

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY N° 20.000

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

JUAN ANDRÉS PAVEZ FARIAS.
ARTURO ALEJANDRO PRAT LOPICICH.

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago, Chile 2006

INTRODUCCIÓN .	1
CAPITULO I: Aspectos sociológicos .	3
A.- La droga como un fenómeno social. . .	3
B.- Clasificación y distinción de los distintos tipos de drogas. . .	5
C.- Drogas lícitas e ilícitas. . .	8
D.- El fenómeno de la drogadicción en el mundo. . .	13
E.- Causas y niveles del consumo de drogas en Chile. . .	15
CAPITULO II: Aspectos criminológicos y político criminales. . .	19
A.- Reacción estatal ante las drogas en Chile y en el mundo. . .	19
1.- Las sociedades antiguas y las drogas. . .	19
2.- La penalización como fenómeno histórico.²⁶ . . .	20
3.- La guerra contra el narcotráfico ¿guerra perdida? . . .	22
B.- Revisión crítica a la reacción estatal frente a las drogas . . .	25
C.- El bien jurídico protegido . . .	29
1.- La idea Legal: La Salud Pública . . .	29
2.- La idea Real: Protección a un estándar de vida determinado. . .	31
3.- Nuestra opinión. . .	32
D.- Garantías constitucionales, libre desarrollo de la personalidad, la despenalización de las drogas como posible nueva vía. . .	32
CAPITULO III: Aspectos Legales .	37
A.- Primeras normas legales chilenas respecto al tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. . .	37
B.- La ley 18.403 . . .	39
C.- Ley 19.366 . . .	40
D- Ley 20.000 . . .	43
1-Historia de la Ley⁵⁶ : . .	43

²⁶ Este capítulo esta basado en el Capítulo “El derecho Internacional Público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes”, escrito por María del Carmen Martí en el libro “Delitos contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes”, Universidad de valencia, 1977, pag. 257 a 295

2.- Principales modificaciones introducidas por la ley 20.000 a la legislación sobre drogas. . .	63
3.- El delito de microtráfico . .	72
CAPITULO IV: Análisis crítico de la regulación chilena de las drogas. .	77
A.- Concepción Político Criminal tras la regulación chilena de las drogas. ¹¹¹ .	77
B.- Realidad social. Efectos de la prohibición. .	83
1.- Fines de la prohibición . .	83
2.- Estadísticas oficiales. ¿ Se cumplen los fines perseguidos con la política prohibicionista? . .	84
C.- Jurisprudencia y actitud del Ministerio Público respecto a la ley 20.000. ¹¹⁶ . .	86
1.- La naturaleza de la figura sancionada en el artículo 4° de la ley 20.000. . .	86
2.- El concepto de “pequeñas cantidades de drogas”. .	88
3.- Rebaja de pena según la naturaleza de la droga. .	90
BIBLIOGRAFÍA: .	93

⁵⁶ Este apartado se basa en la tramitación de la ley 20.000 que se encuentra disponible en la pagina web de la Biblioteca del Congreso nacional de la Republica de Chile, http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/asisil/listado/todo_sil.php?url1=http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2439-20 . Incluyéndose intervenciones de diferentes Diputados y Senadores para graficar la opinión de los legisladores respecto al tema de la regulación droga.

¹¹¹ El presente apartado tiene como base de referencia directa el Capítulo V del libro de Juan Bustos Ramirez “Coca cocaína. Política criminal de las drogas”

¹¹⁶ Información obtenida del sitio Web de la defensoría penal pública: <http://www.defensoriapenal.cl>

INTRODUCCIÓN

“ Déjenme decir que no pienso que la legalización de las drogas sea una buena idea; de hecho pienso que es una idea terrible. Pero lo digo también es probablemente la mejor de las ideas disponibles, y es probablemente mejor que las políticas que estamos tratando de imponer en estos momentos” Ethan Nadelman, 12 de octubre de 1988 discurso ante la sociedad interamericana de prensa. “ Las soluciones que actualmente se plantean solo acarrearían una escada cada vez mayor de violencia que va en desmedro de los derechos humanos, y solo puede terminar en la guerra, que es lo que ha sucedido, lo cuál significa el fin de la paz y el abandono del respeto por la dignidad de las personas. Es por eso que esta vía resulta inviable y, además, inefectiva pues la sufren los débiles y beneficia a los poderosos (y en este sentido fortalece y extiende la mafia de la droga)” Juan Bustos Ramírez Coca cocaína: La problemática de las drogas.

El 16 de febrero del año 2005 fue publicada en el diario oficial la ley 20.000, entrando en vigencia la quinta ley especial que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Tomando en consideración que la primera de ellas, la ley 17.155, fue dictada en junio de 1969, se puede ver que existe una clara preocupación del poder legislativo y ejecutivo en las últimas décadas respecto a esta materia.

Pero pese a esta continua revisión de la legislación sobre las drogas extraña la ausencia de una autocrítica, de una revisión a fondo por parte del Estado de su política ante este fenómeno social. El Estado Chileno lo asume principalmente como un problema de aplicación de la ley penal y no como el problema principalmente de salud pública que es.

Esto se explica a nuestro parecer por el fenómeno mediático de la satanización de la droga, que señala a esta como el gran enemigo de la sociedad, cerrando la posibilidad de analizar una nueva política pública sobre este fenómeno, planteándose como única alternativa posible el aumento de la represión penal, el combate al narcotráfico con todos los medios posibles.

Así en cada ley dictada se aumentan las penas, se amplían los tipos penales y las facultades intrusivas de las policías en la investigación.

A su vez con esta campaña se ha creado un juicio moral negativo hacia cualquiera que ose mencionar una forma distinta de enfrentar este fenómeno social, considerándosele un aliado del narcotráfico, un infiltrado del “enemigo”.

Tan profunda es la idea de que la represión es la única alternativa para enfrentar este problema, que inclusive se fortalece de su propio fracaso y en cada discusión sobre el tema los defensores de la política represiva reconocen el fracaso de ésta pero señalan que la solución es profundizar más en ella.

Esta particularidad de fortalecerse en base a su propio fracaso a nuestro parecer, se basa en que esta visión engloba en el problema de la droga dos problemas entrelazados pero completamente independientes entre sí. Por una parte está el problema del abuso de las drogas ilícitas, el cuál sin duda es grave y debe ser enfrentado, pero no es mayor que el problema que provoca el abuso de las drogas legales, en particular el abuso del alcohol. Por otra parte está el

problema del tráfico de estas sustancias ilegales, la formación de bandas de narcotraficantes que se toman barrios enteros, la violencia creciente en las calles entre estas bandas, la corrupción de autoridades, la involucración en la compra y venta de drogas en niños, la proliferación de drogas de menor calidad y mayor toxicidad (pasta base de cocaína o la marihuana prensada) en nuestras poblaciones al ser más fáciles de internar al país, etc.

De esta distinción básica parte nuestra inquietud de analizar críticamente la reacción estatal ante este fenómeno social, sus fundamentaciones y los resultados obtenidos con la prohibición.

Este trabajo busca analizar la política sobre drogas como cualquier otra política social, en términos de costo beneficio, analizando en estos mismos términos la posibilidad de la despenalización o legalización de las drogas como política alternativa que nos permita como sociedad reducir los costos sociales de los dos problemas relacionados con la droga.

En este análisis se comenzará por una conceptualización de la droga como un fenómenos social, para luego analizar la reacción estatal ante ésta, establecer el bien jurídico que protege su penalización presentando el conflicto que existe entre ésta y las garantías constitucionales de los ciudadanos. Luego se analizará la legislación nacional sobre el fenómeno de la droga, profundizando en la reciente ley 20.000, sus principales modificaciones y su historia, la cuál nos ayudará a clarificar las diferentes posiciones y opiniones de nuestros legisladores respecto a este tema, para finalmente analizar la concepción político criminal tras la regulación legal, y los efectos de la prohibición viendo si cumple o no sus objetivos.

CAPITULO I: Aspectos sociológicos

A.- La droga como un fenómeno social.

Droga, según la vigésima segunda edición del diccionario de la lengua española, es cualquier sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplee en la medicina , en la industria o en las bellas artes. La segunda acepción es sustancia o preparado medicamentoso de efectos estimulantes, deprimentes, narcótico o alucinógeno. Por su parte la Organización mundial de la salud establece que es cualquier sustancia que, introducida en un organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones.

Nuestra ley no da un concepto de drogas pero de su artículo primero se desprende un requisito para que una sustancia sea considerada droga por la ley: que produzca dependencia física o síquica.

De lo señalado podemos definir droga como cualquier sustancia mineral, vegetal o animal que, introducida en un organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones produciendo dependencia física o síquica.

A partir de esta definición se puede señalar que desde tiempos inmemoriales el hombre ha utilizado drogas que alteran su estado de conciencia por diversos motivos: sentir nuevas sensaciones, obtener alegría, conexión con los dioses con la naturaleza o con otras personas, fuerza sobrehumana, clarividencia, no dormir, relajarse, por

diversión, para dormir, curación para sus dolencias, percibir el mundo desde otro punto de vista, evadirse, etc.

Nuestra constante relación con algunas drogas nos hace olvidar su carácter de tal. No estamos hablando tan solo del tabaco, el alcohol o las pastillas para dormir, sino de sustancias tan comunes como el café, el té y el azúcar. Siendo una de las drogas mas dañinas para el organismo el alcohol, que es aceptado completamente en nuestras sociedades.

El uso de drogas, a su vez es generalizado en la práctica en la totalidad de las culturas en todas las épocas ¹. Originarios Sudamericanos toman pausas de Coca de la misma manera que hoy se toman pausas de café. Originarios norteamericanos usan peyote y tabaco en sus ceremonias religiosas de la misma manera que los europeos usan el vino. El alcohol es la droga preferida en occidente, mientras que muchos países musulmanes toleran el uso del opio y de la marihuana.

Así se puede señalar que el deseo de alterar el estado de conciencia, sea por el motivo que sea, es un impulsor humano básico, inherente a la imperfecta naturaleza humana.

El consumo de drogas es una conducta humana normal, es un fenómeno social que se presenta en toda cultura. Este dato que es evidente, parece ser desapercibido por las instancias estatales. Ninguna política estatal podrá evitar que las personas sigan consumiendo drogas, ninguna sociedad está libre de esto, menos una sociedad contradictoria que por un lado sataniza el consumo de cierto tipo de drogas y por otro promociona en grandes letrados el consumo de otras, que son inclusive mas dañinas que las prohibidas.

Este creemos que es el punto de partida que debe tener cualquier política sobre drogas, el reconocer que el consumo de drogas es una conducta común, normal. Por lo cuál a la vez se debe reconocer que plantearse como objetivo el lograr una sociedad libre de drogas, no es realista, es imposible. Sin dejar de reconocer que el consumo de drogas (legales o ilegales) es una conducta riesgosa para la salud del ser humano, como lo son cientos de otras conductas que se realizan a diario. Este riesgo claramente debe ser disminuido o mantenido en límites aceptables, lo cuál, a nuestro parecer, es el único objetivo que puede perseguir una política sobre drogas realista, objetivo que la política prohibicionista no consigue sino que por el contrario aumenta este riesgo, lo cuál se profundizará mas adelante en esta memoria.

¹ "Sabido es que el problema del consumo de drogas se remonta a los principios de la historia documentada. Las tan famosas y archimencionadas tabullas sumerias, de cuatro mil años antes de Cristo, ya se referían a la dormidera. Las leyes de Manú, en su libro quinto y séptimo, nos hablan de los nocivos efectos de ciertas plantas que conducen a desgraciado fin y que no tienen otra causa que el amor al placer. También el genesis y el éxodo citan los efectos embriagantes del Zumo de uva fermentado. En China el opio y en Persia el cañamo Indico, son conocidos varios miles de años antes de nuestra Era y, el Egipto de los faraones, es el lugar donde los narcóticos de origen vegetal son consumidos por las clases elevadas de la sociedad para conseguir deleites momentáneos". Enrique Beltrán Ballester, " El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española, en delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes", Universidad de Valencia, 1977.

B.- Clasificación y distinción de los distintos tipos de drogas.

Dentro del concepto de droga se engloban una serie de sustancias que provocan los mas variados efectos en un organismo vivo. Partiendo de esto cabe clasificarlas para su mejor comprensión.

En general se suelen utilizar diversos criterios de clasificación, recogeremos solo algunos de estos:

1.- En primer lugar cabe clasificar las drogas según sus efectos en el organismo, clasificación que la propia definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua establece:

a.- Estimulantes: Su efecto es provocar una mayor resistencia física transitoria gracias a la activación directa del sistema nervioso central. Tradicionalmente son utilizados para combatir la fatiga, el hambre y el desanimo.

Existen estimulantes vegetales y químicos. Entre los vegetales cabe señalar al café, el té, el mate y la hoja de coca. Entre los químicos cabe señalar la cocaína, la anfetamina, el MDMA (conocido por los consumidores como éxtasis), el alcohol (en la primera fase de sus efectos), y la nicotina.

b.- Alucinógenos: Como su nombre lo indica son las drogas que producen alucinaciones, o sea alteraciones síquicas que afectan la percepción, distorsionan la visión, la audición y generan sensaciones irreales. Dentro de esta categoría se encuentra: el ácido lisérgico de dietilamida, o LSD, la mezcalina (que es un derivado del cactus peyote) la fenciclidina o PSP.

c.- Narcóticos: Son las sustancias que provocan sopor, relajación muscular y embotamiento de la sensibilidad. La palabra narcótico es un vocablo griego que significa “ cosa capaz de adormecer y sedar. Los narcóticos a su vez se pueden clasificar en:

c.1 Neurolépticos o tranquilizantes mayores: Son sustancias utilizadas para tratar la depresión, las manías y las psicosis, producen un estado de indiferencia emocional sin alterar la percepción ni las funciones intelectuales. En general se venden bajo prescripción médica en las farmacias. Algunos ejemplos son las fenotiacinas y la reserpina.

c.2 Ansiolíticos o tranquilizantes menores: Habitualmente usados para tratar las neurosis, la ansiedad y el insomnio, constituyen la mitad de todos los psicofármacos consumidos en el mundo a pesar de producir grave síndrome de abstinencia. Ejemplo común de esto son las benzodiazepinas cuya denominación comercial mas habitual es el valium, incluyéndose también los relajantes musculares e hipnóticos.

c.3 Somníferos o barbitúricos: Utilizado desde principio de siglo en el tratamiento de la ansiedad o como inductores del sueño. Tienen efectos similares al alcohol, y al igual

que este producen una intensa dependencia física.

c.4 Opio y sus derivados: Producen un estado de euforia y ensoñación, una sensación de éxtasis que se acorta rápidamente a causa de la tolerancia. Algunos derivados del opio son la morfina y la heroína, incluyéndose además los sustitutivos y sintéticos como la metadona. Utilizados medicinalmente para suprimir el dolor, en particular la morfina que es el analgésico mas potente que se conoce.

d.- Depresores: son sustancias que provocan relajación, alteración de la percepción del tiempo (que transcurre más lento) y agudizan los sentidos. La principal droga de este grupo es la marihuana y el hachís (resina concentrada de la planta de marihuana), provocan dependencia síquica, que depende de la concentración de su principio activo, el THC 9.

Dentro de esta categoría se puede incluir ciertas sustancias que no son consideradas drogas, pero que son utilizadas como tales, tales como el pegamento, los disolventes y aerosoles que contienen principalmente tolueno. Estos generalmente se inhalan, y provocan en dosis altas que el consumidor pierda el control a conciencia. Producen un daño inmensamente mayor que la marihuana, afectando la visión, el control de los músculos y de los reflejos, por lo cuál es muy grave su utilización principalmente por menores de edad, al afectar su desarrollo físico y psíquico. Este fenómeno no ha pasado desapercibido en nuestro legislador que en la ley 19.366 sanciona el suministro de hidrocarburos aromáticos y otras sustancias similares a menores de edad en su artículo 10, actual artículo 5 de la ley 20.000.

2.- En segundo lugar se clasifican las drogas según el grado de dependencia que crean en:

a.- Drogas duras: Que según el diccionario de la Real Academia de la lengua española es “ la que es fuertemente adictiva, como la heroína y la cocaína”. Son las que provocan una dependencia física y psicológica. La dependencia física se traduce en que su falta crea un síndrome de abstinencia, esto debido a que el tóxico ha provocado ciertas alteraciones fisiológicas en el organismo, manifestándose con nauseas, diarreas o dolor por la falta de la dosis de la droga, lo cuál depende de la toxicidad de la misma. La dependencia psicológica o habituación, consiste en una fuerte compulsión hacia el consumo de la sustancia, aunque no se desarrolle síndrome de abstinencia. Dentro de esta clasificación se pueden incluir a la mencionada heroína y cocaína, el alcohol, el opio y los barbitúricos.

b.- Drogas blandas: Son las que crean únicamente dependencia psicológica. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “ la que no es adictiva o lo es en bajo grado, como las derivadas del cáñamo indico”. Algunos incluyen también dentro de esta categoría al LSD y al tabaco, aunque ambos casos son discutidos.

3.- En tercer lugar las drogas se pueden clasificar, según la nomenclatura de la ley 20.000, en estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La ley misma no define que entiende por tales, por lo cuál acudimos al manual de la ley 19.366 de Germán Hermosilla editado por el CONACE ², según el cuál:

a.- Sustancias o drogas estupefacientes: “Son en general, aquellas que causan

estupor, esto es, una disminución de las facultades intelectuales acompañado de cierto aire o aspecto de asombro o indiferencia. Estupefaciente según el diccionario es aquella sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad”.

Agrega posteriormente el manual citado, como ejemplos comunes de estupefacientes a la cannabis sativa y su resina; a la coca en hojas; a la cocaína y sus sales; a la heroína y a la morfina.

b.- Las drogas o sustancias sicotrópicas: “En general, son aquellas que estimulan el organismo por la vía de la alteración mental del sujeto que las ingiere, de tal manera que su comportamiento varía y cambia en relación con su normalidad de ser”. Señalando como ejemplos el manual editado por el CONACE: a la mezcalina, anfetamina y albarbital.

4.- En base a la misma regulación legal se pueden clasificar las drogas según los efectos dañinos que provoquen a la salud en:

a.- Sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productora de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud: Al respecto la ley no señala cuales serían estos efectos, ni cuales serían las sustancias que los provocan, pero en su artículo 63 la ley 20.000 señala que “un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1, 2 5 y 8...”, estableciendo a la vez el artículo 2° transitorio que “ En tanto no se dicte el reglamento a que se refiere el artículo 63, regirá el actual”. Claramente se trata de una ley penal en blanco que deja a un reglamento la determinación del objeto material del delito, lo cuál pugna con el principio de legalidad.

Al no haberse dictado aún el nuevo reglamento, hay que acudir al de la ley 19.366, el decreto N° 565 del Ministerio de Justicia publicado el 26 de enero de 1996. El artículo 1° de este reglamento establece una lista de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, dentro de la cuál figuran la anfetamina, la resina de cannabis, la cocaína, la heroína, el LSD, el MDMA, la mezcalina, la metaanfetamina, el opio, etc.

De la comparación con la clasificación según el grado de dependencia que crean las drogas, se ve que hay una correspondencia con las calificadas como drogas duras, salvo el discutido caso del LSD.

b.- Sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas que no producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud: El artículo 2° del reglamento del al ley 19366 establece una lista de cuales serían estas, dentro de la cuál se encuentran: el barbital, el buto barbital, la cannabis, el ciclobarbital, la codeína, la metadona, la morfina, la hoja de coca, etc.

Esta lista pierde la correspondencia con la clasificación según el grado de dependencia, ya que hay ciertas drogas incluidas en la lista que son consideradas las que más síndrome de abstinencia crean, como los barbitúricos y la morfina.

² “Manual de la Ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Ley N°19.366”, Germán Hermosilla Arriagada, CONACE: Diario Oficial de la Republica de Chile, 1996, Santiago Chile.

5.- Cabe clasificar las drogas en base a la permisión o prohibición de su tráfico entre personas por la ley, distinguiéndose las drogas lícitas e ilícitas. No ahondaremos en esta clasificación al ser analizada a fondo en el siguiente apartado.

C.- Drogas lícitas e ilícitas.

El consumo de drogas, como se ha señalado, es una conducta social común en todas las sociedades y en todas las épocas, lo que si ha cambiado es la valoración moral del consumo y venta de los distintos tipos de drogas. Esta valoración es muy diversa de una cultura a otra, lo que para algunas culturas es regalo de los dioses para otras es una lacra social.

Al confrontarse diversas culturas, en general, la que resulta dominante impone sus costumbres a la dominada, y dentro de ellas sus drogas socialmente aceptadas, recibiendo a la vez la cultura dominante las costumbres de la cultura dominada pero con una valoración social negativa de éstas, incluida la valoración negativa de las drogas propias de las culturas dominadas.

Ejemplo de este proceso es el caso de América durante la conquista española, al ser la cultura dominante la cristiano occidental, esta impone sus costumbres, dentro de las cuáles está su droga ceremonial, el vino. A su vez ésta recibió de las diversas culturas dominadas diversas drogas, la hoja de la coca, el tabaco, el peyote, el ayahuasca, etc. En general estas fueron prohibidas por razones religiosas al ser parte de los cultos indígenas, esto por el objetivo de imponer el culto cristiano considerándoseles prácticas herejes³.

Este proceso de mutua transferencia cultural de costumbres se fue intensificando con el creciente intercambio que se dio en la época moderna. Así de oriente se trae el opio, la marihuana y una serie de otras drogas.

Pese a esta transferencia de experiencias con sustancias estupefacientes y sicotrópicas la venta de la droga de la cultura cristiano occidental se difundió sin control alguno, pero la venta de las drogas representativas de las otras culturas poco a poco se fue restringiendo, por situaciones políticas y económicas concretas propias de la búsqueda de homogenización cultural perseguida por la cultura dominante.

Esta situación de conflicto que se ha presentado a lo largo de la historia es la que determina que drogas son lícitas y cuales ilícitas. En la actualidad esta calificación en caso alguno depende del daño a la salud física que produzcan. Esta distinción depende de criterios culturales, así el café que es un producto altamente adictivo y dañino para la salud, por cuestiones socioeconómicas no es considerado siquiera droga.

Estos aspectos culturales están ligados últimamente a aspectos económicos de rentabilidad de las transnacionales farmacéuticas, nos referimos con esto a los

³ Pese a este juicio moral contrario, el consumo de tabaco se difundió, y poco a poco la masticación de la hoja de coca entre mineros y trabajadores.

barbitúricos, antidepresivos, sedantes hipnóticos, etc; que se venden pese a ser tremendamente adictivas y dañinas para la salud ⁴.

Esto se refleja claramente, en la división que hace la Organización mundial de la salud de las sustancias sujetas al control internacional. Teóricamente la división en cuatro listas que esta hace debería corresponder a su grado de toxicidad y a su mayor o menor utilidad terapéutica, para asegurar así la prohibición total de las drogas mas dañinas y la venta restringida de las que pueden ser útiles al ser humano a pesar de los riesgos que conlleva.

Lo tóxico de una droga no es la droga en sí misma sino las concentraciones de ésta en proporción a cierta medida, que en el ser humano es el kilo de peso. Existe una estrecha relación entre la concentración de una droga en el organismo y la cantidad de complejos que se forman. El efecto de una droga varía con esa concentración hasta alcanzar un valor máximo, pasado el cual ningún incremento en la concentración resulta más efectivo. La **dosis activa media** es definida como aquella que produce el 50% del máximo efecto obtenible en un grupo de personas o animales sometido a estudio, mientras la **dosis letal media** es aquella que causa mortalidad en el 50% de los miembros del grupo estudiado.

La **toxicidad** o el **margen de seguridad** de una droga está determinado por la proporción entre la dosis activa y la dosis letal. En la Aspirina®, por ejemplo, ese margen de seguridad es de 1/20, mientras que en la Heroína es de 1/30 y en el LSD es de 1/650, y la marihuana por su parte no presenta margen de seguridad, al no existir una dosis mortal ⁵.

Así en la práctica la división de la OMS no se basa en la toxicidad de las drogas. En la lista I, que supuestamente es la de mayor nivel de peligrosidad, junto con las llamadas drogas duras y las denominadas drogas de diseño, se encuentran algunos de los psicoactivos mas inofensivos para el organismo humano como son los llamados visionarios (mezcalina, LSD) y la marihuana. En cambio en las listas II, III y IV se ubican muchas de las drogas más adictivas y dañinas, como son los barbitúricos, los estimulantes sintéticos y los antipsicóticos.

En la práctica en la primera lista figuran todos los psicoactivos que de alguna u otra forma se han asociados a minorías étnicas, a grupos marginales o a movimientos contraculturales, pese a que en muchas de ellas hayan sido consideradas como fármacos muy promisorios para la psiquiatría o la psicoterapia según estudios efectuados antes de su incorporación a estas listas, lo cuál hizo casi imposible continuar las investigaciones.

Lo señalado se enlaza con las teorías criminológicas del siglo XX, las llamadas teorías del proceso social ⁶. En particular se enlaza con lo señalado por la teoría del Labelling Approach, respecto a que no existiría tanto la criminalidad, cuanto sí la incriminación. La conducta desviada es un problema definitorial más que ontológico, es

⁴ Resulta irrisorio la reticencia a plantear la legalización de drogas blandas, cuando hoy en nuestra sociedad existen miles de drogadictos que consiguen sus drogas duras bajo receta médica.

⁵ "Las Drogas Tal Cual... una investigación de Karina Malpica", www.mind-surf.net/drogas/preguntas.htm

decir, existe un proceso social de definición en el cuál se establece que se entenderá como conducta desviada. Enlazando esta teoría con el interaccionismo simbólica y la teoría constructivista, se puede señalar que la realidad social está construida por una infinidad de relaciones concretas entre individuos, a las cuáles un proceso de tipificación confiere un significado que es abstracto de las situaciones concretas, la realidad es producto de una construcción social. Así la desviación es una cualidad atribuida a un comportamiento en un proceso de definición.

