogas, Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes*, Primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005.

LORENZINI, Pablo, et al.: *Evaluación de la Ley 20.000*, Departamento de evaluación de la Ley, Cámara de Diputados de Chile, Enero 2014.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Tercera edición, Legal Publishing, Santiago, 2015.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, Quinta edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 1998.

PÉREZ, Catalina; CORDA, Alejandro y BOITEUX, Luciana: *La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores de drogas en América Latina*, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2015.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

### • Artículos:

Arrieta, Nicolás: “El delito de microtráfico en la jurisprudencia: sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la pequeña cantidad”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 46, Marzo 2011.

CISTERNAS, Luciano: “Del microtráfico de drogas y del análisis jurisprudencial de sus más importantes criterios indiciarios”, en *Revista de Estudios Ius Novum*, N°2, octubre, 2009.

CISTERNAS, Luciano: “Pequeñas cantidades, grandes interrogantes: propuestas de delimitación respecto del consumo y tráfico de drogas”, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°13, 2013.

GARCÍA, Palominos: “El consumo personal como manifestación de la autonomía personal y centro de las valoraciones penales en la Ley N°20.000”, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°13, 2013.

IVELIC, Alejandro: “Ocultamiento de la droga y perfil del narcotraficante”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 58, Marzo 2014.

MARCAZZOLO, Ximena: “El consumo de drogas en la legislación internacional y nacional”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°44, Septiembre 2010.

MARCAZZOLO, Ximena: “El objeto material en el delito de tráfico ilícito de drogas” en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 41, Diciembre 2009.

MARTORELL, Daniel: “Reflexiones sobre el tratamiento penal del consumo de drogas”, en *Boletín del Ministerio Público Edición Especial*, N° 32, Septiembre de 2007.

MATUS, Jean Pierre: "Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes", en *Anexo de la Gaceta Jurídica*, N° 228 y 229, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco y AUNIÓN ACOSTA, Bella: “Drogas y Derecho Penal”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N°5, San Sebastián, Diciembre 1991.

NAVARRO, Roberto: “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del Art. 4° de la Ley N°20.00”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVI, 2005.

NÚÑEZ Miguel Ángel y GUILLÉN, German: “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código penal”, en *Revista Penal*, N° 22, España, Julio 2008.

REBOLLEDO, Lorena: “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, septiembre 2014.

REBOLLEDO, Lorena: “El objeto material del delito: Droga, desde una perspectiva farmacológica.”, en *Boletín Trimestral Ministerio Público*, Julio-Septiembre 2004.

RUIZ, Fernando: “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000”, en *Revista Electrónica Política Criminal*, Vol. 4, N° 8, Diciembre 2009.

- **Artículos en formato electrónico:**

ALVARADO, Eddie: “La salud pública como bien jurídico tutelado en el narcotráfico”, disponible en:

[http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00151998000200016](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151998000200016)

(15/11/2016)

GRAZIA, Zuffa: “Cómo determinar el consumo personal en la legislación sobre drogas: La polémica de los umbrales a la luz de la experiencia italiana”, disponible en:

<https://www.tni.org/es/publications/legislative-reform-series/item/2769-como-determinar-el-consumo-personal-en-la-legislacion-sobre-drogas> (22/11/2016)

SALAZAR, Andrés: “El consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo: su naturaleza jurídica a la luz de la ley de drogas”, Disponible en:

[http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo\\_4\\_Ley\\_20000\\_Consumo\\_Personal\\_AS.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_4_Ley_20000_Consumo_Personal_AS.pdf) (20/11/2016)

- **Jurisprudencia consultada:**

SCS Rol N° 4949-15, 4/6/2015.

SCS Rol N° 39469-2016, 4/8/2016.

SCS Rol N° 27016-1, 16/6/2016.

SCS Rol N° 4215-12, 25/7/2012.

STOP Santiago (3°), RIT N° 245-2007, 18/03/2008.  
STOP de Antofagasta, RIT N° 149-2005, 25/10/05.  
STOP de Talca, RIT N° 79-2007, 14/08/07.  
STOP de Valparaíso RIT N° 95-2010, 22/05/2010.  
STOP de Santiago (6°), RIT N° 128-2010, 3/05/2010.  
STOP de Curicó RIT N°29-2006, 07/08/2006.  
STOP de Antofagasta RIT N° 187-2007, 22/10/2007.  
STOP de los ángeles, RIT N° 68-2009, 19/10/2009.  
STOP de Antofagasta, RIT N°110-2008, 14/07/08.  
STOP de Talca, RIT: 45-2006, 03/05/06.  
STOP Santiago (6°), RIT N° 245-2007, 14/08/2007.  
STOP de Concepción, RIT N° 122- 2006, 11/07/06.  
STOP de Rancagua RIT N° 37-2007, 28/03/2007.