Es en este proceso definitorial donde se plantea una competencia entre los distintos grupos sociales, culturas dominantes y dominadas, por imponer sus intereses y valores al resto de la sociedad. Este conflicto generalmente se resuelve a favor del grupo o cultura dominante ⁷.

Como señala Günther Jakobs: “ La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser esto así, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de configuración, es decir, por medio de normas y no por determinados estados o bienes” ⁸.

Así producto de este proceso definitorial surge la identidad de la sociedad, la cuál utiliza al derecho penal como forma de mantener esta misma identidad. Como señala Jakobs: “La prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinante de la entidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad social....La sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a si misma de otro modo.” ⁹.

La configuración de las normas jurídicas, es así un problema político, de correlación de poderes, lo que determina la identidad normativa de una sociedad en concreto. Es desde esta identidad normativa social concreta a la vez, desde la cuál se deben analizar las normas jurídicas concretas que rigen a la sociedad, para ver si estas respetan esta identidad.

Pues bien el proceso histórico de conflicto de culturas que se ha dado en la sociedad occidental nos ha llevado a la existencia de una sociedad pluralista y democrática. A la existencia de un estado democrático de derecho.

Como señala Juan Bustos, “el estado social y democrático de derecho tiene necesariamente que reconocer, para ser tal, al hombre como una entidad ética diferente

⁶ García Pablos, Antonio, “Manual de Criminología”, capítulos XX y XXI, Editorial Espasa, 1988, Madrid España. En las cuales se engloba a las teorías del aprendizaje social, las del control social y las del Labelling Approach.

⁷ Existiendo excepciones, como es el caso del tabaco que fue adoptado por la cultura dominante y difundido a todo el mundo a través de la publicidad.

⁸ Günther Jakobs, “Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional”, Ed. Civitas, Madrid España 1996, Pag. 26

⁹ Günther Jakobs, Ob.cit, Pag. 18

al Estado, autónomo y superior, pues constituye su finalidad, la entidad ética del estado sólo se entiende y legitima al servicio de la entidad ética del hombre”¹⁰.

Por tanto, es en base a esta finalidad última que deben revisarse las normas jurídicas, la definición de lo protegido, al marcar esta finalidad la identidad social actual.

En nuestro país estas bases del sistema, del respeto a la dignidad y derecho de las personas como entes superiores, se desprende del juego del artículo 1° inciso 1°, 19 N° 4, 19 N° 5 de la Constitución Política de la República de Chile.

El artículo 1° inciso 1° dispone “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹¹, lo cuál realza como principio fundamental de nuestro orden constitucional a la dignidad del ser humano, lo que implica que este ha de ser respetado en si mismo por el solo hecho de serlo, con total independencia de sus atributos o capacidades personales.

El artículo 19 N° 4 señala que se le garantizan a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”¹².

El artículo 19 N° 5 señala que se garantiza a todas las personas “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”¹³.

Señalando al respecto el tribunal constitucional en su sentencia del 18 de octubre de 2003, Rol N° 389, que “el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad”.

De este principio fundamental del estado de derecho se desprende que solo se puede restringir la libertad de la persona, cuando su conducta afecte a los derechos y libertades de otras personas.

Depende por tanto, la punibilidad de una conducta de la dañosidad que produce. Esto tiene su fundamento ya en los comienzos del estado moderno, en la Ilustración con la teoría del contrato social. Según esta teoría el Estado y su poder proceden de un acuerdo prestado entre los ciudadanos que busca asegurar su libertad y una convivencia pacífica. Así la misión del Estado consiste en garantizar la coexistencia entre los ciudadanos, desprendiéndose que no se puede castigar una conducta solo por ser pecaminosa o inmoral.

Esta idea de la necesidad de daño social para que el estado pueda prohibir una conducta se extendió en los siglos siguientes, transformándose en la base de nuestro ordenamiento.

¹⁰ Bustos Ramírez Juan, “Control social y sistema penal”, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona España, 1987, pag 120.

¹¹ “Constitución Política de la Republica de Chile”, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2005.

¹² “Constitución Política de la Republica de Chile”, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2005.

¹³ “Constitución Política de la Republica de Chile”, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2005.

Como señala Claus Roxin: “De este modo, al hacer depender el legislador sus decisiones sobre la punibilidad, en estrecha colaboración con otras disciplinas científicas del criterio de la dañosidad social, la legislación penal logra una base racional, críticamente verificable, orientada a las necesidades sociales. Desde un principio debe rechazarse la invocación (sincera o hipócrita) al “sentimiento popular”, que históricamente a permitido tan a menudo la entrada en los códigos de nociones irracionales, de prejuicios sociales o incluso de la arbitrariedad autoritaria”¹⁴.

Concluyendo de este análisis, que la existencia (real o supuesta) de un consenso respecto a la reprochabilidad del consumo de ciertas drogas y no de otras, si bien podría señalarse en abstracto como fundamentación suficiente de la prohibición de su tráfico y consumo, en concreto para la sociedad actual no es fundamentación suficiente, al encontrarnos en un estado democrático de derecho. En este modelo estatal, uno de los consensos fundantes y determinantes de la identidad social es el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad humana. De esto se desprende que como el consumo de drogas no daña a otras personas no es lícito para el estado prohibirlo.

Respecto al tráfico de dichas drogas, cabe continuar el análisis. En primer lugar cabe señalar que si bien esta conducta produce un daño social, al facilitarle a otra persona sustancias que le provocan daños, esto no justifica necesariamente su punición, al consentir esta persona en el daño. Debiendo recordarse otros principios reconocidos en el estado de derecho, el de proporcionalidad y el de subsidiariedad.

Como señala Roxin: “Pero la dañosidad social de una conducta, en el sentido anteriormente descrito, no puede por si sola fundamentar todavía la necesidad de una pena. Según el principio, reconocido en todos los estados de derecho, de la “proporcionalidad”, la pena, como intervención estatal mas radical, solo deben ponerse allí donde no sean suficientes otros medios menos radicales, para combatir o impedir fenómenos de perturbación social. En muchos casos, el castigo de todo comportamiento socialmente dañino sería desproporcionado a la significación del hecho y produciría mas daños, en lugar de prevenirlos.

El derecho penal, tiene por tanto, una naturaleza subsidiaria, es, como algunas veces se dice la “última ratio” de la política social”.¹⁵

Para analizar la justificación de la prohibición del tráfico de ciertas drogas se debe analizar, por tanto, si existen otras medidas jurídicas o de política social más eficiente y menos radicales para evitar o limitar el daño social provocado por dicha conducta, y en segundo lugar, se debe analizar si la punición del tráfico de drogas reduce o aumenta el daño social.

Este análisis se realizará en el capítulo siguiente, debiendo dejar en claro, para cerrar este apartado, que si bien la consideración de ciertas drogas como ilícitas, tiene su fundamento en un consenso social (real o supuesto), esta fundamentación no es

¹⁴ Roxin Claus, “Iniciación al Derecho Penal Hoy”, Universidad de Sevilla, Sevilla España, 1981, pag. 29

¹⁵ Roxin Claus, Ob.cit, pag 30

suficiente en un estado democrático de derecho, al confrontarse con los principios fundantes de esta forma social, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

D.- El fenómeno de la drogadicción en el mundo.

Como se ha señalado repetidamente, el consumo de drogas no es un fenómeno nuevo, desde tiempos inmemoriales el ser humano las ha consumido y probablemente lo seguirá haciendo en el futuro.

De esta misma manera el consumo de drogas en las sociedades contemporáneas es una realidad indesmentible, lo que si ha cambiado es la significación que la sociedad asigna a esta práctica. En el pasado era considerada una práctica ritual y esencial para la integración social, hoy se les señala como una amenaza al bienestar social.

Este enfoque que considera una amenaza el consumo de ciertas drogas se ha hecho hegemónico, lo cuál ha contribuido a limitar los ámbitos de reflexión respecto a como enfrentar este fenómeno social. No existe una reflexión real sobre sus causas y la forma de prevenir un aumento del abuso de las drogas.

Como se ha señalado la política estatal se ha concentrado en la represión, con pequeños matices de preocupación por la educación, prevención y rehabilitación, pero estos nunca han sido el eje central.

Cabe señalar que el uso de drogas, en sí, no es el problema, sino que el abuso de las drogas. Este es claramente un problema que afecta a la sociedad actual, pero no es un problema de aplicación de la ley penal, sino que un problema de salud pública.

El enfoque asumido por los Estados occidentales respecto al consumo de drogas, como se señaló en el apartado anterior, contraría las propias bases del Estado de derecho. Una política respecto a las drogas que sea respetuosa de la dignidad del ser humano, solo puede plantearse como fin el persuadirlo sobre los daños que provocan a su salud el consumo abusivo de drogas, con educación e información constante, lo cual transformando todo lo relacionado con la droga en un tabú no se puede conseguir.

La política prohibicionista lo que provoca es aumentar la atracción de lo prohibido, de lo desconocido, el afán contracultural.

La política prohibicionista transforma al estado en un ente tutelar, omnipotente y sancionador, considerando a la persona como un incapaz que debe ser sometido a la tutela de un ser sabio y racional. Este enfoque atenta claramente contra la libertad y la dignidad de la persona al considerarlo un ente que no puede decidir por si mismo.

Cabe traer a colación la ya clásica frase de John Stuart Mills: "Ningún hombre puede en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque ello le ha de ser más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea más prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos".¹⁶

Teniendo en cuenta esta reflexión, a continuación graficaremos el problema del abuso de la droga, como un problema de salud pública.

El consumo de drogas se transforma en un problema de salud pública debido a que muchas de ellas provocan adicción, taquifilaxia y cuadros de abstinencia.

La taquifilaxia, es la necesidad de consumir dosis cada vez mayores para conseguir los mismos efectos. Llamada también tolerancia, puede ser un fenómeno solo psicológico, pero lo general es que sea a la vez físico, ya que el organismo potencia sus mecanismos de degradación de la droga consumida.

El síndrome de abstinencia, básicamente consiste en la aparición de náuseas, diarrea o dolor por la falta de la droga, dependiendo de lo tóxico de la droga consumida. Se debe principalmente a las alteraciones físicas provocada por el consumo de ciertas drogas. Se debe dejar en claro que no toda las drogas generan este síndrome, de ahí su clasificación en drogas duras o blandas, como se señaló en apartados anteriores¹⁷.

La adicción es la necesidad imperiosa de consumir drogas regularmente, no siendo capaz de moderar el consumo o suprimirlo. Así la persona adicta tiene una grave dependencia hacia la sustancia. Como se señalo al clasificar las drogas según el grado de dependencia que causan¹⁸, existe dependencia física y psíquica. La dependencia física es más grave, ya que esta nace del hecho que la sustancia provoca alteraciones fisiológicas en el organismo, aumentando con esto la tolerancia a la sustancia, debiendo consumirse dosis mayores para alcanzar los mismo efectos, y causando cuadros de abstinencia al dejar de consumirlos. La persona necesita de la droga para mantener el normal desarrollo de las funciones de su organismo.

La dependencia psíquica en general, la provocan todas las drogas al consistir en una compulsión hacia el consumo de la sustancia, aunque no se desarrolle un síndrome de abstinencia. La persona al consumir una droga lo hace en búsqueda de diversión, evasión, energía, dormirse, despertar, etc., pues bien, al consumirla y lograr su objetivo, psicológicamente se predetermina a pensar que solo con el uso de esa droga puede conseguir el objetivo previsto. Esta dependencia se da luego de un consumo habitual de la sustancia, variando el tiempo necesario para adquirirla de una sustancia a otra.

Otro problema de salud provocado por el consumo de drogas, es el de la sobredosificación, las cuales son reacciones adversas a la ingesta de tóxicos, ya sea por su mal estado, por su alta pureza, o por incluir elementos ajenos. Este problema se reduciría enormemente si existieran controles de calidad de las drogas, informándose de las combinaciones dañinas y las dosis que pueden resultar mortales, como sucede con las drogas recetadas actualmente por los médicos. Por la prohibición muchas veces los consumidores ni siquiera tienen la certeza de que la droga que están consumiendo es realmente la que creen que está consumiendo.

¹⁶ Mills John Stuart, "Sobre la libertad", editorial Sarpe, Madrid, 1984, pagina 38

¹⁷ Capitulo I.B.2.

¹⁸ Capitulo I.B.2.

Como hemos señalado, la información y educación, prevendría muchos de los problemas relacionados con el consumo de las drogas.

Lo que hay que tener en claro, es que el consumo de drogas es una conducta extendida en toda la sociedad por lo cual se debe buscar disminuir los daños que su abuso provoca, para lo cual es indispensable un control, de calidad de estas sustancias, información y educación sobre sus efectos, lo cual se torna imposible con la prohibición de su tráfico y consumo.

E.- Causas y niveles del consumo de drogas en Chile.

Las razones por las que una persona puede llegar a consumir una droga son diversas, entretención, evasión, energía, querer sentir nuevas sensaciones, ver la vida desde otro punto de vista, conexión con la naturaleza u otras personas, etc., por lo cual no buscamos dar una explicación definitiva de las causas del consumo de droga, solo recogeremos algunas posibles explicaciones, que pueden o no tener alcance general.

Como se ha señalado, la persistencia de las personas en utilizar diferentes sustancias para alterar su estado de conciencia, ha llevado a algunos a considerar el buscar ver de distintas formas el mundo como una necesidad básica del ser humano. Relacionado con esto, cierto grupo de profesionales de la salud, considera que muchas de las personas que consumen drogas lo hacen por una necesidad de sostener su equilibrio psicobiológico o para lograrlo si fue alterado, para mantener su homeostasis existencial (equilibrio dinámico armonioso entre las tres dimensiones del desarrollo de la persona: el biológico, el psicológico y el sociológico). La búsqueda de sostenimiento de este equilibrio sería una de las necesidades básicas del hombre, señalando que a las personas que consumen drogas lo hace porque lo necesitan para mantener este equilibrio lo cual se derivaría, según Jorge Sepúlveda, de la existencia de “Un metabolismo anómalo por la eventual carencia congénita de algún factor bioquímico”¹⁹, agregando que “en nuestro ámbito socio-cultural no se le ocurriría considerar vicioso, sino enfermo al que sufre una anemia perniciosa ni tampoco bloquearle la obtención de vitamina B-12 para reestablecer su equilibrio psicobiológico, ni menos enviarlo a la cárcel como a un delincuente”²⁰

Por tanto, el problema no reside en la sustancia consumida, sino que en la persona la utilizaría como remedio para corregir algunos síntomas de diversos cursos patológicos, entre ellos los estados depresivos. “Entonces en lugar de limitarnos ingenuamente a bloquearle su empleo deberíamos ayudarle a reestablecer su ánimo deprimido a través de los causes terapéuticos adecuados”.²¹

¹⁹ Sepúlveda Díaz Jorge “Estados depresivos y uso de estupefacientes”, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1971, página 3.

²⁰ Sepúlveda Díaz Jorge, ob. cit, página 4.

Otros señalan como posibles causas del aumento del consumo de drogas a la mayor liberalización de las costumbres de las clases económicamente fuertes, pues esto motivaría a que sus miembros, con mayor disponibilidad económica, buscaran satisfacción en nuevas drogas, incentivando el tráfico de estas hacia el país, y al aumentar esta demanda crecería la oferta, estabilizándose los precios, haciéndola más accesible a diferentes personas. Ejemplo de este fenómeno en Chile es el caso de la cocaína, droga de las elite en los años ochentas que se generalizó en los noventa, estando hoy difundida en las clases medias.

Otra causa que comúnmente se señala es la frustración de las expectativas en las sociedades modernas. La sociedad de consumo, muestra a través de la publicidad un modelo de vida ideal a toda la población, siendo solo alcanzable por unos pocos, quedando el resto de la población con sus expectativas frustradas al no poder conseguir las metas sociales. Así las drogas serían una forma “agradable” de evadirse de los problemas que plantea la vida cotidiana y de la frustración de expectativas.

Por otra parte la misma sociedad de consumo incentiva a la competencia individual contra el mundo, motivando a muchas personas, con un nivel de vida acomodado, a consumir estimulantes (sean legales o ilegales) para ser más competitivos, estar más alertas y aprovechar todas las oportunidades.

Debe señalarse también como causa del consumo de las drogas ilegales a la misma incongruencia de la sociedad ante las drogas. Las personas desde pequeñas ven publicidad del alcohol en la televisión, periódicos, afiches, carteles, etc., ven a sus familias consumiéndolo para las fiestas, considerándolo como parte de estas mismas, como una forma de diversión. Luego en la adolescencia tiene la inquietud de saber cuales son sus efectos, por lo que lo prueban transformándose en parte de sus celebraciones. Como dato cabe señalar que según el sexto estudio nacional de drogas en la población general de Chile, realizado por el CONACE al año 2004, el 86,05% de la población chilena mayor de 13 años ha consumido alcohol alguna vez en su vida, y el 56,8% lo hizo en el mes anterior a la realización de este estudio.

Por tanto más del 50% de la población chilena consume alcohol habitualmente. Esta es la droga que lleva al consumo de drogas más fuertes en nuestra sociedad (aunque hay pocas drogas más dañinas que el alcohol), el alcohol es la droga que se impone publicitariamente como sinónimo de felicidad, vedándosele al mismo tiempo a los habitantes de Chile el consumo libre de drogas menos dañinas. Esta contradicción social provoca una cierta reacción de la juventud, que una vez que prueba otras drogas, se dan cuenta que no son tan dañinas como el alcohol, y comienzan a probar drogas más fuertes.

Respecto al consumo de drogas en Chile, este se grafica en el ya mencionado sexto estudio nacional de drogas de la población general de Chile²², instrumento que resulta útil al reflejar los resultados de 10 años de medición bienal que ha realizado el CONACE.

²¹ Sepúlveda Díaz Jorge, ob cit, página 8.

²² “Sexto Estudio Nacional de Drogas en la Población General de Chile”, CONACE, Santiago Chile, 2004.

El objetivo que se plantea el CONACE con estos estudios es conocer la magnitud y tendencias del uso de sustancias lícitas e ilícitas en el país. Estos estudios se realizan a través de entrevistas cara a cara en todo el país, a personas de ambos sexos entre los 12 y 64 años, por un organismo externo al CONACE. El estudio del año 2004 fue realizado por la empresa Adimark a un universo de 16.366 personas, que es representativo de 8.715.567 personas.

Como ya se señaló, las drogas más consumidas en Chile según este estudio es el alcohol, seguida por el tabaco, con 42.54% de la población que lo ha consumido el último mes.

Respecto a las drogas ilícitas el estudio hace referencia a la marihuana, a la cocaína y a la pasta base, al considerarlas las de uso más frecuente, utilizando como medida de referencia a su respecto a la prevalecía de consumo en el último año²³.

Este estudio señala que en la última década la población que consume marihuana ha aumentado de 3,68% a 5,29%, por lo tanto cerca de 431.000 personas, cifra que va en aumento con los años. Se presenta un mayor consumo entre los hombres (8,79%), y en los jóvenes (personas de 19 a 25 años).

Respecto a la cocaína, su consumo también ha aumentado progresivamente en la última década, pasando del 0,83% de la población en el año 1994, a un 1,28% en el año 2004.

El consumo de pasta base ha tenido fluctuaciones en esta década, entre el 0,6% y el 0,8%.

La población que ha consumido cualquiera de estas 3 drogas el último año, según el estudio del 2004 alcanza al 5,79%, cerca de 475.000 personas, presentándose un mayor consumo entre los jóvenes de los cuales el 16% ha consumido una de estas 3 drogas. Entre los adolescentes (personas de 12 a 16 años) el porcentaje es de 6,49%. Entre los adultos jóvenes (personas de 26 a 34 años) es de 7,63%.

Este estudio además nos señala que el 65% de los adolescentes y el 55% de los jóvenes considera peligroso consumir marihuana 1 o 2 veces por semana, y un 69% de los adolescentes y 73% de los jóvenes considera peligroso consumir cocaína o pasta base una vez al mes.

Otro dato interesante que entrega este estudio, es señalarnos que un 51% del total de las personas entrevistadas considera fácil conseguir marihuana, el 34% considera fácil conseguir pasta base, el 27% considera fácil conseguir cocaína. Se destaca a su vez que de los jóvenes el 73% considere fácil conseguir marihuana, el 40% considere fácil conseguir pasta base y el 35% considere fácil conseguir cocaína. Respecto a los adolescentes el 53% considera fácil conseguir marihuana, el 28% considera fácil conseguir pasta base y el 24% considera fácil conseguir cocaína.

Respecto a la edad de inicio del consumo, un 5% de los que han consumido marihuana lo hizo antes de los 13 años, un 50% ya la había consumido a los 17 años y el 95% ya lo había hecho a las 27 años.

²³ Personas que han consumido a lo menos una vez la droga señalada en los últimos 12 meses.

Respecto a la pasta base, un 5% de los que la han consumido alguna vez ya lo había hecho a los 13 años, un 50% la había consumido a los 19 años y el 95% ya la había consumido a los 38 años.

Respecto a la cocaína, un 5% ya la había consumido a los 15 años, un 50% ya la había consumido a los 21 años y el 95% ya la había consumido a los 36 años.

De este estudio se puede concluir que el consumo de drogas hoy en Chile es un fenómeno real y en aumento, siendo la droga mas consumida el alcohol (por mas de 4.000.000 de personas en el mes anterior al efectuarse el estudio). Por lo cual las campañas de prevención deben comenzar por el alcohol y el tabaco, si se quiere realizar una política coherente, informándose sobre los graves daños que provocan al organismo y soluciones a posibles problemas que pueda provocar su consumo. Las drogas que siguen en su consumo, muy por detrás, son la marihuana y la cocaína.

Creemos que este estudio grafica la situación chilena actual, teniendo en cuenta que las cifras pueden ser aún mayores por la conciencia de los encuestados de la ilegalidad del consumo de estas drogas, lo cuál podría motivar a ocultar su consumo. En particular consideramos que teniendo en cuenta lo señalado por los encuestados sobre la facilidad para conseguir drogas, con la legalización no subiría mucho su consumo, salvo en una etapa inicial, ya que las personas que consumen estas drogas actualmente pueden acceder a ellas fácilmente. La prohibición no disminuye su accesibilidad pero si disminuye su calidad.

CAPITULO II: Aspectos criminológicos y político criminales.

A.- Reacción estatal ante las drogas en Chile y en el mundo.

1.- Las sociedades antiguas y las drogas.

En general la relación de las sociedades antiguas con las drogas es de tipo religioso, se las ve como un modo de contactarse con sus dioses o como un regalo de éstos, particularmente por sus efectos medicinales y estimulantes. Se incorporan por las diversas culturas a sus actos sagrados y festividades comunales, buscando a la vez en ellas alguna protección ante lo incierto de la vida.

Como señala Enrique Beltrán: "Al español prehistórico, como a cualquiera de sus coetáneos, la sensación de temor ante la muerte y la enfermedad era el sentimiento predominante. Ante ello, buscan la esperanza de un más allá tranquilo y procuran aliviar el tránsito lo más posible, acudiendo en búsqueda de lo que su primitivismo religioso les brindaba: el hechizo protector. Así surge, con la exclusividad del rito, el hechicero que ve

acrecentada su intervención, más y más cada día, ya que, da la paz de ultratumba, el hombre le pide alivio a sus enfermedades, victoria en sus luchas, múltiple descendencia, éxito en las cosechas y mil favores más, por lo que se ve obligado a unir a sus innegables conocimientos de botánica, fundamento de su magia naturista, mil supercherías, con las que la sugestión y sobre todo el miedo, le llevan al fin práctico de una vida regalada”²⁴

Las propiedades medicinales estimulantes y alucinógenas de las drogas solo podían ser explicadas por los indígenas como algo superior, como algo divino.

Así respecto de la coca, Bustos señala que: “Sus diferentes efectos medicinales, estimulantes y aún nutricionales, además de servir para predecir el futuro, la hicieron una yerba sumamente apreciada por los indígenas, lo cuál, por una parte, significó que la coca se incorporara a sus rituales sagrados. Por estas razones se conectó la coca con un origen divino o en general mitológico, y por otra parte se inició su cultivo agrícola, con lo cuál se extendió a otros lugares, cubriendo a todas las culturas andinas y relacionándolas a éstas a lo largo de la costa del pacífico y del caribe.

Diferentes son las leyendas del origen sagrado de la coca”.²⁵

Al igual que estas culturas, el cristianismo eleva su droga ritual a un nivel sagrado, así el vino es considerado como la sangre del hijo de Dios.

Esta relación estrecha de las drogas con la espiritualidad de cada pueblo, provoca que, al confrontarse dos culturas diferentes, la dominante en la búsqueda de imponer su religión y homogeneizar culturalmente a los dominados, proscriba las drogas relacionadas con las religiones de las culturas dominadas.

Las primeras normas prohibitivas del consumo y tráfico de drogas, por tanto, tienen como fundamentación, el que estas eran consideradas heréticas, por ir contra la religión más que por sus efectos dañinos. Se buscaba imponer una cultura hegemónica, por lo cuál había que erradicar todo lo ajeno a ella.

2.- La penalización como fenómeno histórico.²⁶

Como se ha señalado, las primeras prohibiciones del tráfico de drogas tienen su origen en cuestiones religiosas, no mencionándose la salud en caso alguno.

Los primeros códigos europeos y latinos del siglo XIX, prohíben el tráfico y suministro de sustancias dañinas para la salud no penalizando específicamente el de las drogas,

²⁴ Beltrán Ballester Enrique, “El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española”, en “Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes”, Universidad de Valencia, Valencia España, 1977, pag. 30

²⁵ Bustos Ramírez Juan, “Coca, cocaína: Política criminal de la droga”, Ed. Jurídica Cono Sur, 1995, Santiago de Chile, pag 12.

²⁶ Este capítulo esta basado en el Capítulo “El derecho Internacional Público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes”, escrito por María del Carmen Martí en el libro “Delitos contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes”, Universidad de valencia, 1977, pag. 257 a 295

enfocándose más a la punición de sustancias venenosas que a éstas, englobándose estas conductas en los delitos contra la salud pública.

Mientras, muchos literatos como científicos e intelectuales europeos comienzan a probar diferentes tipos de drogas provenientes de oriente, creando una moda social, motivada por el exotismo de las costumbres orientales. Pese a esta difusión del consumo de marihuana y opio, existe una ausencia de reacción social frente a estas conductas.

Con el siglo XX comienza la reacción internacional frente a la libertad de comercio y consumo de drogas, en particular con respecto del opio. Esto por un hecho histórico particular que fue la contaminación por potencias extranjeras de China con opio.

El problema surgió en el siglo XVIII, ya que para equilibrar la balanza de pagos Británica con China, los ingleses empezaron a importar opio desde India. En el siglo XIX, Inglaterra impone este comercio a través de la guerra del opio (1840-1842), en la que vence asegurándose grandes ventajas comerciales.

Durante todo el siglo XIX continúan las acciones militares en China por parte de diferentes países extranjeros, siendo derrotados los chinos una y otra vez, no pudiendo dirigir la reducción del consumo de opio.

Ante esto se produce una reacción a principios del siglo XX, celebrándose el acuerdo anglo-chino de 27 de enero de 1908, por el cual Inglaterra se compromete a suprimir su exportación de opio en 10 años, y se crea la comisión internacional de Shangai de 1909. En realidad fue el gobierno de Estados Unidos quien comenzó la ofensiva contra el opio, primero dictando medidas legislativas internas y luego citando a esta comisión. Muchos señalan que este interés de Estados Unidos se debe a la intención de frenar la migración china a sus territorios. A la conferencia de Shangai asistieron 13 estados, firmándose 9 resoluciones que sentaron las bases de los futuros convenios, recomendando la adopción de medidas draconianas para controlar la fabricación, venta y distribución de drogas, el cierre de los fumaderos de opio y la aplicación de leyes sobre los productos farmacéuticos.

Estas recomendaciones se ponen en practica con la conferencia de la Haya de 1912, donde se adopta el primer convenio sobre estupefacientes, denominado convenio del opio, obligando a tomar medidas contra el abuso de drogas a numerosos estados.

Esta convención se motivo, a parte de por la cuestión china, por el descubrimiento de nuevas drogas como la morfina, la cocaína y la heroína.

En esta evolución internacional, el 19 de febrero de 1925 se firma el convenio internacional del opio, celebrado bajo los auspicios de las sociedades de las naciones. Prohibiendo el uso de las sustancias que se numeran para cualquier otro objeto que el médico y científico, creando un órgano de control, el comité central permanente, y se establece la obligación de sancionar la infracción a este convenio.

Luego se celebró el convenio de Ginebra de 13 de junio de 1931 y el convenio para la supresión de tráfico ilícito de drogas nocivas de 1936, en los cuales se establece una administración especial internacional para el control de drogas.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, bajo el alero de las naciones unidas, se celebra una serie de protocolos, el del 11 de diciembre de 1946, otro en noviembre de

1948, los cuales aumentan las drogas prohibidas. Luego se celebra el protocolo de Nueva York de 1953, que busca limitar y reglamentar el cultivo de adormidera y el consumo del opio.

El 30 de marzo de 1961 se celebra el convenio único sobre estupefacientes firmado en Nueva York, el cual establece 4 listas de estupefacientes, obligándose a los estados firmantes a tomar medidas legislativas para ejecutar las disposiciones de dicho convenio, obligando a considerar como infracción punible todo acto contrario a este.

Posteriormente se firma en Viena el 2 de febrero de 1971 el convenio sobre sustancias psicotrópicas, que básicamente agrega más drogas a las 4 listas del convenio de Nueva York.

En 1988 se celebra la Convención de Viena, que aumenta las drogas prohibidas, y obliga a los estados firmantes a sancionar mayores figuras típicas y ampliar las penas aplicables.

Así hechos socio políticos concretos, motivaron que el concierto internacional desde 1909 buscara la erradicación total del uso de estupefacientes. Todos estos convenios siguen el mismo objetivo, estableciendo más medidas de control y aumentando la represión estatal, considerando esta vía como la única posible de enfrentar el problema.

3.- La guerra contra el narcotráfico ¿guerra perdida?

En la década de los ochenta el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Ronald Reagan, declara la guerra contra la droga sobre la base de defender las fronteras de Estados Unidos, transformando así a la droga en un problema de seguridad nacional.

“La doctrina de la seguridad nacional implica siempre la imposición militar o de la guerra hacia el interior en razón de objetivos de otro, de la salvación de la civilización cristiana occidental, y, dentro de ellos entonces de los objetivos del gobierno de los Estados Unidos. Tal doctrina implica que el ciudadano pasa a ser un enemigo, el enemigo interno, y, por tanto, hay que aplicarle los principios de la guerra, esto es vencerlo, eliminarlo, sin consideración a los principios democráticos que rigen el sistema”.

27

El gobierno de los Estados Unidos, coacciona a los diversos países productores para que colaboren en su cruzada contra el mal, y le permitan intervenir militarmente en sus territorios.

Como señala Alfonso Zamorano, “el discurso de la droga del centro a la periferia permite la legitimación de una política intervencionista en los países de centro y Sudamérica, pues con este pretexto es fácil intervenir en la economía y en la política de la región y son los intereses de los estados Unidos que es el gran consumidor de drogas ilegales (y también de las legales) lo que determina las campañas eminentemente represivas que se dirigen contra los países productores, que por lo demás no son campañas contra las drogas, sino campañas contra una droga que es la cocaína,

²⁷ Bustos Ramírez Juan, ob cit, 1995, página 120

construida hábilmente como estereotipo del mal”²⁸

Esta política le permite a Estados Unidos intervenir en países donde existían guerrillas comunistas, Colombia y Perú, siendo una guerra contra el “narcoterrorismo”.

Estados Unidos entrega ayuda militar de millones de dólares, otorga entrenamiento militar, entrega pesticidas para erradicar las plantaciones²⁹.

Se genera a la vez una campaña internacional de satanización de las drogas, aprovechando el horror a lo desconocido, señalándose como una epidemia moral, y aprovechándose de la problemática familiar que provoca la existencia de un drogadicto en una familia. Así Estados Unidos se convierte en el protector de la civilización cristiano occidental, en el nuevo cruzado redentor, lo que le permite controlarlos a todos y evitar cualquier manifestación de otro punto de vista respecto del problema.

Esta escalada represiva se intensifica en la década de los noventa con el gobierno de George Bush, promoviéndose en los foros internacionales un constante aumento de la punibilidad, la supresión de beneficios para el condenado y la supresión de garantías procesales.

Esta política continúa hoy en día, sin una revisión mayor, lo que se refleja en el documento de la oficina de política nacional para el control de drogas de Estados Unidos, “estrategia nacional para el control de drogas, un plan de diez años 1998-2007”³⁰, que señala que la iniciativa internacional de control de drogas de los Estados Unidos aspira a: promover la cooperación internacional para fortalecer actividades regionales de erradicación y eliminar los santuarios a las organizaciones delictivas internacionales; ayudar a los países de origen y tránsito, proporcionando capacitación y recurso para que reduzcan el cultivo, producción, tráfico y consumo de narcóticos; apoyo a los proveedores en la erradicación de cultivos y en los programas de reemplazo de cultivos; destruir las organizaciones narcotraficantes; detener el lavado de dinero; evitar el desvío de productos químicos; producir la interdicción de expediciones de drogas, apoyando la supresión de instalaciones de elaboración de drogas. Sobre este último punto es particularmente revelador de la idea detrás de la política de Estados Unidos lo señalado por dicho documento: “Cada vez que se cultivan o producen en volumen drogas, elementos criminales poderosos corrompen el cimiento de la ley. En consecuencia el fortalecimiento de la democracia es parte integral del control internacional de las drogas”³¹.

A la vez se señala que si un país no colabora en esta cruzada, este hecho, “lleva

²⁸ Zamorano Alfonso, “El discurso de la droga o el juego de la doble moral”, en “Libro Homenaje al doctor Jorge Zavala Baquerizo”, editorial Edino, Guayaquil, 1992, página 236

²⁹ Acciones de fumigación que provocan un irreparable daño ecológico en la región.

³⁰ “Estrategia Nacional para el Control de Drogas, 1998-2007”, Oficina de Política Nacional para el Control de Drogas, Executive Office of the President of the United States, 1997.

³¹ “Estrategia Nacional para el Control de Drogas, 1998-2007”, pag.50.

consigo sanciones de asistencia exterior, así como un voto obligatorio de Estados Unidos contra prestamos a los bancos multilaterales de desarrollo”³².

Respecto a la cocaína, señala: “Durante el próximo año Estados Unidos seguirá apoyando las campañas de erradicación e interdicción de plantaciones en la región, apoyará el desarrollo de alternativas, impartirá capacitación y proporcionará equipamiento a los sistemas judiciales, entidades de ejecución de la ley y fuerzas de seguridad y promoverá una mayor cooperación regional”³³.

Por otra parte se señala como iniciativa para el control de las drogas, el contrarrestar todo intento de legalización de la marihuana.

Este documento de Estados Unidos nos señala que la guerra continuará, no dándose la posibilidad de otra visión.

Esta guerra es realmente una cruzada, al no existir una real posibilidad de que sea ganada, salvo que se quemara todo el amazonas. Es una guerra simbólica que le sirve a Estados Unidos para reunir a todos los países en una lucha común y así poder controlar las regiones que considera peligrosas, mostrándose como el defensor de la sociedad occidental contra el mal del siglo.

Al respecto Juan Bustos señala como impedimentos para ganar esta guerra, los siguientes³⁴:

La debilidad de los Estados directamente afectados en la guerra, ya que su organización jurídica esta dada por una realidad externa y no propia, que se adecua a una parte minoritaria de la población. Por otra parte en Colombia existen zonas controladas por la guerrilla o por los paramilitares. La guerra acentúa estas divisiones de los ciudadanos, acentúa la debilidad del Estado.

El recrudecimiento de la violencia, las sociedades de los países involucrados se van militarizando cada vez más, al utilizarse cualquier medio para ganar la guerra, es una guerra sucia que aumenta la división social.

El enemigo invisible: Los medios ocupados para combatir no son los adecuados para este tipo de guerras que se plantea entre la selva. Por otra parte, realmente no afecta a las organizaciones el capturar algunos de sus miembros, ya que la organización se reproduce nuevamente.

La imposibilidad de detener la producción o el consumo: Como se dijo sería necesario destruir todo el amazonas para erradicar los cultivos de coca, lo que no es posible por el daño ecológico que generaría; tampoco es posible detener la producción legal de coca en Bolivia y Perú, ya que ello requeriría reprimir con la fuerza al campesinado de estos países. Por otro lado la demanda no se detiene con la prohibición, ya que las sanciones pondrían en tela de juicio a los Estados consumidores.

³² “Estrategia Nacional para el Control de Drogas, 1998-2007”, pag.51.

³³ “Estrategia Nacional para el Control de Drogas, 1998-2007”, pag.50.

³⁴ Bustos Ramírez Juan, ob. cit, 1995.

La impopularidad de la guerra, por las consecuencias que provoca la militarización de la sociedad, que afecta los derechos humanos, aumenta la violencia, criminaliza a amplios sectores de la población, y trae aparejado un gasto increíble de recursos.

Por todas estas razones la guerra contra la droga es una guerra perdida, que gasta millones de dólares al año, aumentando la violencia en la ciudad, por lo cuál no debería ser un modelo a seguir. Si Estados Unidos invirtiendo millones de dólares al año no puede frenar con la represión el consumo de drogas, menos lo podrá hacer nuestro país. Una política alternativa a la represión es necesaria, lo cual se analizara en el próximo apartado.

B.- Revisión crítica a la reacción estatal frente a las drogas

El llamado problema de las drogas, como señalamos en la introducción de esta memoria, son realmente dos problemas, por un lado el problema del abuso de las drogas, y por otro, el problema del tráfico de estas sustancias. En este apartado analizaremos el segundo de estos problemas.

Sin duda la existencia de mafias de narcotraficantes es un problema grave, al aumentar estas la violencia social y la corrupción de los organismos públicos, pero este problema no esta ligado a una supuesta maldad intrínseca de las drogas.

Este problema nace de el hecho que el comercio de estas sustancias este prohibido, existiendo a su vez una demanda creciente por ellas, lo cual motiva a grupos de personas, que viendo la posibilidad de grandes ganancias, buscan satisfacer esta demanda de drogas. Con las ganancias obtenidas, estas personas se organizan de una forma más consolidada, y a su vez otros grupos de personas viendo lo lucrativo del negocio busca introducirse a él, generando tensión con los grupos ya existentes.

Para evitar el control policial, y así poder trasladar la droga desde los lugares de producción hasta el consumidor, las organizaciones compran impunidad, corrompiendo a funcionarios policiales, judiciales o de aduanas. Por su parte para evitar que otros grupos les roben sus mercancías o su mercado, compran seguridad, configurando pequeños ejércitos, comenzando una escalada armamentista entre los grupos.

Estos grupos en este proceso van adquiriendo cada vez mayor estabilidad y asumiendo el control de sectores de la ciudad, pudiendo llegar a constituir verdaderas mafias, como los carteles colombianos. Estos grupos ante el aumento de la represión penal y del control policial, buscan otras formas de satisfacer la demanda existente, aumentando el precio de las drogas por este mayor riesgo, con lo cual consecuentemente aumentan sus ganancias y el poder corruptor de estas organizaciones.

Este fenómeno, de constitución de verdaderas mafias que satisfacen la demanda existente, se produce, como se dijo, no por una cualidad intrínsecamente mala de la droga, sino que ocurre respecto de cualquier producto que tenga una demanda

considerable y cuya venta este prohibida. Ejemplo clásico de lo señalado es el caso de la “Ley seca”, que rigió durante principios del siglo XX en Estados Unidos, que con Al Capone y su mafia impusieron el control en Chicago.

Como señala Elías Newman “los partidarios de las políticas represivas se han olvidado lo ocurrido con la celeberrima “Ley seca”: En Chicago existían 3 mil tabernas; al ponerse en marcha la “Ley seca” llegaron a 20.000”.³⁵

Así nos señala Juan Bustos Ramírez a su vez que “la mafia en Colombia también tiene orígenes anteriores al tráfico de drogas y se puede decir que aparece al tráfico de esmeraldas”.³⁶

Como se ha visto, en general, la respuesta de los sistema legislativos occidentales desde el siglo XX ha este fenómeno, ha sido un aumento de la represión, aumento de las penas, y disminución de las garantías del procesado. En particular impulsado por Estados Unidos con su guerra contra las drogas en América Latina.

Pero esta política no ha cumplido en caso alguno sus objetivos, como nos señala Bustos Ramírez: “Ahora bien, la demanda en los países del norte no disminuye... pero, por otra parte, el objetivo económico declarado de la guerra a la oferta no se cumple, esto es, al aumentarse por la guerra los costos se alzarían los precios y con ello bajaría la demanda y con ello las ganancias, con lo cual el negocio no sería rentable. Pero ello no ha sido así, todo lo contrario. Pareciera que como los costos de producción son tan bajos, la guerra lo único que logra es aumentar los beneficios, en el sentido que impide que los precios bajen demasiado por la sobre producción de coca-cocaína. Es decir, pareciera que la guerra impide que actúen las leyes del mercado y que la coca-cocaína se vuelva poco rentable”.³⁷

De esta forma en la actualidad la política represiva respecto de las drogas tiene un carácter global, se ha elevado al nivel de enemigo de la sociedad mundial toda. Anualmente se utilizan por los distintos estados del mundo, miles de millones de dólares en la represión del tráfico. Pese a esto o debido a esta estrategias militar de guerra a la droga, el tráfico sigue en aumento, la violencia es cada vez mayor entre las organizaciones de traficantes y las policías.

Realmente con esta política de guerra, quienes más se han beneficiados han sido los “barones” del crimen organizado. Las leyes prohibicionistas y la estrategia militar, sostienen artificialmente elevados los precios (ya que la oferta aumenta, con lo cual deberían bajar estos), las ventas no pagan impuestos y no están sujetas a reglamentación ni control de calidad alguno las drogas, a su vez les aseguran que las disputas comerciales por posibles reclamos de los consumidores no se arreglaran el los juzgados, sino en las calles por las armas.

Se puede argumentar que no son beneficiados los capos detenidos o asesinados por

³⁵ Newman Elías, “la legalización de las drogas”, Edit. De Palma, Buenos Aires Argentina, 1991, página 7

³⁶ Bustos Ramírez Juan, ob. cit., 1995.

³⁷ Bustos Ramírez Juan, ob. cit. 1995, página 39.

las fuerzas policiales, eso es claro, pero aquí no nos estamos refiriendo a estos casos excepcionales y de hecho por cada narcotraficante que se encarcela o asesina, hay dos o más esperando para ocupar su lugar.

La mayoría de los detenidos por tráfico de drogas, son traficantes menores, el último eslabón de la cadena, en general las cúpulas de las organizaciones son raramente detenidas. Las organizaciones se reproducen nuevamente, ya que por lo lucrativo del negocio fácilmente pueden conseguir nuevos vendedores, esto pese a que por ejemplo, cerca del 90% de la población carcelaria de las cárceles del norte de Chile sean personas detenidas por delitos relacionadas con las drogas.

Todo esto se debe a la particularidad del mercado, al existir una demanda creciente, costos de producción ínfimos y sobre valoración tremenda.

Por otro lado se genera una criminalización creciente de amplios sectores de la sociedad y se saturan las cárceles.

Otro problema generado por la prohibición, es el hecho que ante la dificultad para traficar drogas, en general los narcotraficantes prefieran importar o producir drogas que sean más fáciles de ocultar, las que en la mayoría de los casos son más tóxicas y por tanto más dañinas para la salud de las personas. En Chile podemos señalar como ejemplo, la marihuana prensada o paraguaya, la cuál al poseer menor olor y ocupar un menor espacio es más fácil de internar al país, pero al ser una mezcla de marihuana con neoprén, bencina, y otra serie de productos, es muchísimo más dañina para la salud; otro ejemplo es la invasión de la pasta base en nuestras poblaciones en la década de los noventa, droga especialmente dañina, al producirse de los residuos de la producción de cocaína.

Todos estos problemas señalados, son consecuencia de la prohibición de las drogas, no son problemas de las drogas en sí, son los costos de la política represiva seguida por los diferentes gobiernos occidentales.

Esto es claro si se analiza la situación de Estados Unidos al alzar la prohibición de venta de alcohol, se termina el tráfico de estos productos, no hay mafias que se disputan los sectores de venta, menos gente muere de cirrosis al venderse alcohol de mayor calidad, y no es necesario corromper a policías para venderlo.

Pues bien al momento de buscar beneficios de la política represiva, ni siquiera los defensores de ésta pueden encontrar muchos. En principio la fundamentación de la prohibición del tráfico es conseguir a través de ésta, erradicar o limitar el acceso a las drogas por parte de los ciudadanos, o sea evitar el consumo de drogas limitando su oferta. Respecto al cumplimiento de este objetivo, cabe señalar parte de las opiniones del diputado señor Orpis, en la discusión de la ley 20.000 ³⁸, que señala que “43% de los escolares se demora menos de un día en conseguir marihuana en el propio colegio, en discotecas, en fiestas o en las alrededores de sus mismas casas”.

Por tanto la accesibilidad de las drogas no ha disminuido, lo cuál reconoce este diputado que es partidario de aumentar las penas para el consumo y tráfico de drogas.

³⁸ Sesión del martes 9 de diciembre del año 2003.

Por otra parte una persona, que por cualquier motivo, en un momento de su vida quiere alterar su estado de conciencia, tomará lo que encuentre en la calle, que generalmente serán drogas de escasa calidad, muy tóxicas para la salud.

El único beneficio, que se puede decir que traería la prohibición, el cuál no es comprobable empíricamente, es la señalada confirmación de la identidad normativa de la sociedad. La prohibición la única función que realiza, es de carácter simbólico, expresa que el consumo y tráfico de la sustancias prohibidas, es reprochado por la sociedad. Cualquier otra función es irreal, al no existir condiciones para cumplirlas.

Pero, como se señaló ni siquiera este consenso justifica una política represiva, si este no cumple los fines perseguidos, si esta no es eficaz, por ser inapropiada para enfrentar el fenómeno. Esto es más patente cuando es dudosa la existencia de este consenso, incluso en el país cabecilla de la ofensiva contra las drogas, Estados Unidos. Esto lo señalamos ya que en la ciudad de Denver, el 4 de noviembre de 2005, el 54% de la población aprobó en un referéndum la despenalización de la tenencia de menos de 28 granos de marihuana por mayores de 21 años.

La reacción estatal actual respecto de las drogas provoca más daños sociales que los que previene.

Esto se ve agravado por el hecho de que la prohibición no cumple en caso alguno el principio de ultima ratio del derecho penal, como se vio en el apartado anterior, al afrontarse el problema de las drogas internacionalmente se asumió inmediatamente como única forma de hacerlo, la represión, la utilización del derecho penal y la pena, sin acudir a políticas sociales de prevención, educación, información y rehabilitación, las cuales se ven como más eficaces para enfrentar un fenómeno tan complejo como el de las drogas.

Analizando en concreto los costos y beneficios de la política de prohibición de las drogas, ésta se nos plantea como ineficiente y contraproducente al no evitar los daños sociales que busca prevenir y provocar una serie de daños sociales de mayor envergadura como el nacimiento de mafias y el aumento de la corrupción y la violencia, los cuales la función simbólica que realiza no justifican.

Por supuesto cabe hacer la prevención realizada por Ethan Nadelman, en su discurso ante la sociedad interamericana de prensa, que señala: “La legalización no es un medio para eliminar el abuso de drogas. De hecho, no hay política que elimine el abuso de drogas. Pero es una política que dice que llego el momento de dejar de tratar el problema de las drogas como un problema de aplicación de la ley, y que ya es tiempo de comenzar a tratarlo más como un problema de salud pública. Es tiempo de dejar de destinar miles y miles de millones de dólares para la aplicación de la ley y de redireccionar esos miles de millones de dólares hacia el tratamiento, la educación y la prevención.”³⁹

³⁹ Ethan Nadelman, 12 de octubre de 1988, Discurso ante la sociedad interamericana de prensa, www.abc.com.py/especiales/drogas/articulos.php?pid=166109, Diario ABC Color y ABC Color Digital. .

C.- El bien jurídico protegido

1.- La idea Legal: La Salud Pública

La inmensa mayoría de la doctrina penal coincide, en que no puede haber un delito particular de la parte especial sin un bien jurídico concreto, estableciéndose por algunos como limitación al ius poniendi la exclusiva protección de bienes jurídicos. El contenido y alcance de la noción de bien jurídico sí es discutido en doctrina, lo cual no profundizaremos mayormente por no ser la finalidad de este trabajo.

Existe también consenso en que la determinación de que bienes jurídicos son protegidos, es una cuestión política, una decisión que variara de un modelo estatal a otro, dependiendo de cuan democrático es.

Pero como señala Juan Bustos, “el surgimiento de un bien jurídico no implica necesariamente la existencia de un delito, la protección de un bien jurídico se puede dar de diferentes formas, aun si recurrir al derecho, y en todo caso el derecho penal es la ultima herramienta, es la ultima ratio. Aquí nuevamente entra en juego la política criminal sopesando la gravedad del hecho, los diferentes bienes jurídicos en juego, el contexto social histórico, los principios de un estado de derecho, la dignidad de la persona humana, etc. Aquí entran en juego criterios de racionalidad. Es un error confundir conductas desviadas en general con conducta delictiva...”⁴⁰.

Este mismo autor nos señala que el bien jurídico es el que le da contenido material a la antijuridicidad, lo que importaría no sería el resultado naturalmente considerado, sino el resultado como afección de un bien jurídico (lesión o puesta en peligro de éste), la determinación de éste es un problema de imputación objetiva, se debe determinar si el resultado de afección del bien jurídico es imputable al comportamiento típico realizado, no serían antijurídicas las afecciones ideales o presuntas al bien jurídico, sino solo las efectivas.

De la reglamentación internacional y nacional, resulta que el bien jurídico que se señala como protegido por las leyes de prohibición del tráfico de ciertas drogas, es la salud pública.

Determinado esto, se debe analizar si tiene algún sentido la protección penal, si con la prohibición no se genera mayor perjuicio al propio bien jurídico, si realmente con ésta se esta protegiendo al bien jurídico o se está solo haciendo una declaración de principios, buscando una justificación a la prohibición.

Del análisis realizado en este trabajo, se pueden concluir diferentes razones para señalar que realmente la prohibición del tráfico de ciertas drogas no protege la salud pública.

⁴⁰ Bustos ramírez Juan, ob. cit., 1985, página 175

La primera razón para señalar esto es que solo se prohíbe el tráfico de ciertas drogas, y precisamente alguna de las drogas más dañinas para la salud pública (el alcohol y el tabaco) son lícitas, vendiéndose y publicitándose libremente. Esto resulta claro de los datos proporcionados por el sexto estudio nacional de drogas de la población general de Chile, según el cuál el 56,8% de la población chilena es consumidora habitual de alcohol, y el 42,54% es consumidora habitual de tabaco.⁴¹

Ambas drogas consideradas por separado causan mas enfermedades y muertes que todas las drogas prohibidas en conjunto, siendo uno de los principales problemas de salud pública existentes en nuestra sociedad. Así como señala Juan Bustos “la contradicción es palmaria: si se protege la salud pública como se explica que la penalización es de lo que aparece como menos dañino socialmente y no de aquello que ostenta una mayor nocividad real”⁴²; o como señala Muñoz Conde y Aunión Acosta “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 son tan nocivas o más que las ilegales”⁴³.

En segundo lugar, respecto al propio consumo de las drogas actualmente consideradas ilegales, la prohibición implica un mayor riesgo para la salud pública, al evitar el control de calidad por parte de organismos públicos de las drogas, así la mayoría de las drogas ilegales que se consumen habitualmente es de escasisima calidad, mezclándose con toda clase de productos para aumentar su volumen, en búsqueda de mayores ganancias para los traficantes.

Por otra parte, como se señaló, el aumento del control y la represión provocan que los traficantes prefieran importar drogas más fáciles de ocultar, como la marihuana prensada o la pasta base, que son de una calidad inferior y de una toxicidad enormemente mayor que la marihuana natural y la cocaína.

En tercer lugar, se olvida que la salud solo puede ser protegida eficazmente con la voluntad del ciudadano adulto y responsable. La mejor prevención de la drogo dependencia es la que se dirige a la voluntad del ciudadano, informándolo y dejándolo luego que decida libremente con autonomía y conocimiento de causa. No es eficaz negarle desde un principio la libertad de escoger, incluso criminalizar el uso de esa libertad.

En otro sentido, cabe señalar que, debido al aumento del ámbito típico en las

⁴¹ “Sexto Estudio Nacional de Drogas en la Población General de Chile”, CONACE, Santiago Chile, 2004.

⁴² Bustos Ramírez, Juan, op. Cit., 1995, pag. 98.

⁴³ Muñoz Conde Francisco y Aunión Acosta, “Drogas y Derecho Penal”, en “La actual Política Criminal sobre Drogas. Una perspectiva comparada.”, Diaz Ripolles Jose Luis, Edit. Tiransu Lo Blanch, 1993, pag.577.

diferentes legislaciones, el aumento de las conductas sancionadas respecto a las drogas ilegales, muchos de los tipos actualmente existentes ni siquiera ponen en peligro remotamente al bien jurídico salud pública. Ejemplo de lo señalado es la sanción del transporte, exportación e importación de sustancias precursoras, y el mismo transporte exportación e importación de las drogas ilícitas, ya que estas conductas solo pueden ser vistas como infracción administrativa a la reglamentación de aduanas, no hay una afección real del bien jurídico que le de contenido material a la antijuridicidad. Así el adelantamiento de la protección penal originado por la tendencia represiva, diluye la referencia a la salud pública como bien jurídico protegido por las leyes que sancionan el tráfico ilícito de drogas.

De estas razones se desprende que realmente la política prohibicionista no protege, o no es efectiva en la protección, del bien jurídico salud pública, al aumentar los daños a este bien jurídico. La prohibición transforma una conducta que podría ser menos dañina y peligrosa para la salud que el consumo de las drogas legales, en más dañino que éste, y al mismo tiempo provoca la afección de otros bienes jurídicos.

A nuestro parecer el declarar como bien jurídico protegido a la salud pública se torna así en una declaración simbólica, no siendo este el real bien jurídico o interés que se protege, lo cuál se refleja en que no es este bien jurídico el que determina el objeto material del delito.

2.- La idea Real: Protección a un estándar de vida determinado.

Si el bien jurídico protegido no es la salud pública, al ser dañado este más por la prohibición, se debe buscar otro bien jurídico que esta proteja, al no poder existir delitos sin bien jurídico protegido.

Se podría señalar que el bien jurídico protegido es la salud individual, pero al ser esta disponible por la persona, no pudiendo existir delito al consentir la persona en su daño, no puede aceptarse esta opción, además cabe traer a colación lo señalado en el Capítulo I apartado IV respecto al consumo de drogas.

Por lo cuál, y teniendo en cuenta los objetivos de la política de guerra contra las drogas, se puede señalar que lo que se está protegiendo es la estabilidad, la inmutabilidad de los valores de la sociedad cristiano occidental. Esto se ha graficado en la discusión de la ley 20.000, en la cuál el diputado Orpis señala que “el bien jurídico que hoy se está resguardando en el mundo en relación con el tema de la droga es la integridad de la sociedad, no la relación de la víctima con el victimario”⁴⁴.

Sería por tanto la protección de una supuesta forma de vida occidental, de un estándar de vida determinado lo que protegerían las leyes de prohibición, otorgándole a la ley penal una función de moralidad pública, que ésta no tiene. Se está castigando el consumo y tráfico de las drogas consideradas inmorales por la cultura occidental, y no así el de las consideradas morales, siendo este el real criterio utilizado para determinar el objeto material del delito.

⁴⁴ Sesión del martes 9 de diciembre del año 2003.

La función de la prohibición sería la confirmación de la identidad de la sociedad. Pero al ser ésta la función de toda norma penal, no se puede señalar como bien jurídico determinado, la alusión a la protección de un estándar de vida determinado no nos señala nada en particular, no implicando ésta un bien jurídico protegido. Por otra parte, la determinación de ésta protección de estándares de vida determinados como bien jurídico, no cumple la función de límite al ius puniendi estatal que tiene el concepto de bien jurídico en la dogmática penal.

Esta constatación, de inexistencia de un real bien jurídico, no nos resta a señalar, que éste sería el real interés protegido, el interés estatal de mantener un determinado estándar de vida, determinado por la moral cristiana.

Debiendo concluir junto con Juan Bustos que “en definitiva, tal como aparece configurada la legislación actual sobre la droga...no hay un bien jurídico protegido y por tanto no hay legitimidad para la intervención punitiva. Los objetivos declarados no son tales y surgen otros no declarados: en primer lugar la función moralizadora, que a su vez esconde una multiplicidad de otras funciones no declaradas, entre las cuales evidentemente están las de carácter económico”⁴⁵.

3.- Nuestra opinión.

De lo señalado en el apartado anterior, se concluye que en definitiva, no existe un real bien jurídico protegido por las normas que prohíben el consumo y tráfico de determinadas sustancias, solo existe el interés general del Estado de mantener un estándar de vida determinado, el cuál no puede ser considerado un bien jurídico en un estado democrático de derecho. No hay legitimidad para la prohibición de ciertas drogas.

Precisamente por el hecho de que la prohibición selectiva de drogas no es una política eficiente para la protección de la salud pública, al no estar realmente basada en la protección de ésta, sino que preocuparse más de la protección de una moral determinada, provocando efectos colaterales más dañinos para el bien jurídico salud pública y para otros bienes jurídicos, es que se hace necesario plantear otras políticas públicas, otras estrategias, de protección al bien jurídico salud pública. Se debe buscar otra forma de propender a que el consumo de drogas provoque la menor dañosidad social posible.

Es necesario discutir la posibilidad de una nueva política pública respecto a las drogas, cuyo punto central debe ser la información, la educación, la prevención y la rehabilitación.

D.- Garantías constitucionales, libre desarrollo de la personalidad, la despenalización de las drogas como posible nueva vía.

Como se ha señalado la prohibición del consumo de ciertas drogas va contra los principios básicos del estado democrático de derecho, contrariando el respeto a la

⁴⁵ Bustos Ramírez Juan, ob.cit, 1995, pag 103

dignidad y libertad humana, impidiendo el desarrollo libre de la personalidad. La prohibición del consumo implica considerar a la persona como un incapaz de decidir como desarrollar su vida.

El considerar al hombre como un ente digno y libre de determinar su futuro, implica que el Estado solo puede prohibir aquellas conductas que dañan a otros. Pues bien el consumo de drogas solo daña a la persona que consume, por tanto no habría justificación para prohibir el consumo de las sustancias actualmente ilícitas.

Es lícito para el Estado tratar de convencer a la persona para que no consuma, informándole de los daños que provoca su consumo, tratar de persuadirlo, pero no obligarlo a seguir las consideraciones morales de otros.

En un Estado democrático de derecho no se puede prohibir el consumo de ciertas drogas, lo cuál implica que tampoco se pueda prohibir su venta. La prohibición de la venta de drogas, le impide a la persona ejercer su libertad de decidir consumir las sustancias que quiera, se le estaría prohibiendo indirectamente el consumo de la sustancia que decidió libremente usar como ser digno de autodeterminarse.

Nuestro país es un estado democrático de derecho ⁴⁶, y ya el artículo 1° inciso 1° de la Constitución establece que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” ⁴⁷.

A su vez en el inciso 4° del artículo 1° de la CPR se señala “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cuál debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece” ⁴⁸.

Pues bien, el que sea un Estado democrático de derecho, significa que el Estado chileno respeta las diferentes visiones del mundo que tengan los ciudadanos, los cuales como entes dignos y libres para determinar cuál es “su” mayor realización espiritual y material, debiendo promover el Estado el que logren conseguir esta realización, que la persona libremente decidió. Lo cuál se ve confirmado por el artículo 19 N° 6 de la CPR que asegura a todas las personas la libertad de conciencia, y por el artículo 19 N° 4 de la CPR que asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

Estos son derechos garantizados por nuestra Constitución a todas las personas, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes” ⁴⁹; por

⁴⁶ Artículo 4° de la Constitución Política de la República: “Chile es una República Democrática”

⁴⁷ “Constitución Política de la Republica de Chile”, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2005.

⁴⁸ “Constitución Política de la Republica de Chile”, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2005.

tanto el Estado al establecer los tipos penales debe tener presente esta limitación al ejercicio de la soberanía.

Este punto se ha pasado por alto al momento de regular el consumo y tráfico de drogas por nuestro legislador, siendo necesario que sea considerado al momento de revisar dicha legislación.

La prohibición del tráfico de drogas, implica una imposición por parte del Estado de una moral en particular, lo que contraría el derecho a la libertad de conciencia y a la dignidad misma del ser humano, al obligársele a considerar el consumo de ciertas drogas, como reprochable y el de otras no. Como se señaló, la prohibición por esta misma distinción no tiene su fundamento en la protección del bien jurídico salud pública.

La política prohibicionista, como también se señaló, provoca un aumento en el daño a la salud pública, por lo cuál se torna ineficaz, engendrando su puesta en practica más costos que beneficios, por lo cuál esta política debe ser abandonada por el Estado si este se plantea como fin proteger la salud pública en una forma eficaz.

Es evidente que el problema del abuso de las drogas es un problema de salud pública lo cuál legitima al Estado a tomar acciones tendientes a reducir el daño social provocado por éste. Como la política prohibicionista es ineficaz en esto se debe plantear una nueva política pública.

Esta nueva política pública debe tener en consideración en primer lugar, los derechos garantizados por la Constitución a todas las personas y el respeto a la persona como un ente digno y libre de autodeterminar su desarrollo. Así, éstas deben ser accesibles a los adultos que hayan decidido consumir las drogas, lo que implica la despenalización de su consumo y su tráfico, basándose su tratamiento legal sólo en los daños que provoca a la salud por su toxicidad, eliminándose por tanto, la distinción entre drogas lícitas e ilícitas, al fundarse estas en criterios socioculturales que la persona no está obligada a seguir.

En segundo lugar esta nueva política, debe tener en cuenta la realidad de la existencia del consumo de drogas en toda cultura y en toda época, por lo cuál no debe plantearse como objetivo el erradicar el consumo de drogas, al ser irreal este, por la necesidad del ser humano de alterar su estado de conciencia por diferentes motivos. Así la nueva política respecto a las drogas debe asumir objetivos realistas, metas que sean alcanzables, como lo es el reducir el daño social provocado por el consumo de éstas a niveles tolerables.

En tercer lugar se debe considerar las décadas de políticas prohibicionistas, las cuáles han creado toda una serie de problemas relacionados con el tráfico ilícito de drogas, por lo cuál la implementación de esta nueva política debe ser gradual, evitando que las mismas organizaciones que controlan el tráfico ilícito de drogas hoy, controlen el tráfico lícito de éstas. Se debe establecer un plan que vaya por etapas, debiendo cumplirse los fines propuestos en cada etapa y no preocuparse de cumplir los tiempos señalado para cada uno.

En cuarto lugar, se debe aprender de los siglos de políticas erróneas respecto a las

⁴⁹ "Constitución Política de la Republica de Chile", Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2005.

drogas legales, el alcohol y el tabaco. Por lo cuál se debe restringir, en lo más posible, su publicidad, se debe exigir que en sus etiquetas señale sus efectos tóxicos y los riesgos de su consumo, y se deben someter a un exhaustivo control de calidad antes de permitir su venta.

En quinto lugar, es necesario tener en consideración que esta política es imposible sin un acuerdo internacional al respecto. El fenómeno de las drogas hoy es global, por lo que se debe afrontar de la misma manera, enfrentar el fenómeno integral, tanto la oferta como la demanda de drogas. Para esto es preciso un cambio de dirección sobre la política internacional sobre drogas, antes que el problema del narcotráfico alcance niveles mayores y la guerra contra la droga se extienda por todo el mundo.

Por esto mismo no sería razonable la legalización de todas las drogas en forma unilateral por nuestro país, aunque si es factible la legalización unilateral de las drogas blandas, en particular de la marihuana (primer paso de una política de legalización) y por supuesto la despenalización del consumo de cualquier tipo de droga.

En sexto lugar, debe ser clave y principal dentro de esta nueva política la información de los efectos dañinos de las drogas, la educación sobre las formas de superar posibles problemas derivados de su consumo, informar las dosis dañinas y las combinaciones de drogas que son peligrosas, a la vez de establecer un organigrama que permita el tratamiento y rehabilitación de las personas que voluntariamente quieran dejar de consumir, también la prevención del consumo entre adolescentes y niños es muy importante, debiendo realizarse campañas en los colegios para esto. Esta ha de ser la principal tarea del Estado en su política de drogas, persuadir al individuo de no consumirlas, a la vez propender a mejorar factores sociales que influyen en que ciertas personas consuman drogas. En este último punto nos referimos especialmente, al consumo por parte de adolescentes y niños marginados de drogas de alta toxicidad que afectan su desarrollo físico y psíquico.

Por esto mismo, consideramos, como más efectivo para la protección de la salud pública la legalización de las drogas más que su despenalización. La diferencia entre estas dos alternativas, es que la legalización implica una reglamentación de todo el circuito de producción, elaboración, distribución y ventas de las drogas, o sea un sometimiento al control del Estado, el cuál debe regular en forma administrativa, no penal, salvo en casos extremos como el tráfico fuera de la reglamentación legal, la venta de productos adulterados, el suministro a menores de edad y deficientes mentales, etc. Por su parte administrativamente se debe regular, los controles de calidad de las drogas, su importación y exportación y las empresas que se dediquen a esta actividad, regular que tipo de establecimientos estarían autorizados para vender y suministrar cada tipo de drogas, regular la magnitud y tipo de empresa que se pueden dedicar a la producción, los controles a que estas deben estar sometidas, las zonas donde se pueden efectuar plantaciones de especies vegetales productoras de sustancias sicotrópicas, etc.

Respecto a la legalización de las drogas, se discute sobre la posibilidad de establecer un monopolio por parte del Estado de su producción y venta, o establecer un control por los privados regulado por el Estado.

A nuestro parecer se debe distinguir el tipo de droga que se trata, según su toxicidad

y daño a la salud. En segundo lugar no consideramos factible o deseable que sea el Estado quien produzca las drogas. El Estado debe concentrara sus recursos y su acción en educación, prevención y rehabilitación.

Nos parece que la venta de drogas blandas, como la marihuana, puede ser entregada completamente a privados, realizándose su venta en establecimientos autorizados, estrictamente a mayores de edad, y, como se señaló, en envases que indiquen sus posibles daños y sin permitir una publicidad mayor.

La libre venta de estas drogas a mayores de edad, creemos que es el segundo paso del plan de legalización de las drogas, que sigue al primer paso consistente en la absoluta despenalización del consumo de todo tipo de drogas.

Su producción se debería realizar por empresas certificadas, bajo un estricto control de calidad, las cuales deben estar sometidas a impuestos específicos cuya finalidad sea financiar las campañas informativas de prevención y los tratamientos de rehabilitación.

Posteriormente, en base a la experiencia con la marihuana, se pueden ir legalizando otras drogas blandas.

A su vez durante este proceso, se debe comenzar a poner el tema de la legalización, como alternativa para vencer al narcotráfico en el concierto internacional.

Luego de existir una conciencia en el plano internacional sobre el hecho de que la legalización de las drogas no es declarar perdida la lucha contra el narcotráfico, sino que una forma de vencerla, se puede comenzar a pensar en la legalización de otras drogas.

En el caso de las drogas de mayor toxicidad, somos partidarios de su producción por privados y su venta en establecimientos estatales, que controlen la calidad de los productos y su toxicidad, pudiendo restringir la cantidad vendidas en caso de drogas muy dañinas.

Creemos por supuesto que esta política regulada es preferible a la despenalización descontrolada, y a la actual venta ilegal y sin regulación alguna.

Estas propuestas, por supuesto, son perfectibles, sobre todo en su puesta en práctica, este solo es un señalamiento de que otra política sobre drogas es factible, no utópica, ni tampoco irresponsable, y que posibilita impulsar una disminución del daño social producido por el consumo de ciertas drogas, haciendo desaparecer drogas de escasa calidad y alta toxicidad como la pasta base de cocaína. Beneficios que se suman al que trae eliminar los daños sociales que provoca el tráfico de drogas y la creación de organizaciones criminales en torno a éste.

Esta propuesta tiende a poner atención al hecho de que la política actual sobre las drogas ilícitas, asume el fenómeno de una forma inapropiada, al utilizar como primera medida para enfrentarlo la que debería ser la última medida, el ius puniendi estatal. Señalando a la vez que esta forma de proceder es perjudicial para la sociedad y para el bien jurídico que se pretende proteger. Lo central que señala esta propuesta es que el problema de las drogas debe ser analizado de la perspectiva de la política social y no de la política criminal.

CAPITULO III: Aspectos Legales

A.- Primeras normas legales chilenas respecto al tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Si bien se pueden señalar ciertas leyes dictadas por los reyes españoles en los siglos XVI y XVII, respecto a la masticación de la coca⁵⁰, como antecedente de la regulación del fenómeno de las drogas en nuestro territorio, la primera norma jurídica relativa a las drogas dictada por el Estado chileno como tal, fue el artículo 313 del Código Penal.

Dicho artículo, incluido por la comisión redactora del Código penal en la sesión del 23 de junio de 1873, señala “El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias o productos nocivos a la salud o traficare en ellos estando prohibida su fabricación o tráfico, será castigado con reclusión menor en su grado medio i multa de cien a quinientos pesos”.

De la lectura de este artículo, incluido dentro de los “crímenes y simples delitos contra la salud pública”, puede desprenderse que lo que se castiga es el elaborar o traficar cualquier sustancia o producto nocivo a la salud, sin la competente autorización. Por tanto, esta norma no está referida exclusivamente a las sustancias consideradas

⁵⁰ En particular las dos dictadas por el Rey Felipe II: en 1569 “Del servicio de la coca y añil”, y en 1573 “Ordenanzas de la coca”

drogas, pero claramente estas pueden caer dentro de la descripción típica.

Por otra parte, la sanción asignada al delito va desde 541 días de privación de libertad a tres años además de una multa.

Esta situación continuó hasta el 11 de junio de 1969, cuando se publicó la ley N° 17.155, la cuál fue la primera ley dictada por nuestro Estado que específicamente se hizo cargo de la represión del tráfico ilícito de estupefacientes. Esta ley incorpora los artículos 319 A al 319 G al Código Penal.

Esta ley es la base de la actual legislación sobre el tráfico ilícito de drogas. Eleva las penas privativas de libertad y establece nuevas figuras penales, abarcando a toda la cadena desde la producción al tráfico ilícito de drogas.

Cabe señalar que, en este tiempo las drogas no representaban un problema real en Chile, señalándose en el manual de la ley 19.366, que en esta época “el problema era limitado y controlado. No había alarma pública en los términos actuales”⁵¹, señalándose que se legisló porque “se había comprendido y vislumbrado el problema que se avecinaba”⁵². En realidad esta regulación se debió a la presión internacional por la prohibición de las drogas.

En el mismo manual reseñado, se señala que el uso abusivo de cannabis sativa, particularmente en niveles socioeconómicos de escasos recursos, alertó al legislador, comenzándose nuevos estudios legislativos sobre la materia.

Estos estudios llevan a la dictación el 16 de mayo de 1973 de la ley 17.934. Esta ley estableció normas para reprimir el tráfico ilegal de estupefacientes, modificando el Código penal en lo que respecta a los delitos contra la salud pública y ampliando parcialmente la planta de abogados del Consejo de Defensa del Estado atendida la importante labor acusadora que se le entregaba a éste en los procesos relativos a estos delitos.

Por tanto, el Estado Chileno al ver un fenómeno reciente que no comprendía, por influencia internacional, respondió aumentando la represión, sin efectuar estudio médico o social alguno sobre el tema, simplemente acudió a la represión penal como respuesta. Esto se ve agravado por el hecho señalado por las propias autoridades de que al momento de legislarse por primera vez en forma específica por este fenómeno, este no era un problema real en nuestro país, y se habría vislumbrado el problema que se avecinaba, pero en vez de realizar programas sociales o médicos para controlarlo antes que llegara, se conforma con aumentar las penalidades y los tipos que la regulaban.

Se ve que no existe cuestionamiento alguno, de la real eficacia que podría tener esta política represiva para tratar el fenómeno social como es el de las drogas.

Cabe señalar que ni en la regulación del Código Penal, ni en las modificaciones de la ley 17.155, ni en la ley 17.934, se sanciona el consumo de drogas, solo se establecía en esta última, que los involucrados debían ser sometidos a un examen para determinar si eran o no adictos, si lo eran se les internaba en el Servicio Nacional de Salud o se les

⁵¹ Germán Hermosilla Arriagada, ob.cit., pag.5.

⁵² Germán Hermosilla Arriagada, ob.cit., pag.5.

sometía a un tratamiento médico.

B.- La ley 18.403

Durante el gobierno militar continuó la campaña de desprestigio del consumo de cannabis sativa, lo cuál justificaba la detención de jóvenes que no seguían el ideal militarista de joven chileno, mientras el consumo de drogas se popularizaba en todos los sectores económicos.

En este marco social, el 4 de marzo de 1985 se dicta la ley 18.403 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, siendo una ley especial en sí y no solo una modificación al Código penal.

En esta ley, en base al argumento de que la marihuana hacía estragos en nuestra juventud y en las poblaciones, se aumentan las penas para el tráfico de drogas y sustancias estupefacientes no tan dañinas para la salud.⁵³

Esta ley a su vez incluye las primeras reglas de carácter procesal, comunes en la legislación actual sobre drogas, al permitir en los delitos regidos por ella que se apreciara la prueba en conciencia y admitir medios de prueba distintos en los señalados en el Código de Procedimiento Civil.

Se crea un tipo penal nuevo, consistente en el abandono de plantas, rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas capaces de producir graves efectos tóxicos.

Se sanciona la elaboración ilegal de drogas y su tráfico ilícito con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, pudiendo el tribunal rebajar esta pena hasta en dos grados si las drogas o sustancias no producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, más una multa.

A su vez se sanciona la siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de drogas, cuando no exista autorización administrativa para ello, con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, más una multa. Esto en caso de que se pruebe la ocurrencia de circunstancias que hagan presumir el propósito de traficar ilícitamente con las sustancias sembradas.

Se sanciona también al que facilita un bien raíz, mueble, vehículo y otras especies a otra persona a sabiendas de que las usará para elaborar, almacenar, expender, o permite el consumo de drogas o la siembra o plantación de especies vegetales productoras de sustancias prohibidas legalmente.

En la ley 18.403, a la vez se tipifica por primera vez, como figura específica el delito de asociación u organización ilícita para el tráfico de drogas.

Por último cabe señalar que en la ley 18.403, el consumo de sustancias sicotrópicas o estupefacientes siguen no siendo considerado delito o falta, sea cual sea el lugar donde se efectúe, continuando el régimen de medidas de seguridad en caso de ser adicto el

⁵³ La distinción de penalidades según lo dañino de la droga ya se contenía en la ley 17.934.

consumidor.

C.- Ley 19.366

Como se señaló, la ley 18.403 aumentó la pena asignada al tráfico de sustancias que no producen grave daño a la salud, de hecho una de sus motivaciones políticas fue el aumento del consumo de marihuana en las poblaciones. Con esto se comienza a perseguir fuertemente a las bandas dedicadas al tráfico de esta última sustancia, quemándose plantaciones y agudizándose la detección de su tráfico en las aduanas. Al asumir el gobierno de la concertación, éste se plantea como una de sus prioridades el combate a las drogas. Así, se aumenta el control de la producción y tráfico de la marihuana agudizándose en las poblaciones, por la escasez de marihuana, el consumo de drogas de menor calidad, más fáciles de ocultar e introducir al país.

Es así como se masifica el consumo de marihuana paraguaya y de pasta base de cocaína. La marihuana paraguaya básicamente es marihuana prensada con neoprén, otros pegamentos y productos varios para aumentar su volumen, lo que sube enormemente su toxicidad. A su vez la pasta base de cocaína, es producto del proceso de purificación de la cocaína, presentando una serie de productos químicos que se le agregan a la hoja de coca para su purificación, como amoníaco, por lo cuál es muy adictiva, enormemente dañina y mucho más barata que la cocaína, factores que llevan a su rápida difusión en las poblaciones santiaguinas. De esta forma la alarma desatada por el uso de cannabis por pobladores de escasos recursos, termina por cambiar un producto de calidad y de baja toxicidad, por otro adulterado y enormemente dañino, agregando a la vez una versión más tóxica de la droga que los sectores económicamente acomodados consumían, eso sí destinada ahora a los sectores económicamente desvalidos (pasta base de cocaína).

Por su parte, en el plano internacional, ante el creciente tráfico internacional de estupefacientes y en abierto apoyo a la política de guerra a las drogas de Estados Unidos, se celebra la convención de Viena del 19 de diciembre de 1988, que reprime toda clase de conductas relacionadas con la producción, elaboración, tráfico y consumo de drogas, sustancias estupefacientes y el aprovechamiento de los beneficios económicos por esta actividad ilícita.

En Chile, esta convención entra en vigencia el 20 de agosto de 1990, al ser esta su fecha de publicación, por lo cuál el país quedaba comprometido internacionalmente a adecuar y adaptar su legislación a los principios consagrados en dicha convención. En razón de esto, el 13 de septiembre de 1990, se formó una comisión especial investigadora del problema del tráfico ilícito de estupefacientes en la cámara de diputados y ese mismo año se crea el Consejo Nacional para el control de Estupefacientes (CONACE).

Ambos estamentos asumieron la tarea de adecuar nuestra legislación a los principios internacionales aceptados por la Convención de Viena de 1988.

Producto de esta tarea se publica el 30 de enero de 1995 la ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

La citada ley 19.366, al buscar adaptar la legislación a la convención de Viena además de castigar la elaboración, plantación y el tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, sanciona el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales que son aquellas materias primas que sirven para obtener drogas.

Estos productos tienen distintos usos legítimos, ya sea en la industria, en la medicina, en la agricultura, etc. Por lo que sanciona la ley es su desvío hacia fines ilícitos, hacia la elaboración de drogas y sustancias estupefacientes, a sabiendas de que serán utilizadas con tal objeto. La pena asignada es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (de tres años y un día a diez años de privación de libertad).

Otro delito nuevo tipificado por esta ley, es el de suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de 18 años de edad, a sabiendas o debiendo saber que están destinados a ser consumidos por estos. Estas normas tienen su origen en la existencia de un drama patente en nuestra sociedad, la aspiración de neoprén, tolueno y diferentes sustancias del mismo tipo por menores de edad en las calles de nuestra ciudad.

La ley 19.366, en su afán de llevar a nuestra legislación los principios establecidos en la convención de Viena tipifica también el aprovechamiento de los beneficios originados por los delitos contemplados en la misma ley, o sea, se sanciona el “lavado de dinero”. Lo que se busca con esta figura es atacar al narcotráfico en el bolsillo, al buscar impedir que puedan “blanquear” el dinero obtenido de la droga. Se sanciona a cualquiera que a sabiendas que determinadas utilidades se han obtenido o provienen de la perpetración en Chile o en el extranjero de hechos contemplados como delitos en esta ley, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino. Estableciéndose como pena el presidio mayor en su grado mínimo a medio y una multa de 200 a 1000 UTM.

Por otro lado la ley 19.366 establece una serie de presunciones. Primero en su artículo 1° se presumen autores del delito de tráfico a quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales, o equipos comúnmente destinados a la fabricación o elaboración de drogas, debiendo probar los detenidos que tales medios e instrumentos no estaban ni estuvieron destinados a la elaboración clandestina de tales sustancias o drogas, o sea se trata de una presunción simplemente legal.

En segundo lugar, su artículo 5° establece una presunción de tráfico, en caso que el sujeto importe, exporte, transporte, adquiera, transfiera, sustraiga, posea, suministre, guarde o porte consigo drogas o materias primas indispensables para producirlas. Si bien esta no es una presunción de derecho prácticamente si lo es, por lo dificultad de probar una ocupación legítima de ciertas sustancias.

Otro punto a resaltar es que con la Ley 19.366, se considera por primera vez en Chile como una falta el consumo de drogas por cualquier personas⁵⁴, esto en el afán del legislador de desalentar el consumo indebido de drogas, por lo cual se penaliza el

⁵⁴ Si bien anteriormente el artículo 193 del Código Aeronáutico lo sancionaba, lo hacía solo respecto del personal de aeronaves que se desempeñaban bajo el efecto de las drogas

consumo desarrollado en determinados sitios o lugares.

En un primer término el poder ejecutivo propuso sancionar el consumo solo cuando se producía en lugares públicos o abierto al público, luego algunos miembros del congreso nacional propusieron que se sancionara además el consumo en sitios o lugares privados, si existía concierto para ello entre 2 o más personas, incluyéndose como indicación al proyecto por el ejecutivo.

Se sanciona a la vez la simple tenencia o porte de estupefacientes o sicotrópicos en lugares públicos o abiertos al público, y destinado al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de quien las porta, aunque no se encuentre consumiéndola en ese momento. En este punto hay que tener en cuenta la presunción establecida en el artículo 5°, que señala que el porte de drogas se presume que es para traficar, por tanto la persona debe probar que estas sustancias son para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Esto lo determinara en definitiva el tribunal al ser una cuestión de hecho, debiendo tener presente la cantidad de droga incautada, la situación de ser adicto la persona que las poseía y sus antecedentes personales. El consumo es sancionado con las penas de multa de media a 10 UTM o con la asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por 60 días, estableciéndose como pena accesoria la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados hasta por 6 meses, pudiéndose a la vez conmutar la pena de multa por la ejecución de trabajos en beneficio de la comunidad.

A su vez se establece como delito el consumo de drogas cuando es realizado por ciertas personas, que por la naturaleza de su labor implican un grave riesgo para la seguridad de otras personas. Se trata de los oficiales y personal de una embarcación marina de naves, artefactos navales que consuman a bordo o en cumplimiento de sus funciones; del personal de gendarmería y de la policía de investigaciones que consuman en actos de servicio; el personal de las fuerzas armadas y carabineros de Chile que consuman en actos de servicio⁵⁵; el personal aeronáutico que desempeñe sus funciones bajo la influencia de alcohol, drogas estupefacientes o sicotrópicas. La pena para todos estos casos es de presidio menor en su grado medio a máximo (de 541 días a 5 años de privación de libertad) y multa de 10 a 100 UTM.

Por otra parte la Ley 19.366 regula una serie de aspectos referidos a la persecución de los delitos. Así permite la fiscalización de organizaciones que se presume estén dedicadas al tráfico ilícito de drogas por parte del consejo de defensa del estado; se permite al Juez del crimen autorizar envíos ilícitos o sospechosos de drogas o precursores químicos con el propósito de individualizar a las personas que participen en la comisión de tales hechos; se autoriza la intervención, apertura o registro de comunicaciones o documentos privados o la observación de personas sospechosas, esto sin conocimiento del afectado por un plazo no superior a 20 días, prorrogables; se autoriza la existencia de agentes encubiertos, o sea funcionarios policiales que se involucran o introducen en organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas con el propósito de identificar a partícipes o recoger pruebas; se autoriza la utilización de informantes, que es quien suministra antecedentes a los organismos policiales sobre la perpetración de la comisión de un delito o de quienes participaron; y se promueve la

⁵⁵ Artículo 299 bis, Código de Justicia Militar, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2004.

delación, al contemplarse las circunstancias atenuantes de responsabilidad de la cooperación eficaz con la autoridad administrativa, policial o judicial, o sea el suministro de datos por un inculpado que contribuyen a la determinación del cuerpo del delito o de sus autores, cómplices o encubridores, o sirve para impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley, pudiendo en tal caso el Juez reducir la pena hasta en 2 grados.

Se establecen una serie de agravantes: si el delito se comete valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal; si se utiliza violencia o engaño; si se cometen en inmediaciones o en el interior de un establecimiento educacional, centro asistencial o lugar de detención, recinto militar o policial, instituciones deportivas, culturales o sociales, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones publicas; si se suministran drogas a menores o si se promueve o se facilita su consumo por menores; si lo cometen funcionarios públicos aprovechándose de su investidura o funciones; si se promueve o facilita el consumo de personas que estén a su cargo o bajo su cuidado.

El artículo 35 de la Ley 19.366, señala que para determinar si existe reincidencia se deben tener en cuenta las sentencias firmes dictadas en el extranjero, aun cuando la pena no se haya cumplido.

El artículo 40 de la misma ley, establece a su vez, una norma que confirma la tendencia represiva de esta ley, al señalar que no proceden las medidas alternativas de reclusión nocturna y de libertad vigilada respecto de condenados por delitos previstos en esta ley, salvo respecto del cooperador eficaz.

Por último la Ley 19.366 favorece la cooperación internacional, pudiendo proporcionar información sobre operaciones, y estableciendo en su artículo 35 que son susceptibles de extradición, tanto activa como pasiva, aún en ausencia de reciprocidad o de tratados sobre la materia.

D- Ley 20.000

1-Historia de la Ley ⁵⁶ :

La tramitación de la Ley 20.000 se inicia con el Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica del 2 de diciembre de 1999, un poco más de cinco años después de la entrada en vigencia de la Ley 19.366.

⁵⁶

Este apartado se basa en la tramitación de la ley 20.000 que se encuentra disponible en la pagina web de la Biblioteca del Congreso nacional de la Republica de Chile,

http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/asisil/listado/todo_sil.php?url1=http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2439-20

. Incluyéndose intervenciones de diferentes Diputados y Senadores para graficar la opinión de los legisladores respecto al tema de la regulación droga.

Las razones de esta intención de reformar tan tempranamente la legislación nacional sobre drogas, se establece en las motivaciones del proyecto de Ley contenido en mensaje. En este pese a que se hace un positivo balance de la Ley 19.366, al señalar “La ley N° 19.366, constituyó un significativo avance dentro del ordenamiento jurídico penal del país. Los instrumentos que contiene y el esfuerzo de los órganos policiales y judiciales competentes, del Consejo de Defensa del Estado y la asistencia investigativa y judicial internacional, han permitido la identificación, procesamiento y condena de grupos criminales dedicados a la elaboración y tráfico ilícitos de drogas, lavado de dinero y desvío internacional de grandes cantidades de sustancias químicas, como lo han reconocido las autoridades de dichos organismos públicos, de los Tribunales de Justicia y de la H. Cámara de Diputados.”⁵⁷, se establece que “Sin embargo, la propia aplicación de dicha ley ha determinado la necesidad de adecuarla a las actuales exigencias de la realidad nacional.”⁵⁸

Las modificaciones que establece este proyecto se refieren principalmente a los siguientes aspectos.

Establecer penas diferenciadas para el microtráfico, o comercialización de pequeñas cantidades de drogas. Las razón de esta diferenciación de penas es el hecho que, debido a la rigidez de las penas establecidas para el tráfico ilícito de drogas (que no diferencia al gran traficante de la persona que solo vende unos gramos), los jueces, teniendo en consideración el principio de proporcionalidad de la pena, muchas veces preferían sancionar a ciertas personas como consumidoras, por lo desproporcionado que significaba aplicar a ciertos casos una pena que va desde 5 años y 1 día.

Señalando que “Ello ha producido un mayor daño social que el perjuicio individual que se trataba de evitar, en la medida que constituye una grave señal que puede incentivar tales conductas.”⁵⁹

Esta era una de las principales falencias de la ley según la opinión de la Comisión Especial de Drogas de la H. Cámara de Diputados, señalando en su informe de marzo del año 1999, “La totalidad de los representantes de las instituciones escuchadas estuvo de acuerdo en que una de las principales deficiencias que se han detectado en la aplicación de la ley, dice relación con la rigidez de las penas que establece para los traficantes, lo que conlleva a una saturación de las cárceles del país, por la gran cantidad de personas procesadas y condenadas por traficar pequeñas cantidades de drogas, ya que la ley, en estos casos, no faculta a los jueces para aplicar penas alternativas de cumplimiento de condenas.” “Estas razones hacen que los jueces estimen que la ley debiera contemplar un mecanismo para los efectos de ampliar la escala de penas para estos delitos, aun

⁵⁷ “Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica con el que se inicia un Proyecto de Ley que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el trafico ilicito de estupefacientes y sustancias psicotropicas”, Mensaje N° 232-341, Santiago, diciembre 2 de 1999. http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/asisil/listado/todo_sil.php?url1=http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2439-20

⁵⁸ Mensaje..., ob.cit.

⁵⁹ Mensaje..., ob.cit.

cuando se consideren requisitos adicionales." ⁶⁰

Por estas razones se le dan mayores facultades al juez para determinar la duración de la pena corporal, permitiendo rebajar la pena en tres casos: cuando existe inmediata y espontánea confesión de la participación en el delito prestada ante el Ministerio Público, aun cuando tal confesión no importe cooperación eficaz; la escasa potencialidad dañina del hecho y cuando el imputado actúa solo en la perpetración del hecho.

La segunda adecuación del proyecto se refiere a la mejor persecución del delito de lavado de dinero. En post de este objetivo se mejora y simplifica la descripción típica; se adecua el procedimiento investigativo a las normas procesales penales y a la función del Ministerio Público en este; y se crea la Unidad de Análisis de Inteligencia Financiera, cuyas funciones serán recibir, solicitar, verificar y archivar la información sobre operaciones sospechosas, estableciéndose la obligación para las instituciones financieras de informar de estas, todo esto en una etapa de investigación prejudicial, al no consistir su misión en investigar hechos punibles.

En tercer lugar se busca adecuar la ley de drogas al nuevo sistema procesal penal, al encomendar la Ley 19.366 excepcionalmente al Consejo de Defensa del Estado la investigación preliminar de estos delitos, facultad que se entrega a unidades especializadas del Ministerio Público, conforme a su Ley Orgánica.

En cuarto lugar se amplían los sujetos activos de los delitos de consumo indebido de drogas. El proyecto sanciona también como delito el consumo de drogas, en el cumplimiento de sus funciones y el ejercicio de estas bajo los efectos de las drogas por parte de los funcionarios públicos, municipales y judiciales, así como a quienes desempeñan un cargo público de elección o representación popular. También sanciona como delito el desempeño de sus funciones bajo la influencia de las drogas por parte de los maquinistas de embarcaciones o ferrocarriles y a los conductores de vehículos motorizados destinados al transporte de pasajeros y de carga.

En quinto lugar se mejoran los beneficios al cooperador eficaz, garantizándole su protección y el secreto de su identidad, y se crea la figura del agente revelador.

Cabe señalar que debido a la extensión de la discusión parlamentaria sobre esta ley, se decidió abordar por separado las adecuaciones segunda y tercera recién mencionadas, al existir consenso sobre ellas en el Congreso Nacional. Así se crea la Unidad de Análisis de Inteligencia Financiera, la cual se preocupa de detectar operaciones de lavado de dinero proveniente de cualquier actividad delictiva y no solo de las provenientes del tráfico ilícito de drogas. Por su parte la ley 19.806 adecua la ley 19.366 al nuevo sistema procesal penal.

El proyecto ingresa al primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, el 14 de diciembre de 1999, pasando a la Comisión especial de Drogas de dicha Cámara, la cual luego de consultar la opinión de la Corte Suprema, entrega su primer informe el 12 de marzo de 2001, pasando a la Comisión de Hacienda para que conociera de ciertos artículos, dando esta su informe el 22 de marzo del 2001.

⁶⁰ Sesión 48/343 Cámara de Diputados, 03/04/2001, Cuenta Primer Informe de Comisión Especial sobre Drogas.

En la Comisión Especial de Drogas se escuchó la opinión del Fiscal Nacional, Don Guillermo Piedrabuena; de la Jefa del departamento de control de tráfico ilícito de Estupefacientes del Consejo de Defensa del Estado, señora María Teresa Muñoz, y los abogados de dicho departamento; al mayor de Carabineros de Chile, Don Luis Urzua; a representantes del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, Don Mario Palma y la Señora Andrea Muñoz; y una serie de autoridades.

Entre los acuerdos tomados por esta comisión, cabe señalar que modifica el tipo penal del lavado de dinero incorporando el dolo eventual, presumiéndose que se conoce el origen ilícito de los capitales, al considerar que la prueba del delito de lavado de dinero era muy dificultosa; se modifica el tipo penal de desvío de precursores o sustancias químicas esenciales para la producción de drogas, ampliándose a quienes actúan con dolo eventual; se establecen una serie de medidas para mejorar las técnicas de investigación policial, en particular la protección del cooperador eficaz, del informante y del agente encubierto; se establece la incompatibilidad entre ser funcionario público y consumidor de drogas, debiendo los postulantes a la administración pública acompañar un examen de detección de consumo de drogas. Por su parte dentro de la comisión se planteó la posibilidad de castigar como delito el porte de drogas independientemente de si es para consumo o para tráfico; o que cuando el porte sea para consumir sea castigado como consumo no como tráfico.

El proyecto pasa a discusión general el 19 de mayo de 2001, discutiéndose en la sesión 56, 57, 59, y 60 de la legislatura 343 ordinaria de la H. Cámara de Diputados. Señalando el diputado informante de la Comisión Especial de Drogas, el Señor Orpis, que “Según se ha demostrado a través del mundo, para ser eficaces en el combate contra la drogas hay una trilogía inseparable: represión, prevención y rehabilitación. Han fracasado los países que han concentrado la batalla en el ámbito represivo, porque las organizaciones criminales tienen tal poder de corrupción, que son capaces de saltarse cualquier barrera legal con tal de llegar al consumidor final. Además, las policías no decomisan más allá del 18 ó 20 por ciento de la drogas.”, agregando que, “El proyecto no solucionará el problema de las drogas en el país, porque sólo apunta al aspecto represivo y no aborda los ámbitos de la prevención y de la rehabilitación. Así, es importante debatir si debe contener la trilogía, es decir, represión, prevención y rehabilitación o sólo el enfoque tradicional; si se quiere una ley integral o sólo una que aborde el aspecto represivo”⁶¹.

Posteriormente la mayoría de los diputados intervinientes reconocen que este proyecto es puramente represivo y muchos, como la diputada Doña Isabel Allende, señalan su opinión de que se deben incluir campañas educativas, preventivas y rehabilitación, señalando ésta que “me resulta doloroso que sólo tengamos un aspecto represivo y sobre el cual tengo serias dudas. Creo que una sociedad no puede darse el lujo de no prever simultáneamente lo que debe ser una campaña educativa, preventiva y rehabilitadora”, agregando que “creo que existen buenas condiciones para desarrollar campañas preventivas. Si el país tomara más en serio dichas campañas, tendríamos bastante menos que lamentar. Tengo datos en mi poder, entregados por el CONACE y

⁶¹ Sesión 48/343 Cámara de Diputados, 03/04/2001, Cuenta Primer Informe de Comisión Especial sobre Drogas

realizados por la Escuela de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, que revelan, por ejemplo, que, en las comunas de La Pintana y de Puente Alto, el 50 por ciento de los escolares encuestados rechaza abiertamente el consumo de la pasta base. El porcentaje baja a 30 por ciento en cuanto al consumo de marihuana. Allí - repito - hay condiciones para hacer campañas preventivas, y me parece que eso constituye una buena base para que las tomemos en serio y no sólo pretendamos solucionar el problema con la aplicación de penas drásticas que nos pueden llevar a cometer equivocaciones importantes.”⁶²

A su vez el diputado don Andrés Palma propone establecer un nuevo tipo penal, el delito de enriquecimiento ilícito, que se configuraría por la demostración de vínculos entre una persona con narcotraficantes y el hecho de que no pueda justificar sus recursos, su nivel de vida.

Mención particular merece la opinión del diputado Don Alberto Espina sobre el microtráfico, señalando que “Es un mito, es un invento que el microtráfico, en su gran mayoría, consista en que una persona de muy escasos recursos, por razones económicas, decida vender marihuana, pasta base o algo de cocaína. El microtráfico lo promueven y llevan a cabo bandas organizadas que operan masivamente en las villas y poblaciones, muchos de cuyos cabecillas pertenecen o viven en comunas del barrio alto.”⁶³, y en su opinión con el tratamiento diferenciado para el microtraficante se esta dando la espalda a la gente pobre.

Respecto a la sanción al consumidor señala este mismo diputado que, “Nuevamente, teoría en el consumo. ¿Por qué? Cuando se establece que la sanción a quienes sean sorprendidos consumiendo drogas, es la asistencia obligatoria a programas de prevención o tratamientos de rehabilitación hasta por sesenta días, pregunto a los señores diputados: ¿Dónde los hacen? Los jueces no tienen dónde mandar a la gente y las instituciones que hay están absolutamente saturadas... En definitiva, son sanciones irreales... O el consumo se sanciona como falta por sus características o implementamos los mecanismos para rehabilitar al consumidor, pero no establezcamos esta especie de solución ecléctica: sólo sancionamos algunas veces, de repente, para no parecer duros o blandos. Estamos cometiendo un gravísimo error si el que consume queda impune.”⁶⁴

Algunos diputados reconocen el choque del proyecto con las leyes y con la Constitución Política de la Republica, como el diputado Aldo Cornejo, que señala “La creación de un nuevo procedimiento procesal de carácter acusatorio se basa en principios que deben respetarse y resguardarse a cabalidad, cualquiera que sea la naturaleza de los delitos que se investiguen, como el de la presunción de inocencia, por ejemplo, que parece no tener cabida en el proyecto en discusión... Las disposiciones sobre restricción de las comunicaciones difieren de las contempladas en los artículos 218 al 222 del Código de Procedimiento Penal, con los cuales debiera, en mi opinión,

⁶² Sesión 57/343 Cámara de Diputados, 02/05/2001.

⁶³ Sesión 57/343 Cámara de Diputados, 02/05/2001.

⁶⁴ Sesión 57/343 Cámara de Diputados, 02/05/2001.

armonizarse.”⁶⁵

El diputado don Juan Pablo Letelier pone énfasis en el hecho que se tienden “a meter en el mismo saco comportamientos sociales diversos...Nuevamente veo que en esta ley se confunden por momentos el tema del consumo con el del tráfico, lo cual se refleja, entre otras cosas, en que se incluye un conjunto de artículos para abordar la rehabilitación y la prevención, que tienen que ver con el consumo y no con el propósito principal del proyecto, que es el combate del narcotráfico y del lavado de dinero... Cuando se habla de esas drogas, en el proyecto no se determinan cantidades respecto de lo que significa traficar o, como producto de una predisposición, consumir para uso exclusivo y próximo en el tiempo. Al no hacerlo, creamos una situación conflictiva para los jueces, quienes, en un afán de cooperar con lo que quiere la sociedad, van a terminar llenando las cárceles de personas que son sorprendidas con pequeñas cantidades de droga, que son microtraficantes o consumidores, dejando afuera a los narcotraficantes mayores y a los que se dedican al lavado de dinero.”⁶⁶

A su vez señala que “Si bien el consumo de drogas quizás sea reprochable, a algunos nos molesta más el consumo de drogas legales, como el tabaco y, sobre todo, el alcohol, que, sin duda, es el principal problema en Chile, la principal causa de accidentes y de uso de camas en los hospitales. Necesitamos calificar las cosas en forma tal que la sociedad diga qué es lo más importante erradicar. Idealmente, deberíamos tener capacidad de erradicarlo todo, pero hoy no la tenemos, y me preocupa que no podamos precisar cuál es el enemigo de la sociedad: el consumo de pasta base, veneno que corrompe, que daña, que destruye la convivencia social y la de muchas familias.”⁶⁷

El diputado señor Elgueta en su intervención pone énfasis en que, “la lucha del estado de derecho contra la degradación humana y la muerte que el tráfico y el consumo producen, exige -por prevención y defensa social- que este tipo de criminalidad sea combatido con urgencia y hasta con dureza. Pero ello no nos puede llevar a suprimir, a olvidar o a transar los principios y valores formadores y rectores del derecho penal democrático, proclamado en la Constitución Política y en los tratados internacionales obligatorios para nuestro país, conforme al artículo 5° de la Carta Fundamental.

Algunos de estos principios rectores son la proporcionalidad de las penas, el derecho a la defensa, el debido proceso, la presunción de inocencia, la igualdad ante la ley y la protección jurídica; la presencia de un tribunal imparcial, el juicio previo, oral y público, y la descripción legal de las conductas penadas por la ley.

Un breve examen del proyecto nos conduce a la conclusión de que, en verdad, muchas de estas exigencias y principios rectores, constitucionales, legales y de tratados internacionales, no se condicen con su texto.”⁶⁸

⁶⁵ Sesión 57/343 Cámara de Diputados, 02/05/2001.

⁶⁶ Sesión 57/343 Cámara de Diputados, 02/05/2001.

⁶⁷ Sesión 57/343 Cámara de Diputados, 02/05/2001.

⁶⁸ Sesión 59/343 Cámara de Diputados, 03/05/2001.

A lo que responde el diputado señor Orpis que “Tenemos dos maneras de enfrentar la batalla contra las drogas, como lo ha planteado el diputado señor Elgueta; es decir, con una legislación garantista, asimilado todo a lo que es el delito común, o con una visión distinta, como lo están abordando hoy en el mundo entero las organizaciones internacionales y los Estados... El mundo se ha dado cuenta de algo distinto, y por eso apunta a legislaciones excepcionales, a las que me referiré después. El bien jurídico que hoy se está resguardando en el mundo en relación con el tema de la droga es la integridad de la sociedad, no la relación de la víctima con el victimario.

Si aceptamos que ése es el bien jurídico que debemos proteger, la consecuencia lógica es que tenemos que alejarnos de una legislación eminentemente garantista y adoptar una de carácter excepcional, como la que en un tiempo se aplicó en contra del terrorismo. Esa es la batalla que hay que dar hoy contra la droga.”⁶⁹

El diputado señor Juan Bustos manifiesta que, “¿Por qué estamos centrados sólo en una política de drogas y nada hablamos sobre una política de alcoholismo, cuando éste implica mucho mayor abuso en su empleo, efectos más negativos en la salud y hechos graves contra las personas?

En efecto, según las estadísticas, la droga y el alcohol son considerados peligrosos cuando se consumen más de tres veces en la semana. En Chile, 40.100 personas hacen ese uso con marihuana; 9.800, con pasta base y clorhidrato de cocaína, y 1.400.000, con alcohol. En los jóvenes, que son nuestra preocupación principal, 10.000 lo hacen con marihuana; 1.600, con cocaína y pasta base, y 280.000, con alcohol, cada semana... Por otra parte, la mayoría de las muertes y lesiones graves se deben a cuasidelitos en accidentes de tránsito en que han participado personas ebrias o que conducían bajo la influencia del alcohol, o bien, a raíz de riñas de gente bajo los efectos del alcohol.”⁷⁰

Señalando que se tiene una preocupación diversa, por el mismo carácter ilegal de ciertas drogas, que genera potentes asociaciones criminales de esta peligrosidad y daño social e individual, y por que respecto de las drogas hay una fuerte red internacional de persecución, dirigida por la DEA, ambos factores han llevado a una estrategia de guerra internacional y globalizada, hay que combatir al enemigo y todos los que están vinculados a las drogas son enemigos. Por esto, “no se distingue entre los diferentes tipos de droga, aunque algunas tengan un menor efecto sobre la salud de las personas, como la marihuana, y se igualan todas en la represión, con lo cual se induce a consumirlas todas por igual y, lo que es más grave, el traficante también tiende a igualarlas y a que se consuman las que tienen efectos más graves y las más caras... Tampoco hay una distinción entre traficante y consumidor. Ambos son delincuentes, con lo cual no hay una política real -y no puede haberla- de prevención y rehabilitación. Con ello aumenta la desarticulación social, pues se pone a padres contra hijos, a mujeres contra maridos; se desarticula la familia... por ser una estrategia de guerra, se justifica el espionaje y el sabotaje... como es el enemigo interno, hay que eliminarlo, sea narcotraficante o consumidor, y por eso se suprimen todas las garantías, pero, lamentablemente, son

⁶⁹ Sesión 59/343 Cámara de Diputados, 03/05/2001.

⁷⁰ Sesión 59/343 Cámara de Diputados, 03/05/2001.

nuestros hijos, nuestras mujeres, los que son tratados así”⁷¹ .

También destaca que en el proyecto de ley se establecen una serie de presunciones de Derecho claramente contrarios a la Constitución, y que se establecen como crímenes y simples delitos infracciones meramente administrativas. “Nadie duda ni cuestiona que el tráfico de drogas produce graves efectos sociales, económicos e individuales; pero en ningún país, y menos en Estados Unidos, que aparece como el paradigma, la estrategia de la guerra ha dado resultados efectivos; todo lo contrario, pero nosotros estamos insistiendo desde hace veinte años, desde la época de la dictadura, en más de lo mismo, sin resultados efectivos, quizás, porque el hombre es el único animal que tropieza dos veces con la misma piedra.

Es necesaria una política de drogas y no una estrategia de guerra, es decir, una visión integral del problema en que lo represivo es un aspecto, pero les aseguro que no el más efectivo, como son la prevención, la rehabilitación y, sobre todo, las medidas sociales y de carácter económico-financiero, como la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera que propone el proyecto.”⁷²

En la sesión del 8 de mayo de 2001 se aprueba en general el proyecto por la Cámara de Diputados, con una serie de indicaciones: En el artículo 1° los diputados señores Palma, Villouta, Ortiz, Rincón y Valenzuela proponen reemplazar el inciso 2° para que, se permita rebajar la pena hasta en dos grados en caso de tratarse de drogas que no produzcan los efectos del inciso 1°; en el artículo 2° se propone establecer que el delito de destinar sustancias químicas o precursores se establezca expresamente la sanción del dolo eventual; se propuso la agregación del delito de enriquecimiento ilícito; se propone establecer que se sancionaran los delitos de esta ley como consumados desde que haya principio de ejecución. El diputado Elgueta propuso que si los delitos del artículo 1°, 3° y 4° se cometen por personas que carecen de medios de subsistencia, y a la vez los hechos sean de escaso monto o sin mayor gravedad la pena pueda rebajarse en un grado; a su vez propone que las declaraciones de los cooperadores eficaces sean tachables y apreciadas conforme a la sana crítica y que la falsedad de estos sea penada como falso testimonio, igual sanción para agentes que falsearan información o inculpen a inocentes. El diputado Letelier propuso eliminar el título III “De las Faltas”.

El proyecto pasa por segunda vez a la Comisión Especial de Drogas, para discutir estas indicaciones y a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y a la Comisión de Hacienda, entregando esta última su informe el 9 de octubre de 2001.

En la Comisión Especial de Drogas se propuso establecer en el artículo 1° inciso 3°, una enumeración ejemplificadora de sustancias que causaran graves daños a la salud señalando a la cannabis, la cocaína, la heroína, el LSD, el éxtasis y el neoprén. El ejecutivo propuso suprimirlo por que el reglamento determina cuales son las que provocan graves daños, y por que además se mencionan en la enumeración al genero cannabis, a pesar de que no produce ese tipo de efectos. Esta última posición tomó la comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

⁷¹ Sesión 59/343 Cámara de Diputados, 03/05/2001.

⁷² Sesión 59/343 Cámara de Diputados, 03/05/2001.

Por otra parte la Comisión de Drogas propuso sancionar el delito de porte de drogas independientemente de que sea para traficar o para consumir y consagrar el dolo eventual en el desvío de precursores químicos.

La diputada doña Laura Soto señala respecto al proyecto de la Comisión de Drogas, que el contenido de alguna de sus normas es un retroceso en la defensa y promoción de los Derechos de las personas, en particular la que penaliza la tenencia para el consumo próximo de drogas, y la que establece la incompatibilidad entre el consumo de drogas y el desempeño de determinadas funciones públicas, proponiendo apoyar la propuesta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de flexibilizar la norma despenalizando el porte o posesión para el consumo inmediato y próximo en el tiempo, “el consumo de drogas en sí mismo no puede ser entendido como un delito, sino que como un fenómeno de carácter médico y social. Es decir, la tenencia y porte de pequeñas dosis de droga cuando se establezca que no son para traficar, deben ser consideradas conductas atípicas. De lo contrario, se corre el riesgo de que todos los consumidores sean penalizados, con las consecuencias sociales de tal decisión. Por un lado, se impide el proceso de reeducación y resocialización de los consumidores, transformándolos en simples delincuentes y, por otro, se genera una mayor presión sobre el sistema penitenciario nacional, que en los últimos años ha visto aumentada de manera exponencial su demanda de servicio... No podemos arriesgar nuestra libertad ni nuestra adhesión permanente a los valores del derecho y al respeto de las garantías de las personas, por una visión ideologizada de la lucha contra el narcotráfico. En caso de tomar decisiones erradas, no sólo arriesgamos el rechazo ciudadano, sino que también -lo que es más importante-, sin quererlo, podemos causar un grave daño a la convivencia nacional.”⁷³

El diputado señor Juan Bustos, respaldando lo anterior concluye que “En resumen, nos encontramos ante una iniciativa elaborada en forma apresurada, que es de naturaleza represiva, que no integra los aspectos de prevención y de rehabilitación y, lo que es peor, que contradice los más elementales principios de un Estado de derecho.”⁷⁴

Por su parte, el diputado señor Orpis, responde a estas afirmaciones señalando que “El consumo y el tráfico de drogas se encuentran absolutamente desbordados. Además, en la práctica han fracasado dos o tres leyes dictadas sobre la materia. Los informes oficiales, lejos de señalar que disminuyen el consumo y el tráfico de drogas, indican que aumentan cada día. Finalmente, se ha comprobado que determinados sectores son verdaderos getos en los que no rigen las leyes chilenas, sino las que impone el narcotráfico... En mi opinión, esta visión garantista es la que nos lleva a continuar fracasando en la materia, porque el bien jurídico que debe protegerse en relación con la droga es la integridad de la sociedad.”⁷⁵

Señalando a la vez respecto a la consideración como delito del porte de drogas, que

⁷³ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

⁷⁴ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

⁷⁵ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

“Sólo se habla del porte de droga, y en esas circunstancias es muy difícil establecer la línea divisoria entre lo que es tráfico y consumo. Ante ello, prefiero ser categórico: que se castigue como delito. Sólo incurre en delito quien la porta. Si el consumidor es detectado con droga, se le aplica el artículo 4°.”⁷⁶

Opinión particular es la del diputado señor Mora, que señala “no comparto lo señalado por la diputada señora Fanny Pollarolo, en cuanto a que la prevención y la educación son el camino para frenar el consumo y el tráfico de drogas. ¡No! El medio correcto es la acción policial. La prevención y la educación son complementos, así como también la ayuda médica que el Estado proporcione a los adictos. No podemos combatir este flagelo sólo con la prevención y la educación: debemos recurrir directamente a la represión de una de las plagas más nefastas que pueden penetrar en una sociedad. Es así como en el norte de nuestro país, Arica, Iquique, Antofagasta, Tocopilla y Calama, el 90 por ciento de las cárceles están ocupadas por gente involucrada en el narcotráfico.”⁷⁷

Una opinión represiva, pero bastante acertada en su visión de la realidad, es la de la diputada doña Pía Guzmán, “soy escéptica respecto de la batalla contra la droga, y que cada vez tengo más dudas respecto a la efectividad de la represión en contra de este flagelo. Sin embargo, es obvio que no podemos quedarnos sin hacer nada.

Está claro que hay diferentes luchas: contra el consumo, contra el microtráfico, contra el tráfico propiamente tal y contra el lavado de dinero, siendo esta última la más importante. Es decir, la gran tarea del Estado es combatir el lavado de dinero, y la de la sociedad luchar contra el microtráfico... Por lo tanto, creo que una regulación excesivamente represiva, al final, resulta inaplicable. Ésta es la segunda externalidad negativa: la no aplicación de la ley produce un efecto contrario, ya que las personas no creen en la ley y saben que continuará la impunidad. En consecuencia, el deterioro de las normas jurídicas es cada vez mayor. Podemos modificar una y otra vez la ley, pero las personas no creerán en lo que estamos haciendo.”⁷⁸; por esto señala que esta es en contra de considerar delito al porte de drogas, por que no se aplicaría por factores de infraestructura, al establecerse una pena que va de 61 a 540 días.

El diputado Palma señala, “Creo que, por el camino que vamos, tenemos perdida la guerra. Ni Estados Unidos, ni Colombia, ni nosotros ganaremos la guerra al narcotráfico si no entendemos bien el problema... Hace exactamente cuatro años, muchos candidatos al Congreso usaron como lema de su campaña que iban a barrer con la droga. En mi distrito, hubo candidatos a senadores y a diputados que prometieron barrer con la droga, uno de los cuales ha reconocido aquí que no tuvo éxito, porque no ha sido acertada la línea de trabajo que hemos seguido como país. Y no se ha tenido éxito porque se superponen distintos enfoques que impiden lograr un acuerdo sobre el verdadero problema y aplicar soluciones coherentes. No es lo mismo hablar de drogas, de consumo de drogas, de adicción a las drogas, de tráfico, de microtráfico o de lavado de dinero.

⁷⁶ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

⁷⁷ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

⁷⁸ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

Cada uno de estos problemas requiere soluciones diferentes... Entiendo que el diputado señor Orpis diga que penar el consumo encarece la oferta, porque tiene formación de abogado; pero cualquier economista le puede demostrar lo contrario y que, probablemente, como ocurre hoy en nuestra sociedad, la persecución del consumo incrementa la oferta, porque aumenta el precio final de la transacción. Es lo que ocurre en Estados Unidos y lo que motivó a Milton Friedman, Premio Nóbel de Economía, y a Gary Becker - quien publicó un artículo hace tres semanas en el diario "El Mercurio"- a afirmar que la solución del problema del tráfico de drogas pasa por su legalización... pero, a pesar de que nuestro país lo requiere, es difícil que ello ocurra por los temas emotivos que involucra. Es fundamental un debate en tal sentido porque, de lo contrario, seguiremos entregando soluciones que se contradicen y neutralizan, sin abordar el tema de fondo.”⁷⁹

El diputado García Huidobro, señala que si no se sanciona el porte de droga “seguirá ocurriendo lo que hoy pasa en los tribunales, es decir, quienes en la actualidad portan y venden la droga en las poblaciones continuarán saliendo libres porque son considerados consumidores.”⁸⁰, y anuncia que la Unión Demócrata Independiente votara a favor del artículo 4º, que propuso la Comisión especial de Drogas, que sanciona el porte.

El diputado señor Ávila señala, “precisamente son los represores que aquí se aprestan a penalizar el consumo individual los que le hacen el juego a las mafias criminales que controlan el negocio. Estas últimas no existirían sin los primeros... la sociedad se pone en riesgo no por el consumo individual, sino por la guerra que producen entre sí las mafias para controlar el negocio.”⁸¹

El 22 de Enero de 2002 se vota la ley en la Cámara de Diputados, aprobándose en definitiva, pasando el proyecto al segundo trámite constitucional, de la Cámara Revisora, el Honorable Senado, pasando a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de este, la cual el 2 de diciembre de 2003 entrega su primer informe, comenzando su discusión en el Senado el 3 de diciembre de 2003.

Al ser discutido en el Senado, el proyecto original ya se había dividido. Así se dicta la Ley N° 19.806, el 31 de mayo de 2002, que ajusta la ley 19.366 al nuevo sistema procesal penal; por su parte, el 18 diciembre de 2003 se dicta la Ley N° 19.913, que regula el delito de lavado de dinero y crea la Unidad de Análisis Financiero, tratándolos respecto a las ganancias obtenidas de cualquier delito y no solo respecto de las obtenidas del tráfico de drogas. Por lo cual, el debate se concentra en el objetivo de perfeccionar algunos aspectos de la ley de drogas, que no tienen una regulación apropiada, de acuerdo con lo que demuestra la aplicación práctica de ese cuerpo legal.

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento⁸²,

⁷⁹ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

⁸⁰ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

⁸¹ Sesión 7/345 Cámara de Diputados, 16/10/2001.

⁸² Emitido el 02/12/2003.

perfecciona la regulación del microtráfico para diferenciar con claridad tanto del tráfico, como del consumo. Así de los verbos rectores del tráfico, solo algunos pueden configurar el microtráfico (poseer, transportar, guardar o portar consigo droga); se precisa que debe tratarse de pequeñas cantidades de droga o materias primas, no pudiendo considerarse que este destinada al consumo personal, cuando no se puede llegar a esta conclusión por su calidad; se aumenta la pena aplicable, estableciéndose que esta comienza del presidio menor en su grado medio y no en la de presidio menor en su grado mínimo, no estableciéndose una atenuante facultativa en caso de no tratarse de sustancias que provocan graves daños a la salud.

Por otra parte, se incorpora la circunstancia agravante, de que el imputado haya formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin que estas lleguen a constituir el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, esto por la dificultad de probar este delito, al deber probarse todos los elementos de la asociación ilícita⁸³. Estableciéndose, a la vez, que si concurren dos o más circunstancias agravantes del artículo 19, la pena puede ser aumentada en dos grados.

Estas proposiciones de la Comisión, en definitiva, se graficaron en la Ley 20.000.

En el Senado se discutió, en general, sobre la eventual tipificación del consumo de drogas como delito; sobre la eventual introducción de una sanción al consumo, consistente en una inhabilitación especial para postular a ciertos beneficios otorgados por el Estado (como el crédito universitario y el subsidio habitacional), respecto de reincidencias reiteradas; determinando los efectos del sistema de control del consumo a que se refiere el Código de Justicia Militar.

El Senador señor Orpis cataloga la droga como “verdadera epidemia de nuestro tiempo”, y señala que “el flagelo continuara aumentando en mayor progresividad...Se asume cuando 43 por ciento de los escolares se demora menos de un día en conseguir marihuana en el propio colegio, en discotecas, en fiestas o en los alrededores de sus mismas casas. Se asume cuando la droga se instaló desde Arica a Punta Arenas en sólo una década. Se asume cuando ya existen delicadas señales de corrupción, en general, en los distintos Poderes Públicos.”⁸⁴

El senador señor Moreno, señala respecto a las entregas vigiladas, que “se pretende habilitar un mecanismo ilegal sobre la base de la autorización previa del Ministerio Público o de determinado Juez, para que dicho mecanismo permita descubrir a las personas que están obteniendo lucro y beneficios con el tráfico.”⁸⁵

Respecto al consumo de drogas el senador señor Viera-Gallo señala que “la sanción ha sido ineficaz” en otros países y que el siquiatra don Armando Roa señala en la comisión que las “motivaciones que llevan a consumir drogas son tan complejas,

⁸³ Estos elementos según la doctrina serían: grupo con organización y jerarquía; división de funciones; permanencia en el tiempo; objeto determinado.

⁸⁴ Sesión extraordinaria 17/350 Senado, 09/12/03.

⁸⁵ Sesión extraordinaria 17/350 Senado, 09/12/03.

profundas, variadas y asentadas en raíces tan intrínsecas y misteriosas de la vida que ninguna sanción es suficiente para desincentivar a quien tiene la tendencia o la predisposición a esa práctica o, simplemente frente a un momento de ofuscación, de desesperación, de depresión, de ver que la vida no tiene horizontes cae en el círculo vicioso de la droga... es importante que el legislador reconozca sus límites, porque, si bien puede ser eficaz en la persecución del narcotráfico, frente al consumo la ley es impotente, porque no puede entrar en las raíces de la dimensión humana”.⁸⁶

El senador señor Prokurica, señala al respecto que “todo el mundo sabe que en la actualidad el consumo no es objeto de sanción legal, sin embargo si lo son sus efectos, porque mientras haya consumidores, seguirán actuando los narcotraficantes, pienso que en tanto mantengamos esa ambigua posición frente al tema, no terminaremos, con el narcotráfico.”, proponiendo a su vez “que a la persona que sea sorprendida por tercera vez consumiendo drogas se le sancione, estableciendo con claridad que la autoridad procederá a limitar ciertos beneficios estatales, e incluso también podría aplicarse la pena actualmente vigente para los casos de alcoholismo.”⁸⁷

El senador señor Ávila señala que “estamos en presencia de la típica legislación alejada de la realidad, que comienza en el sentido inverso al de la solución de los problemas. No estoy de acuerdo con el enfoque unidimensional de esta situación. A lo menos son 3 los elementos que se conjugan al respecto: individuo, sustancia y contexto social. Todo ello en un momento determinado y en unas condiciones favorables desata el proceso adictivo... les garantizo que no habrá lugar posible en donde contener a todas las personas que sufran penalizaciones... este tipo de legislaciones es el regalo que el comercio de las drogas esta esperando en todas las sociedades en donde actúan. Mientras más dificultades tenga la demanda, que se mantiene estable - en el mejor de los casos, aunque en la realidad esta sigue creciendo sistemáticamente -, la oferta llegará por alguna vía. Lo que por supuesto se logra es encarecer el producto y hacer cada vez más ricas a las sociedades delictivas que conforma la peor lacra de los tiempos modernos.” Agregado que “la única posibilidad que queda, aunque aun no explotada es la de confiar definitivamente en la responsabilidad personal. Mientras gastemos ingentes sumas de dinero, entregando el estado la tarea de vigilar que es lo que se mete por la boca cada ciudadano, estamos absolutamente perdidos”.⁸⁸

El senador señor Gazmuri señala “estoy en desacuerdo con cualquier tentación por penalizar el consumo, por ineficaz, imposible, incluso por el alto costo de prevención”.⁸⁹

La senadora señora Matthei señala “frente al consumo, solo cabe la prevención. no puede hacerse otra cosa”, señalando respecto de la legalización de las drogas que “la problemática estriba en que sería un desatino que un país legalizara en forma individual y

⁸⁶ Sesión extraordinaria 17/350 Senado, 09/12/03.

⁸⁷ Sesión extraordinaria 17/350 Senado, 09/12/03

⁸⁸ Sesión extraordinaria 17/350 Senado, 09/12/03.

⁸⁹ Sesión extraordinaria 17/350 Senado, 09/12/03.

aislada la venta de drogas, porque lo único que conseguiría, en ese caso, es atraer a su propio territorio a las mafias extranjeras, que podrían operar desde ahí sin problemas, y también a los adictos con todas las dificultades que ello genera”.⁹⁰

El senador señor Martínez señala “la droga, los ilícitos relacionados con ella, el tráfico de precursores y toda la escalada de corrupción que trae en torno a ella ya es, guste o no un asunto de seguridad nacional, porque debilita el aparato del Estado en todas sus líneas”.⁹¹

El proyecto es aprobado en general el día 9 de diciembre del 2003, por 37 votos a favor y una abstención del senador Ávila, pasando a un Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento⁹², luego a la Comisión de Hacienda⁹³ y luego vuelve a la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento⁹⁴.

El proyecto pasa a discusión particular el 11 de agosto del 2004, con urgencia calificada de simple.

Los informes de las comisiones buscan facilitar las técnicas de investigación intrusivas. Se señala que las entregas vigiladas se pueden realizar tanto respecto de envíos ilícitos o sospechosos de drogas como de sustancias por las que estas se hayan sustituido total o parcialmente. Se amplía la posibilidad de aplicar la interceptación telefónica a todos los delitos de esta ley, alejándose del Código Procesal Penal que solo las hace aplicables respecto de delitos sancionados con penas de crímenes. Se permite decretar el secreto de la investigación por un plazo máximo de 120 días, renovables con autorización del Juez de garantía. Se permite ampliar el plazo de detención hasta por 5 días y se admite la producción de prueba en el extranjero.

En la discusión particular se discute respecto a la sanción, o no, como delito el consumo de drogas por funcionarios policiales y militares fuera de sus funciones, argumentándose que deberían ser sancionados al ser estos funcionarios los que deben lograr que el objeto ilícito no se propague por la sociedad. En definitiva se vota que no se considera el consumo fuera de sus funciones.

Se acordó la incompatibilidad entre ser funcionario público y abogado de un narcotraficante.

Se aprueba el proyecto de la Cámara de Diputados, con una serie de modificaciones, el día 17 de agosto de 2004, por lo cual vuelve a la cámara de origen (Cámara de Diputados) en tercer trámite constitucional, pasando a la comisión especial sobre drogas que revisa dichas modificaciones, entregando su informe el 15 de septiembre de 2004.

⁹⁰ Sesión extraordinaria 17/350 Senado, 09/12/03.

⁹¹ Sesión extraordinaria 17/350 Senado, 09/12/03.

⁹² Emitido el 11/05/2004.

⁹³ Que emite su informe el 07/07/2004.

⁹⁴ Que emite su informe complementario el 03/08/2004.

En este informe la comisión especial de drogas, por unanimidad, propone aprobar las enmiendas introducidas por el H. Senado, salvo las siguientes controversias.

Respecto al artículo 4°, que trata el “microtráfico”, hay controversia porque el Senado introduce 2 modificaciones, agrega a la descripción de la conducta típica el hecho de tener o portar consigo la droga y aumenta la pena asignada al delito, pasando su mínimo de 61 días a 541 días, eliminándose la posibilidad de sustituirla por trabajos comunitarios. Por otra parte algunos diputados estimaron, que el inciso 1° invierte el peso de la prueba, al exigir que el imputado justifique que la droga que se encuentra en su poder esta destinada a un tratamiento médico o a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. La comisión en definitiva por mayoría recomienda la aprobación de las modificaciones propuestas por el Senado.

El nuevo artículo 14, que sanciona el consumo a todo evento por el personal militar, incluido los conscriptos, se acuerda en la comisión que sea rechazado por esta misma inclusión.

Respecto al nuevo artículo 3, que amplía el plazo de detención a 5 días, la comisión recomienda rechazarlo.

Respecto a las entregas vigiladas la cámara de Diputados propone que las debe autorizar el juez de garantía, el Senado propuso que las autorizara el Ministerio Público, la comisión propone rechazar esta modificación.

El artículo 54 del Senado señala que si el imputado fuese funcionario publico, el Juez de Garantía enviara al organismo respectivo copia de la sentencia ejecutoriada que lo condena por algún delito o falta de esta ley, o de la suspensión condicional del procedimiento, para que se apliquen las disposiciones estatutarias, la comisión propone aprobar estas enmiendas.

Las enmiendas del Senado son discutidas el 5 de octubre de 2004, por la Cámara de Diputados. Alguna de las opiniones vertidas en esta discusión se grafican en los siguientes párrafos.

El diputado señor García-Huidobro señala que “con el proyecto, el microtráfico comienza a ser tipificado como delito y se le asigna una pena privativa de libertad. ¿Pero el gobierno o alguno sabe cual es el perfil del microtraficante?... ese elemento mínimo para abordar seriamente este tema no esta presente en el informe de la comisión, nadie se pregunto a quienes se pretende encancelar. Ello es fundamental, pues pueden terminar presas mujeres solas, pobres y madres de muchos niños. Con ello, estamos contribuyendo a perpetuar el círculo de la miseria y de la desintegración familiar, y, a partir de ello, el riesgo social de los niños... sería muy importante discutir, por ejemplo, si la cárcel es la única respuesta posible a esta clase de delitos. En el mundo, Chile tiene per cápita después de Estados Unidos, la mayor cantidad de presos.”⁹⁵

La diputada señora María Angélica Cristi señala que “también me preocupa la distinción que se hace respecto de las drogas – cuestión bastante difícil – porque una persona que vende marihuana no es distinta que otra que vende pasta base o cocaína,

⁹⁵ Sesión Extraordinaria 1/352 Cámara de Diputados, del 05/10/2004.

por el daño que ello produce y la gravedad de sus consecuencias”.⁹⁶

La diputada señora María Antonieta Saa señala que “debemos entregar una respuesta estructural educativa, que considere el desarrollo de los aspectos intelectual y cognitivo y, además, el emocional y el afectivo, que son fundamentales, pues una persona equilibrada afectivamente no solo no consumirá drogas ni delinquirá, sino que respetara a los demás.”⁹⁷

El diputado señor Juan Bustos señala “en reiteradas ocasiones se ha modificado la ley de drogas, sobre la base de que lo importante es aumentar los delitos y sus penas. Pues bien, esta tendencia se refuerza con las modificaciones del senado puesto que, no obstante que el proyecto aprobado por la Cámara en el primer trámite constitucional ampliaba las penas, el Senado las sube aún más, eliminando determinados beneficios generales, como si este fuera la solución para un problema social tan profundo. No debemos olvidar que en materia de drogas, los problemas básicos dicen relación con la inserción social, con la habilitación de capacidades de los sujetos y con la disminución del daño producido por las drogas... en definitiva, se trata de un problema muy profundo cuya solución requiere mucho más que un aumento de penas, como se pretende con este proyecto.”⁹⁸

A su vez respecto a sus penas de multas introducidas por el senado a los delitos del artículo 1°, 2° y 3° señala que “mantienen el sistema de multas, no obstante que sabemos que, como sistema accesorio crea una serie de problemas, en primer lugar porque mucha gente no puede pagarlas. De acuerdo a la convención de San José de Costa Rica, no hay prisión por deudas, y los tribunales deberán resolver que no corresponde aplicar penas privativas de libertad en sustitución de la multa”⁹⁹.

El diputado señor Accorsi señala que “si no somos capaces de aplicarle una sanción a quienes la utilizan, además de las medidas de rehabilitación y de participación en actividades que vayan en beneficio de la comunidad, no tendrán razón de ser varios artículos del proyecto... se debe procurar la modificación de las multas, en el sentido que significa una sanción ejemplar. Incluso, si no son pagadas soy partidario de que las personas sean remitidas a la cárcel. Esa sería la única manera de legislar en beneficio de los jóvenes.”¹⁰⁰

La diputada señora Laura Soto señala que “esta mal que el peso de la prueba se deje a los imputados, porque la prueba negativa es muy difícil... no vaya a ocurrir que al condenar en esta forma finalmente se castigue a los consumidores... nos parece inaceptable poner a un agente revelador que simule ser comprador de drogas, puesto

⁹⁶ Sesión Extraordinaria 1/352 Cámara de Diputados, del 05/10/2004.

⁹⁷ Sesión Extraordinaria 1/352 Cámara de Diputados, del 05/10/2004.

⁹⁸ Sesión Extraordinaria 1/352 Cámara de Diputados, del 05/10/2004.

⁹⁹ Sesión Extraordinaria 1/352 Cámara de Diputados, del 05/10/2004.

¹⁰⁰ Sesión Extraordinaria 1/352 Cámara de Diputados, del 05/10/2004.

que así se provoca la comisión del delito. A mi juicio, la medida es inmoral, no puede aceptarse en un estado de derecho y deberá revisarla la comisión mixta.”¹⁰¹

La Cámara de Diputados rechaza las modificaciones al artículo 1°, 2° 4°, 14° 23, 39, 40, 43, 53, 54 y 62, pasando estos a la comisión mixta, tercer trámite constitucional.

La comisión mixta da su informe el 2 de noviembre de 2004.

En este informe respecto a las enmiendas al artículo 1°, de que solo se pueda rebajar la pena en un grado cuando se trate de drogas que no provoca graves daños, y respecto a la imposición de una multa como pena accesoria, la comisión mixta opta por acoger la enmienda del senado.

Respecto al artículo 2°, la Cámara de Diputados había rechazado la modificación del Senado, por incluir la pena de multa como accesoria, eliminándose esta objeción al señalarse que solo pueden cuestionarse estas para el caso del microtráfico, por tanto se aprueba el texto dado por el senado.

Respecto al artículo 4° se suscita mayor controversia, en cuanto a la inclusión de la pena accesoria de multa y respecto a la subida de la pena mínima aplicable. Se señaló que el suprimir el grado mínimo podría ser considerado por los tribunales como una pena excesiva, inclinándose a juzgar al imputado como consumidor.

El diputado señor Bustos señaló además que se debe seguir la lógica del artículo 1°, en orden a distinguir entre las distintas drogas según sus efectos tóxicos o el daño a la salud. Respecto a la pena de multa es partidario de suprimirla, ya que generalmente se aplicara a personas pobres que no la pueden pagar; discrepando también de la redacción del senado a la excepción de consumo del inciso primero, porque invierte la carga de la prueba.

El diputado Bayo argumentó que en el mundo esta suprimida la distinción entre drogas duras y blandas, porque el consumo es una escalada siempre progresiva, que comienza con las drogas llamadas blandas y luego deriva a las duras.

El senador señor Espina señaló que el disminuir la pena mínima a 61 días es inaceptable, porque si se acreditan 2 atenuantes en el hecho no se aplicara sanción alguna. Por otra parte, sostuvo que la revisión de la permanencia de las multas dentro del sistema penal debería plantearse en un proyecto de carácter general, donde pueda estudiarse a fondo el tema y la posibilidad de sustituirla por otras medidas; y que como, en general la posesión, transporte, guarda o porte de drogas es ilícita, es lógico que quien debe probar la excepción debe ser quien la alega.

En definitiva la comisión mixta decidió aprobar el texto del senado, salvo 3 materias que acordó votar por separado: el tramo inferior de la pena aplicable; la pena de multa; y la redacción de la excepción. Finalmente se aprobaron las 3 propuestas del senado.

Respecto del artículo 14 propuesto por el senado, que sanciona al personal de las Fuerzas Armadas, Carabineros, Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile y al personal aeronáutico, por el consumo de drogas en cualquier circunstancia, rechazado por la Cámara de Diputados para estudiar el caso de los conscriptos, la Comisión resolvió

¹⁰¹ Sesión Extraordinaria 1/352 Cámara de Diputados, del 05/10/2004.

sancionar a los conscriptos solo cuando consuman o porten drogas en recintos militares y en actos de servicio.

Respecto al artículo 23° del Senado, que regula las entregas vigiladas, la comisión mixta, acordó que se incorporara un nuevo inciso 3°, el cual precisa que el Servicio de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público en estas operaciones.

Respecto al artículo 39 del Senado, la comisión aprueba que el plazo de detención del imputado pueda ser ampliado a 5 días.

Las materias discutidas sobre el artículo 40 y 43 se refieren a aspectos administrativos por lo cual no se abordarán.

Respecto al artículo 54 del Senado, que señala que el Juez debe enviar al organismo público, copia de las sentencias condenatorias por delitos o faltas de esta ley, en caso de ser el condenado funcionario público, se aprueba lo señalado por el Senado.

Respecto al artículo 62 del Senado, que establece que las medidas alternativas de la Ley 18.216 no se aplicaran a las personas que hayan sido condenadas con anterioridad por algún delito de esta ley o de la ley 19.366, sea que se hayan cumplido o no efectivamente estas, se acordó que estas solo se excluyen en caso de que las condenas anteriores sean por crímenes o simple delitos, no en el caso de faltas.

El informe de la comisión mixta es visto en la Cámara de Diputados el 9 de septiembre de 2002.

En esta discusión se hace hincapié en la multa establecida para el microtraficante, señalándose que al no tener este dinero, puede que sea pagada por quien tenga la intención de mantenerlo en el círculo de microtráfico, lo cual va contra los objetivos del proyecto.

El diputado señor Bustos reiteró sus objeciones al artículo 4°: el que no distinga la pena aplicable según la toxicidad de la sustancia, el que se establezca la pena de multa, el que se cambie el peso de la prueba, esto último porque en razón de este artículo muchos consumidores quedarán afectados a una pena privativa de libertad, al serles difícil probar que la droga es para su uso o consumo personal. Concluyendo que “estoy totalmente en contra del artículo 4° por todas las deficiencias que presenta y, al igual que el diputado Riveros, pido que sea objeto del veto del presidente de la República”¹⁰².

Finalmente muchos diputados, pese a estar en contra de las proposiciones de la comisión mixta, las aprueban, porque rechazarlas sería quedarse sin nueva ley.

Ejemplificador a este respecto, es lo señalado por la diputada doña Laura Soto: “Si bien aprobaremos íntegramente la proposición de la comisión mixta porque es necesaria una ley sobre la materia, queremos pedir que el ejecutivo se haga cargo de estos planteamientos”.¹⁰³

¹⁰² Sesión Extraordinaria 15/352 Cámara de Diputados, 9/11/2004.

¹⁰³ Sesión Extraordinaria 15/352 Cámara de Diputados, 9/11/2004.

El proyecto es aprobado con 87 votos a favor, ninguno en contra ni abstenciones, pasando a la Cámara Revisora, el Honorable Senado.

El informe de la comisión mixta se discute en el senado el 17 de noviembre de 2004. En esta sesión la discusión se centra en las multas a los microtraficantes, de 10 a 40 UTM. Contaminándose esta discusión, por el hecho de la acusación constitucional formulada contra el ministro de justicia, señor Luis Bates, por conmutar la pena de multa por la de 6 meses de libertad vigilada a un grupo de personas condenadas por la ley 19.366, señalándose en la prensa que el gobierno estaba indultando a narcotraficantes.

Por otra parte al igual que en la Cámara de diputados se insiste en que es necesario aprobar el proyecto, al ser mejor que quedarse sin nueva ley.

Grafica esta discusión la opinión del senador Gazmuri al fundamentar su voto: “He dudado mucho en cuanto a votar a favor del proyecto. Porque lo positivo de este puede convertirse en algo totalmente negativo a raíz de la multa. Esta no hace otra cosa que fortalecer el vinculo entre el microtraficante pobre y socialmente precario y la red. Esto me parece de evidencia casi abrumadora. Y aquí no he escuchado argumentos criminológicos consistentes en contrario.”¹⁰⁴

Capitulo aparte lo representa la discusión suscitada entre el senador señor Ávila y el senador señor Espina. El primero de estos alude al segundo en su discurso señalando que: “Resulta francamente deplorable constatar como los sectores mas conservadores de la sociedad chilena han arrastrado al gobierno y a todo el congreso nacional a un camino suicida: el de la escalada represiva en relación con las drogas. Castigan y penalizan hasta al infinito al drogadicto pobre, el microtraficante, pero exonera por completo a la sociedad en general... a sus señorías no les inquieta en absoluto el hecho de que Chile figure entre las 10 naciones de mundo con la peor distribución de la riqueza... no reparan en la madre de todas las violencias; que es precisamente la que acabo de señalar: la irritante e inmoral distribución de la riqueza existente en el país. Dentro de poco no habrá lugar donde contener a todos los presos por tráfico, microtráfico y delincuencia. Y la razón es muy sencilla: sus señorías no hacen nada por solucionar los problemas de fondo de la sociedad, que son precisamente los que generan todas las lacras respecto de las cuales legislan en forma superficial y muchas veces con un afán demagógico y electoralista”. Concluyendo que “se que voy a emitir el único voto en contra. Pero me honro en hacerlo, como gesto de repudio a una forma de legislar que se mantiene en los efectos, sin atender a las causas de los problemas más importantes que sufre el país.”¹⁰⁵

El senador señor Espina señala en respuesta que , “el senador señor Ávila procede tal como hacen las personas que con distintos argumentos, siempre protegen al narcotráfico. Su señoría comenzó tiempo atrás sosteniendo que era partidario de no sancionar la plantación de marihuana cuando se destinará al consumo individual. Presentó un proyecto de ley. Ahora da el paso siguiente, porque la normativa en análisis no se refiere al consumidor sino al traficante de drogas. Lo que le incomoda es que se sanciona al microtraficante. Y estoy seguro de que si eliminamos la penas relativas a

¹⁰⁴ Sesión Extraordinaria 14/352 Senado, 17/11/2004.

¹⁰⁵ Sesión Extraordinaria 14/352 Senado, 17/11/2004.

estos, el procuraría lograr algo similar respecto de gran traficante. Porque esa es la escalada de quienes actúan de esa manera finalmente logran imponer. No tengo duda alguna de que las etapas siguientes serán el microtráfico, el macrotráfico y toda operación vinculada con la droga. Y, como el sistema consiste en descalificar a las personas que intentamos evitar que a los niños se les venda drogas, entonces se pasa a la siguiente fase, que es el argumento de la desigualdad social.”¹⁰⁶

Respondiendo el senador Ávila al fundamentar su voto señala que “no es que yo este por la protección del microtráfico, como se señalo torcidamente. A lo que apunto es a que la forma de afrontar los problemas sociales esta profundamente equivocada. La respuesta que se da a una cuestión cuyo trasfondo debiera concitar toda nuestra atención es meramente represiva. No se necesita ser adivino para anticipar que el microtráfico seguirá adelante, incrementándose en la medida en que el sistema social tiende cada vez más, como lo hace, a limitar las posibilidades de inserción de la gente que recibe un salario para poder vivir. En un cuerpo social de esa índole, la salida que muchos ven la buscan en la droga... mientras continuemos en esa lógica - es decir, eludiendo los temas de fondo -, por supuesto que nunca lograremos la paz social que todos anhelamos, porque mientras no este basada en la justicia no sacaremos absolutamente nada con incrementar el aparato represivo y coercitivo del estado, pasando a ser un gasto completamente inútil. Prefiero apelar a la libertad de las personas y no concentrar todos los recursos en el sistema estatal para que se ocupe de vigilar que pone en la mente o en le cuerpo cada persona.”¹⁰⁷

Finalmente la ley se aprueba por 38 votos a favor y uno en contra, el del senador señor Ávila, quedando aprobada la ley 20.000.

El día 4 de enero de 2005, su excelencia el presidente de le República, manifiesta que ha resuelto no hacer uso de la facultad que le confiere el inciso 1° del artículo 70 de la Constitución Política de la República¹⁰⁸.

El proyecto, en virtud de los dispuesto en el número 1 del inciso 1° del artículo 82 de la Constitución Política de la República, pasa al excelentísimo tribunal constitucional, para que este ejerza el control de constitucionalidad respecto de los artículos 26, 27, 54, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75 y 76 permanentes y el artículo 3 transitorio del proyecto.

El tribunal constitucional declara inconstitucional, en su sentencia del 2 de febrero de 2005, tres normas de la ley 20.000:

La letra A del inciso segundo del artículo 27, que establecía la facultad del ministerio público de requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos bancarios sujetos a reserva, de personas naturales o jurídicas o de comunidades, que sean objeto de la investigación de un delito contemplado en esta ley, debiendo las entidades financieras

¹⁰⁶ Sesión Extraordinaria 14/352 Senado, 17/11/2004.

¹⁰⁷ Sesión Extraordinaria 14/352 Senado, 17/11/2004.

¹⁰⁸ No ejerce su facultad de vetar el proyecto, esto debido a la prolongada discusión, no acogiendo la opinión de diversos Diputados y Senadores.

entregarlas en el mas breve plazo. Esta norma se declara inconstitucional por “que la norma en examen tiene un carácter discrecional por la indeterminación que conlleva en relación con las diligencias que el ministerio público juzgase necesaria llevar a la práctica, no es propia de un procedimiento y una investigación que sean racional y justas y carece de justificación, quedando así la dignidad de las personas y sus derechos a la vida privada y a la reserva de las comunicaciones en situación de ser afectadas en su esencia por la norma que se analiza, motivo por el cuál se declara su inconstitucionalidad”¹⁰⁹.

El artículo 63 inciso segundo que señala que será materia de un reglamento las técnicas investigativas consagradas en el Título II de la ley 20.000. El tribunal constitucional señala que declara inconstitucional esta norma por no haber sido aprobada en todos sus trámites constitucionales por cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio, quórum exigido para las normas propias de una ley orgánica constitucional por la Constitución.

El artículo 71 que introduce al inciso tercero de la ley N° 18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, lo siguiente “a la declaración de candidaturas de senadores o diputados deberá acompañarse una declaración jurada del candidato en la que acredite que no tiene dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas o, si la tuviera, que su consumo esté justificado por un tratamiento médico”. Es declarada inconstitucional porque establece un nuevo requisito de elegibilidad para ser candidato o senador a los establecidos en la propia constitución, lo cuál al legislador le está vedado hacer, salvo que la Constitución lo autorice expresamente, lo que no ocurre respecto de los cargos mencionados.

Por lo cuál esta ley se promulga sin estos artículos, publicándose en el diario oficial el 17 de febrero del año 2005, transformándose en ley de la república.

2.- Principales modificaciones introducidas por la ley 20.000 a la legislación sobre drogas.

Los siguientes artículos de la ley 20.000 contienen modificaciones a la regulación establecida por la ley 19.366:

a.- Artículo 4°: La principal modificación establecida por la ley N° 20.000 es la creación de un tipo privilegiado respecto del delito de tráfico de drogas, el llamado delito de “microtráfico”.

Como se señaló en el apartado anterior esta modificación tiene su origen en el objetivo del ejecutivo de hacer el sistema aplicable plenamente, con proporcionalidad a la gravedad y el daño de los diferentes hechos sancionados. Esto teniendo en cuenta que, debido a que la legislación anterior establece como pena para el tráfico de drogas la de presidio mayor en su grado menor a medio, sin distinguir la cantidad de droga involucrada, las penas eran iguales para la persona que traficaba 10 gramos que para la persona que traficaba 10 kilos.

¹⁰⁹ Considerando Trigesimo Cuarto.

Esta desproporcionalidad, en base a la cuál una persona que traficaba 20 gramos de cocaína, arriesgaba una pena igual a la persona que mataba a otra, lo cuál es irracional, llevó a que muchos jueces en base a la presunción establecida en el inciso segundo del artículo 5° de la ley 19.366, condenaran a muchas personas como consumidoras por las pequeñas cantidades de drogas que traficaban. Así la legislación se hacía inefectiva por su irracionalidad y desproporcionalidad.

Este hecho fue aprovechado por las organizaciones que dominaban el tráfico en las poblaciones, contratando a pobladoras para que vendieran sus mercancías, entregándoles pequeñas cantidades diarias, y recogiendo los dividendos al final del día. A sí se vieron involucradas en el tráfico ilícito de estupefacientes muchas pobladoras de escasos recursos, que vieron en esta actividad una salida a su miseria.

Por tanto, la modificación buscaba sancionar de una forma proporcional a estas personas, de modo que los jueces aplicaran la ley. En razón de esto, el proyecto de ley establece como sanción para el “microtráfico”, la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, márgenes dentro de los cuáles el juez determinaría la pena según la cantidad y la toxicidad de la sustancia incautada. De esta forma la escala de penas para la figura de tráfico ilícito de drogas partía de sesenta y un días hasta los quince años, regulándose la pena específica según la cantidad de droga y su toxicidad.

Esta escala por supuesto que en su grado máximo es exagerada, pero permitía una correcta y racional determinación de la pena, en base al peligro de afectar el bien jurídico protegido.

Así una persona a la cuál se detiene traficando 10 gramos de marihuana arriesgaba una pena de sesenta y un a quinientos cuarenta días de privación de libertad; en cambio una persona a la que se le encontraban 100 gramos de heroína arriesgaba una pena de entre cinco y quince años de privación de libertad.

Pero esta cierta proporcionalidad se rompió, claramente con la redacción final que se le dio en la ley 20.000. En primer lugar por el hecho de establecer en el artículo 1° que la rebaja de la pena establecida para el tráfico de sustancias que no producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, ahora solo puede ser de un grado, o sea la pena mínima para este caso es de tres años y un día.

En segundo lugar, al establecer su artículo 4° como sanción al microtráfico la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, o sea de quinientos cuarenta y un días a cinco años, sin establecer la rebaja de pena en un grado en caso de tratarse de microtráfico de sustancias que no produzcan graves daños a la salud.

A sí la persona que trafica 10 gramos de marihuana, arriesga una pena que parte de quinientos cuarenta y un días, pena absolutamente desproporcionada, teniendo en cuenta la escasa cantidad y toxicidad de la droga. Por otro lado, esta pena es de la misma entidad que la que se arriesgaba con la ley 19.366, al establecer esta una atenuación facultativa de hasta dos grados respecto al tráfico de sustancias que no causan graves daños a la salud, con lo cuál la sanción aplicable igualmente partía de quinientos cuarenta y un días.

La única hipótesis en que la modificación implica una rebaja penal, es en el caso de

tráfico de pequeñas cantidades de sustancias que provocan graves daños a la salud o de alta toxicidad. Por lo cuál la propuesta del diputado señor Juan Bustos de establecer una rebaja legal para el caso de microtráfico de sustancias que no causen grave daño a la salud, resulta de toda lógica en base al objetivo de tener penas proporcionadas a la conducta cometida. Lo cuál ciertas sentencias, que se analizaran posteriormente, acogen lo cuál nos parece razonable.

Por esto, a nuestro parecer, con la aplicación literal del artículo 4°, no se cumple el objetivo de sancionar en forma proporcional las conductas tipificadas.

b.- El artículo 2° inciso segundo: Este artículo establece un tipo penal inexistente en la regulación anterior. Se sanciona en él, el cuasidelito de producir, fabricar, elaborar, distribuir, transportar, comercializar, importar, exportar, poseer o tener precursores o sustancias químicas esenciales sin conocer que su objetivo es destinarlo a la preparación de drogas, por negligencia inexcusable, sancionándose esta conducta con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

La motivación de esta modificación, como se señaló en el apartado anterior está en el hecho de las dificultades que se dieron para probar que estas acciones se realizaban a sabiendas de que la finalidad fuera la preparación de drogas dentro o fuera del país, como exigía el artículo 6° de la ley 19.366.

Por lo cuál, en primer término, se propuso por la cámara de diputados, establecer la fórmula “o no pudiendo menos que conocer”, con el fin de incluir el dolo eventual. Esta frase fue suprimida por el senado, modificándose la redacción de la norma, para que no cupiera duda que se incluía todo tipo de dolo, eliminando la frase a sabiendas, y agregando un inciso segundo que sanciona el cuasidelito en comento.

c.- El Título V: Con el mismo fin de evitar la destinación de precursores y sustancias químicas esenciales a fines ilícitos, este Título establece todo un sistema de control de la producción, fabricación o exportación de estas sustancias, creándose un registro especial en el que deben incluirse todas las personas naturales y jurídicas que desarrollan estas actividades.

La inscripción en este registro especial solo puede denegarse, a personas naturales respecto de las cuáles se hubiere formalizado investigación, decretado la suspensión condicional del procedimiento o haya sido condenado por conductas penadas por la ley 20.000 o por la ley 19.366, y respecto de personas jurídicas de las cuales sus representantes legales, administradores, o socios en el caso de sociedades no anónimas, se encuentren en algunas de dichas situaciones.

A su vez la inscripción se suspenderá, si con posterioridad se formaliza la investigación por algunos de esos delitos, cancelándose si queda ejecutoriada la sentencia de término condenatoria.

Se establece que las personas que están registradas deben mantener un inventario de existencia y relación completa y actualizada, del movimiento de los precursores y sustancias esenciales; a su vez se debe informar las operaciones de importación y exportación de estos con antelación a la fecha de embarque o de envío.

La infracción a estas obligaciones se sanciona con la multa de cuarenta a mil UTM.

Se obliga a su vez a las personas registradas a informar inmediatamente a las autoridades competentes de cualquier operación de la que sean parte y sobre la cuál tengan certeza o indicios que las sustancias son para la fabricación ilícita de drogas, debiendo abstenerse de realizar la operación hasta dar este aviso, esta obligación se relaciona con el cuasidelito establecido en el artículo 2 inciso 2°.

d.- El artículo 7°: Este artículo aumenta las penas establecidas para el que autorizado a suministrar sustancias o drogas a que se refiere el artículo 1° o las materias primas que sirven para obtenerla, lo hace en contravención a las disposiciones legales o reglamentarias que lo regulan. El artículo 7° de la ley 19.366 establecía como pena la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y una multa de 40 a 400 UTM. El artículo 7° de la ley 20.000 sanciona esta conducta con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, manteniendo la pena de multa y la accesoria.

e.- El artículo 10 inciso 2°: El artículo 4 de la ley 19.366, señalaba que el que estando autorizado para efectuar siembras, plantaciones, cultivos o cosechas de especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, abandonaba por negligencia o descuido, en lugares de fácil acceso al público, las plantas, su rastrojo, florecencias, semillas u otras partes activas, o que no cumpla las obligaciones de reglamento sobre cierre y destrucción de estas especies, sería sancionado con la pena de multa de 20 a 200 UTM. El artículo 10 en su inciso segundo de la ley 20.000, establece como sanción para estas mismas conductas, además de la multa, la reclusión o relegación menor en su grado mínimo, o sea, se incluye una pena corporal a una conducta negligente antes sancionadas solo con multa.

f.- El artículo 11: Este artículo señala que “el propietario, poseedor, mero tenedor o administrador a cualquier título de bienes raíces o muebles que, aún sin concierto previo, lo facilite a otro a sabiendas de que serán destinados a la comisión de alguno de los delitos contemplados en los artículos 1°, 2°, 3° u 8°, será penado con la misma sanción establecida para el respectivo delito”. Por tanto relacionándolo con dichos artículos, la pena podría ir del presidio menor en su grado máximo al presidio mayor en su grado medio, mas la multa respectiva que va de 40 a 400 UTM.

Por su parte la norma que sancionaba estas conductas en la ley 19.366, era el artículo 9°, estableciendo como pena la de presidio menor en su grado medio a máximo. Así el aumento de pena puede ser ostensible para alguna de las situaciones reguladas por este artículo.

g.- El artículo 13: El artículo 21 de la ley 19.366, establecía como delito especial el que un funcionario público, que en razón de su cargo, tomara conocimiento de los delitos contemplados en esta ley y, por beneficio de cualquier naturaleza, omitiera denunciarlo a la autoridad correspondientes se le castigaría con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 40 a 400 UTM.

El artículo 13 de la ley 20.000, establece las mismas penas, pero ya no se exige para configurar el tipo, el que la omisión de denuncia se deba a un beneficio de cualquier naturaleza, hoy basta la simple omisión de denuncia. Esta modificación se debió a la dificultad de probar la existencia de este beneficio en muchos casos.

h.- Artículo 14: En la regulación dada por la ley 19.366, se sancionaba como delito el consumo o porte para el consumo en actos de servicio o en los lugares o situaciones señaladas por el artículo 5° número 3 del Código de Justicia Militar por parte del personal militar de la Policía de Investigaciones de Chile, de Gendarmería de Chile y por el personal de Aeronáutica, sancionándoseles con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 100 UTM.

El artículo 14 de la ley 20.000, mantiene la sanción a esta conducta pero además crea el delito de consumo de drogas por parte de estos mismos sujetos, en cualquier situación o lugar y no sólo en los señalados, sancionándose esta figura con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. Desprendiéndose del análisis de la historia de la ley, la exclusión de esta norma de los conscriptos, sancionándosele a ellos solo en caso de consumo en los lugares o situaciones indicados en el artículo 5° inciso tercero del Código de Justicia Militar, castigándoseles con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

i.- Artículo 16: Este artículo establece una regulación diversa para el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas.

En primer lugar modifica la redacción de las dos hipótesis típicas comprendidas en este artículo.

La primera hipótesis señalada se altera ya que el artículo 22 número 1 de la Ley 19.366 establece que se sancionan a los individuos que hubieran ejercido mando en la organización o hubieran aportado capital, con la pena de presidio mayor en su grado medio, por su parte el artículo 16 n° 1 de la Ley 20.000 incluye a la persona que planifica los delitos, esto debido a que muchas veces resultaba difícil probar que una persona ejercía el mando de una organización, pese a que ella había planeado todo el delito. Por otra parte, se aumenta la sanción para esta hipótesis, siendo la pena asignada ahora la de presidio mayor en su grado medio a máximo, pena que consideramos realmente desproporcionada, al ser mayor que la establecida para el homicidio simple. Esta pena nos parece contraproducente, al dar una señal errónea sobre la valoración de la sociedad de los diversos bienes jurídicos. Con esta pena se le señala a la persona inculpada con la declaración de un testigo de haber efectuado este delito, que mejor mata al testigo que lo inculpa, al tener una pena menor esta conducta, lo cual es ilógico.

Respecto a la hipótesis segunda, que sanciona a las personas que colaboran en la asociación, se aumenta la pena de presidio mayor en su grado mínimo a la de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Esta pena igualmente la encontramos desproporcionada a la acción realizada por el sujeto, teniendo en cuenta que puede ser sancionado por este delito un persona que simplemente acoge a los miembros de la organización.

j.- Artículo 17: este artículo trata la conspiración para cometer delitos contemplados en la ley de drogas. Esta conducta en la ley 19.366 era sancionada por el artículo 24, estableciéndose como pena la de presidio menor en su grado medio y una multa de 40 a 200 UTM. El artículo 17 de la ley 20.000 cambia la sanción al establecer como pena la designada al delito respectivo rebajada en un grado, lo que en algunos casos significa un aumento de penalidad y en otros una disminución, respecto de la regulación anterior.

Pero en todo caso nos parece exagerado que por el solo hecho de planear realizar un hecho se aplique la pena rebajada en solo un grado, lo cual contradice la regulación del Código Penal sobre aplicación de las penas.

k.- Artículo 19: Este artículo establece las circunstancias agravantes especiales de la ley de drogas, presentando una serie de innovaciones respecto del artículo 22 de ley 19.366.

En primer lugar se agrega la circunstancia agravante de ser parte el imputado de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de asociación ilícita del artículo 16. Esta agravante fue introducida al texto legal, debido a la dificultad que representaba, en algunos casos, acreditar la existencia de una asociación u organización ilícita para el tráfico de drogas, al deber concurrir todos los elementos de la asociación ilícita.

En segundo lugar se agrega la letra b) junto al uso de violencia o engaño, el uso de armas como agravante.

En tercer lugar se agrega como hipótesis de la circunstancia agravante de la letra c), el suministrar, promover, inducir o facilitar el consumo de drogas a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas, al considerarlas a estas en la misma situación que los menores de edad.

La última modificación, y la más importante, es el hecho que se estableció en el inciso último que “si concurren 2 o más de las circunstancias señaladas precedentemente, la pena podrá ser aumentada en 2 grados”, lo cual antes no ocurría señalándose sólo que si concurrían estas circunstancias se debía aumentar la pena en un grado. Esta facultad de aumentar la pena en hasta 2 grados nos parece exagerada, considerando las penas establecidas por esta ley, y esperamos que los jueces no hagan uso de ella.

l.- Artículo 22: Este artículo regula la cooperación eficaz, siendo modificada para favorecer la delación de organizaciones o asociaciones ilícitas para el tráfico de drogas. Así el inciso 2° del artículo 22 establece que en estos casos la reducción de pena podrá comprender hasta 3 grados, y no hasta 2 como era la regulación anterior.

m.- Artículo 23: este artículo regula las entregas vigiladas o controladas, técnica ya contemplada en la ley 19.366, modificándose al establecerse expresamente que puede tratarse de la entrega de otras sustancias, por las cuales se hayan reemplazado las drogas. Esto claramente constituye un delito imposible, ya que los partícipes del tráfico no lo harán de sustancias consideradas como drogas, por lo cual no puede haber delito de tráfico de drogas.

Así el inciso final de este artículo expresa que “no obstará a la consumación de los delitos que con ocasión de una entrega vigilada o controlada el hecho de que en ella se hayan sustituido las sustancias a que se refiere el artículo 1° y 2° de esta ley, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agente reveladores o informantes. La intervención de estos últimos no será considerada inducción o instigación al delito.”

Esta normativa nos parece, francamente, violadora de los derechos del imputado, porque de la redacción de este artículo se desprende, que un agente encubierto puede,

para aumentar las estadísticas policiales, hacerle una oferta de compra de drogas a cualquier persona, que no trafique con estas, pero que por el abultado monto de dinero ofrecido busque la forma de obtenerla, y al momento de entregarla, se le sancionara como traficante de droga, pese a ser inducido a este delito.

n.- Artículo 25: Este artículo establece que el ministerio público, podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a proposición de dichos funcionarios para que determinados informantes actúen en alguna de estas 2 calidades.

La primera innovación al respecto es la existencia del agente revelador, no existente en la regulación dada por la ley 19.366. Esta figura es definida en el inciso 4° del artículo 25, como aquel “funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para tercero de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.”

La segunda modificación de este artículo, es que permite que a propuesta de los funcionarios policiales, un informante, o sea una persona que no es funcionaria policial, se desempeñe como agente encubierto o como agente revelador.

En tercer lugar se señala expresamente en su inciso 6° que “el agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.”

Estas técnicas nos parecen particularmente inmorales, por decir lo menos, reflejando que en la opinión del legislador, se trata de una guerra por lo que se vale todo, lo cual, a nuestro parecer, implica renunciar al estado de derecho y asimilarse al estado policial, que trata a sus ciudadanos como enemigos a quienes puede engañar, inducir al delito y hasta lesionar su persona o su propiedad en el afán de ganar esta guerra.

o.- Parrafo 2° del Título III “de las medidas de protección a testigos, peritos, agentes encubiertos, revelador, informantes y cooperador eficaz”: Este párrafo demuestra la particular preocupación que tuvo el legislador en proteger a estas persona de posibles represalias de los imputado, regulando en definitiva una serie de medidas para su seguridad la de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas ligadas por relaciones de afectos con ellas.

El artículo 30 le permite al fiscal, para proteger la identidad de estas personas, su domicilio, profesión o lugar de trabajo, poder aplicar medidas como: Que no consten en los registros estos datos, pudiendo utilizar una clave para estos efectos, fijar como domicilio el de la fiscalía o el del tribunal, que las diligencias en las que participen estas personas se revisen en un lugar distinto de la fiscalía del cual no se deje constancia.

En pos de dar certeza a este secreto el artículo 331 establece que el Juez, “debe decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de los testigos”, prohibir que sean fotografiados o que se captada su imagen, pudiendo sus declaraciones ser recibidas con anticipación conforme al artículo 191 del Código Procesal Penal; el Juez

durante el juicio o una vez finalizado este incluso de oficio o a petición del interesado puede otorgar medidas de protección policial a quienes la necesiten. Se pueden tomar otras medidas, como proporcionar recursos para la reinserción del sujeto, autorizar el cambio de identidad si es necesario, siendo las actuaciones judiciales y administrativas a este respecto secretas, sancionándose la violación de ese secreto con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. A su vez si el ministerio público estima que existen riesgos para la seguridad de estas personas, puede disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos se mantengan en secreto respecto de uno o más intervinientes, sancionándose la violación de este secreto con presidio menor en su grado medio a máximo.

p.- Párrafo 3° del Título III “ de las medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación”: Este párrafo se refiere a la posibilidad de decretar el secreto de la investigación, lo cual era lo normal en el sistema procesal antiguo, pero hoy en el nuevo proceso penal es excepcional.

El artículo 38 señala que “la investigación de los delitos a los que se refiere esta ley será siempre secreta para los 3° ajenos al procedimiento y para terceros afectos por una investigación preliminar del ministerio publico. Respecto del imputado y de los demás intervinientes, la investigación será secreta cuando así lo disponga el ministerio público, por un plazo máximo de 120 días, renovables sucesivamente, con autorización del juez de garantía, por el plazo máximo de 60 días.”. Se establece a su vez en el inciso 3° de este artículo que el que viola este secreto será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

El artículo 39 establece que, en la investigación de los delitos de esta ley, el plazo de detención puede ser prolongado hasta 5 días por el juez de garantía si el fiscal lo solicita, lo cual se aleja de los 3 días que es la actual regla general.

El artículo 40 señala que los instrumentos, objetos y efectos incautados en estos delitos, pueden ser destinados por el juez de garantía, a solicitud del ministerio Público, a una institución del estado, previa caución, o a una institución privada sin fines de lucro, cuyo objetivo sea la prevención del consumo indebido, o tratamiento y rehabilitación de drogadictos; estableciéndose en el inciso posterior una serie de regulaciones para los distintos tipos de bienes que pueden ser incautados.

El artículo 41 establece que las sustancias o especies señaladas en el artículo 1°, 2°, 5° y 8° deben ser entregadas en el plazo de 24 horas al servicio de salud, plazo ampliable a 48 horas, debiendo ser destruidas en el plazo de 15 días, una vez separadas las cantidades suficientes para su análisis.

El artículo 43 señala que el servicio de salud debe remitir, en el más breve plazo, un protocolo de análisis químico de las sustancias suministradas, en el que se identificará el producto, su peso o cantidad, su naturaleza, composición química y grado de pureza, como una descripción de sus componentes tóxicos o psicoactivos, los efectos que produce y la peligrosidad que reviste.

q.- Párrafo 4° del Título II “de la cooperación internacional”: En general se establece que el Ministerio Público, pueda requerir y otorgar cooperación y asistencia a la investigación sobre delitos de esta ley, de acuerdo a las convenciones y tratados,

proporcionando información de la forma mas diligente, se hayan cometido los delitos en Chile o en el extranjero. Estableciéndose que los antecedentes, documentos y medios de pruebas obtenidos según este artículo se entienden producidos conforme a la ley. Se establece a la vez que son susceptibles de extradición activa y pasiva, los delitos de esta ley, aún en ausencia de reciprocidad o de tratados sobre la materia.

r.- Artículo 52: Este artículo establece, al igual que el artículo 41 inciso 4° de la ley 19.366, que si el sentenciado por la falta sancionada en el artículo 50 no paga la multa, esta será sustituida por un día de reclusión por cada media UTM, aumentándose el plazo máximo de reclusión de 30 días a 6 meses.

Por otra parte se establece la posibilidad de que el tribunal, en casos debidamente calificados, en forma motivada pueda eximir al condenado del pago de la multa o imponerse un inferior al mínimo legal.

s.- Artículo 53: este artículo establece la aplicación de las faltas del artículo 50^a los menores de 18 y mayores de 16. su reglamentación es similar a la dada por el artículo 46 de la ley 19.366, con las siguientes modificaciones. Dentro de las sanciones aplicables por el juez de menores se incluyen las medidas establecidas en la ley N° 16.618, las cuales no eran señaladas por la legislación anterior; por otra parte se contaría además de la asistencia obligatoria a tratamientos de prevención, hasta por 60 días, la asistencia obligatoria a tratamiento o rehabilitación por un período de hasta 180 días.

t.- Artículo 68: Este artículo en sus numerales establece como causal de inhabilidad para una serie de cargos públicos, el ser dependiente de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, a menos que se justifique su consumo por un tratamiento médico, debiendo prestarse declaración jurada de que no se esta afecto a esta inhabilidad. Esto para ser ministro de estado, subsecretario, jefe superior de servicio, directivo superior, jefe de división o su equivalente.

A su vez se establece el deber de la autoridad superior de los organos de la administración del estado de prevenir el consumo indebido de drogas, contemplándose un procedimiento de control de consumo que corresponda a todos los integrantes de un grupo o sección, determinándose en forma aleatoria, aplicándose en forma reservada y respetuosa de la dignidad e intimidad de ellos.

Se señala que el reconocimiento por el funcionario de su dependencia, sometiéndose a un procedimiento de tratamiento y rehabilitación y aprobando el control de consumo toxicológico y clínico, le permitirá reintegrarse a su cargo.

u.- Artículo 69, 70, 71, 72, 73, 74: El artículo 69 establece como causal de inhabilidad la dependencia de las drogas, para ocupar el cargo de intendente, gobernador o consejero regional, salvo que se justifique el consumo por un tratamiento médico, debiendo declarar bajo juramento no tener esta dependencia al asumir el cargo.

El artículo 70 establece la misma inhabilidad para ser alcalde o concejal.

El artículo 71 establece la misma inhabilidad respecto de los ministros y el presidente del tribunal constitucional.

El artículo 72 establece la misma inhabilidad respecto del presidente y ministros del tribunal calificador de elecciones.

El artículo 73 establece las misma inhabilidad respecto del fiscal nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos.

El artículo 74 establece la misma inhabilidad respecto a los consejeros del banco central, o directivos superiores del mismo.

Del análisis de las modificaciones introducidas por la ley 20.000, a la legislación sobre tráfico ilícito de drogas, se desprende que existe claramente un espíritu represivo en sus motivaciones. En estas modificaciones esta patente la idea de que un aumento de las penas, ampliación de los supuestos típicos, aumento de las técnicas intrusivas de investigación, es la forma de combatir el problema de la droga.

Por otro lado pese a las buenas intenciones manifestadas por nuestros legisladores en la discusión de este proyecto, la regulación legal no considera el aspecto de prevención del consumo ni el del tratamiento, haciendo referencias tangenciales solamente.

A nuestro parecer esto se debe al afán del legislador de mostrar una reacción enfática ante la llamada “epidemia de los tiempos modernos”, siendo una simple reafirmación de una moral social hegemónica, sin existir una discusión profunda de las causas del consumo, ni de los resultados de la política represiva.

En general hay una ausencia de apertura ante nuevas ideas, lo que se refleja en la reacción del Senador Espina, en la sección del 17 de noviembre del 2004, ante la opinión crítica del senador Ávila, reseñando en el apartado anterior, donde prácticamente lo acusan de ser cómplices de los narcotraficantes.

En este afán de demostrar una reacción enérgica, como se señaló, se olvidan principios básicos de la dogmática penal como el de la proporcionalidad, esto pese a que este principio se señala como motivación de la introducción del tipo del artículo 4°, la regulación legal de esta figura, no guarda proporcionalidad alguna entre la conducta desplegada y la pena asignada.

Así una persona a quien se le detiene portando 5 gramos de marihuana, y que no puede justificar su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo, será sancionado con igual pena e inclusive una mayor que la pena establecida en la ley 19.366, y a la vez es igual o mayor que la pena establecida para el delito de lesiones graves, sin exigirse siquiera la existencia de un animo de traficar.

Como se señaló, la regulación actual de los delitos contenidas en los artículos 2° y 4° de la ley 20.000, solo representan una disminución de pena en el caso de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias que provocan graves daños a la salud.

3.- El delito de microtráfico

Como se señaló en los apartados anteriores, la mayor innovación de la ley 20.000, y una de las motivaciones de su dictación, es la sanción del tráfico y porte de pequeñas cantidades de droga, conducta designada comúnmente como microtráfico.

Con esta figura se buscaba obtener una real aplicación de la ley, la cual por la irracionalidad y desproporcionalidad de sus penas, no era aplicada por los jueces a

ciertos casos, sancionándose como consumidores a traficantes de pequeñas cantidades.

Como se señaló, esta desproporcionalidad se mantiene con la redacción final dada al artículo 4°, implicando solo respecto al tráfico de pequeñas cantidades de sustancias que provocan grave daño a la salud una disminución de la pena.

Por otra parte, esta figura implica una sanción del porte de drogas, no exigiendo como elemento subjetivo del tipo, la intención de traficar con ellas. Así se invierte la carga de la prueba, ya que la persona sorprendida portando drogas en su poder, por escasa que sea la cantidad de éstas, deberá probar que son para su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Por lo tanto si no lo puede probar es sancionado con las penas del artículo 4°.

En definitiva este artículo, además de sancionar el micrótráfico, sanciona la tenencia o porte de drogas.

3.1.- Regulación legal

El artículo 4° de la ley 20.000 señala “el que, sin la competente autorización, posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica o de materias primas que sirvan para obtenerla, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 UTM, a menos que justifique que estén destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

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

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

3.2.- El bien jurídico protegido

El bien jurídico que tutelaría este delito sería la salud pública, lo cuál, como ya se señaló en capítulos anteriores¹¹⁰, es cuestionable de distintos puntos de vista.

En particular resulta cuestionable, que sea este el bien jurídico protegido cuando se sanciona el simple porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Realmente no comprendemos como esta conducta podría poner en mínimo peligro siquiera al bien salud pública.

Detrás de esta sanción hay más que nada la idea de la droga como patología moral,

¹¹⁰ Capítulo II.C.1.

como la enfermedad de nuestra sociedad.

Por lo cuál el único interés, ya no bien jurídico, que justificaría la sanción de dicha conducta, es el interés de mantener la moral social, de mantener un estándar de vida determinado, de establecer que todo lo relacionado con ciertas y determinadas drogas es reprochable.

No nos extenderemos más sobre este punto, al ser ya tratado en otros apartados de esta memoria.

3.3.- Tipo objetivo

a.- Autoría: El artículo 4° de la ley 20.000 utiliza la fórmula “el que”, por tanto se trata de un delito común, al no exigirse una calidad especial de autoría para la realización del tipo. Cualquier persona puede cometerlo.

b.- Objeto de la acción: Son pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física y síquica, sean de las capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud o de las que no produzcan estos efectos, o de materias primas que sirvan para obtener estas sustancias.

Cabe señalar que no se trata de cualquier droga o sustancia que provoque dependencia, sino solo de las incluidas en el reglamento respectivo, que es el reglamento de la ley 19.366.

Esto lo desprendemos de lo señalado en el artículo 63 de la ley 20.000: “Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos, 1, 2, 5 y 8...”; estableciendo a la vez el artículo 2° transitorio de la misma ley: “en tanto no se dicte reglamento a que se refiere el artículo 63, regirá el actual”, el cuál es el decreto N° 565 del Ministerio de Justicia, que aprueba el reglamento de la ley 19.366.

Por tanto, si una sustancia o droga no se encuentra incluida en este reglamento, su porte, transporte o transferencia no es constitutivo de la figura típica en comento, ni de ninguna de la ley 20.000, sean cuan grave sean los efectos que provoque a la salud o su toxicidad.

c.- Acción típica: La descripción típica tiene diferentes correctores, existe una pluralidad de acciones que son sancionadas por este artículo.

En su inciso primero sanciona el poseer, transportar, guardar o portar pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas o de materias primas que sirvan para obtenerla. De esta forma se pena el simple transporte o porte de estas especies, sin importar la intención de este porte o transporte, incluyendo una excepción cuando la persona pruebe que tienen por fin la atención de un tratamiento médico o su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, caso este último en que se sanciona por la falta del artículo 50.

A la vez el inciso tercero establece pautas para determinar la no concurrencia de la excepción, señalando como tales el que la calidad o pureza de la droga no permita racionalmente suponer este destino, o cuando las circunstancias de la posesión sean

indiciarias del propósito de traficar.

De esta forma, en principio, cualquier porte, transporte o cesión o guarda de drogas ilícitas es típico. Así este inciso, no está sancionando el microtráfico, al no exigirse que las drogas estén destinadas al tráfico para que se configure el delito, señalando las circunstancias de estar destinadas al tráfico, solo para excluir la excusa de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Este hecho se hace mas patente, al analizar el inciso segundo de esta disposición. Este nos señala que tendrán igual pena el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de drogas o materias primas, “con el objetivo” de que sean consumidas o usadas por otro. Recién aquí se exige un objetivo de que estén destinadas al consumo de otros, elemento subjetivo que se analizará en el tipo subjetivo. Es este inciso del artículo 4° el que realmente está sancionando el microtráfico de drogas.

Así las acciones típicas descritas en este artículo son: poseer, transportar, guardar o portar drogas o materias primas (sanción al porte de drogas ilícitas), y a su vez el adquirir, transferir, suministrar o facilitar pequeñas cantidades de drogas a cualquier título, con el objetivo de que sean consumidas o utilizadas por otros (sanción al microtráfico de drogas ilícitas).

3.4.- Tipo subjetivo

a.- Dolo: Conforme a las reglas generales del Código penal, se trataría de un delito doloso.

El contenido del dolo, es decir, aquello que debe conocerse y quererse, son los elementos del tipo objetivo. Por tanto se debe conocer que las sustancias que se portan, transportan, poseen, guardan, transfieren, adquieren, suministran o facilitan son drogas de las consideradas en el reglamento como ilícitas, o las materias primas para producirlas, y el sentido de la acción que se realiza.

Se nos plantea el problema de determinar que sentido de la acción se debe conocer en los casos del inciso primero del artículo 4°. Como se señaló estos casos no exigen que la acción sea realizada con la intención de traficar la droga, por tanto el contenido del dolo, en estos casos, se reduciría a conocer y querer que las sustancias que se transportan, guardan o portan son de las cuyo tráfico es considerado ilícito por el ordenamiento jurídico, y que no estén destinadas a un tratamiento médico o al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

En el caso del inciso segundo, el contenido del dolo es el mismo, pero se agrega al tipo subjetivo una tendencia interna trascendente, que se analizará en el próximo apartado.

b.- Objetivo de que sean consumidas o usadas por otros: Como se señaló en el apartado anterior, respecto de la figura del inciso segundo del artículo 4°, se exige una tendencia interna trascendente, el que las pequeñas cantidades de sustancias drogas o materias primas, sean adquiridas, transferidas, suministradas o facilitadas con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otros. Esta tendencia interna trascendente, es la que determina, a nuestro parecer, que es este inciso el que realmente sanciona al

microtráfico ilícito de drogas.

3.5.- Penalidades

El artículo 4° de la ley 20.000 establece como sanción, tanto para las acciones tipificadas en su inciso primero, como para las tipificadas en su inciso segundo, la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, por tanto una privación de libertad que va de 541 días a tres años, y una multa de 10 a 40 UTM.

Como se señaló en este artículo la ley 20.000 no distingue, para determinar la penalidad aplicable, según la toxicidad o dañosidad a la salud de las sustancias o drogas, aunque cierta jurisprudencia si lo establece.

CAPITULO IV: Análisis crítico de la regulación chilena de las drogas.

A.- Concepción Político Criminal tras la regulación chilena de las drogas.¹¹¹

El análisis de la regulación chilena del fenómeno de las drogas y en particular del análisis de la historia de la ley 20.000, nos permite señalar que en esta se mezclan diferentes modelos de política criminal que se superponen, todos en una clave represiva.

Esto último es claro, ya que, pese a que los representantes del Congreso nacional recalcan en sus intervenciones, que para enfrentar el fenómeno de las drogas es indispensable, además de la represión, la prevención y la rehabilitación, esto no se refleja en lo más mínimo en la ley.

La ley N° 20.000 solo presenta referencias tangenciales a la rehabilitación,

¹¹¹

El presente apartado tiene como base de referencia directa el Capítulo V del libro de Juan Bustos Ramírez “Coca cocaína. Política criminal de las drogas”

tomándola como pena o medida de seguridad para el consumidor, y no como una política de salud estructurada, que esté basada en el apoyo a la persona que voluntariamente quiera abandonar el consumo de las drogas.

A su vez, la ley 20.000, no presenta referencia alguna a las políticas preventivas. Así no se traducen en caso alguno en la ley la necesidad de la prevención y la rehabilitación para enfrentar el fenómeno de las drogas.

Lo que más sorprende, es que se señala como justificación de esta ausencia de regulación de las políticas de rehabilitación y prevención, el que sería necesario un trabajo más elaborado y mayor tiempo para esto, pese a que la tramitación del proyecto se demoró más de cuatro años. Esto último solo refleja una falta de voluntad política de llevar a la práctica las declaraciones de principios que al respecto se señalaron en la discusión del proyecto.

Como señala el diputado señor Juan Bustos: “En resumen, nos encontramos ante una iniciativa elaborada de forma apresurada, que es de naturaleza represiva, que no integra los aspectos de prevención y de rehabilitación y lo que es peor, que contradice los mas elementales principios del estado de derecho”.

Se prefirió profundizar el modelo represivo existente, antes de estudiar una estrategia global, esto pese a las opiniones de ciertos diputados, como el señor Juan Bustos, el señor Ávila y la señora Pía Guzmán, que cuestionan la efectividad de esta política represiva y su compatibilidad con los principios básicos del estado de derecho. Destaca en este punto, el hecho que cuando el senador señor Ávila, cuestiona la forma de afrontar el problema por no preocuparse de las causas de éste, y critica que con la ley que se está aprobando solo se saturaran mas las cárceles, el senador señor Espina lo tilda casi de aliado de los narcotraficantes, señalando como un defecto el que el senador Ávila hubiese presentado un proyecto para la legalización de la plantación personal de marihuana, o que pensase en el futuro plantear la posibilidad de la legalización.

Esto último refleja lo profundamente arraigado, en un amplio espectro de nuestros representantes, que se encuentra la idea de la droga como una lacra que corroe a la sociedad, ante la cuál solo cabe la estrategia de la guerra, siendo enemigos desde el gran traficante, hasta la persona que señala que esta estrategia ya fracasó y analiza la posibilidad de que otra política pública sea más efectiva para reducir el daño provocado por las drogas.

Así, el hecho de señalar diputados y senadores, de diferentes partidos políticos, al fenómeno de las drogas como una patología social que contamina nuestra sociedad, y que considera al consumidor como un enfermo, demuestra la presencia de lo que Juan Bustos denomina “el modelo de carácter médico moral” de la política criminal.

Este modelo parte de la consideración del tráfico de drogas como una epidemia moral que contagia la sociedad, por lo cuál se pone énfasis en la nocividad, el daño a la salud y la dependencia que pueden generar las drogas. Así se grafica a todo lo relacionado con las drogas como algo malo, patológico, inmoral que estaría corrompiendo a la sociedad a través de la difusión del consumo de drogas de la población y la debilitación de los organismos públicos por la corrupción.

Por otra parte esta concepción implica considerar al consumidor como un enfermo, que debe ser detectado y tratado, para que no enferme a los otros.

Esta concepción, básicamente, se olvida de siglos de relación armoniosa entre el hombre y las drogas hoy consideradas ilegales. Olvida que el consumo de drogas es algo normal en toda sociedad y en toda época, viendo los efectos negativos como indiciarios de una patología global. Lo contraproducente es que no lo enfrenta con una respuesta de tipo sanitaria, sino con una respuesta represiva, debiéndose esto a su consideración de patología moral que debe ser erradicada.

Reflejo de esta concepción en nuestra legislación, son la serie de incompatibilidades que se establecen entre ser dependiente de una droga y la ostentación de un cargo público. Es lógico pensar que una persona bajo los efectos de las drogas no pueda realizar bien sus funciones públicas y por ello sea sancionado, pero es ilógico que una persona que consume después de su horario de trabajo, solo por el hecho de ser dependiente de una droga ilícita se le impida continuar en su cargo, obligándosele a cumplir un programa de rehabilitación para volver a éste. Reflejándose lo contradictorio de la regulación legal, si se considera que en el hecho que un alcoholístico crónico ostente un cargo público, no se ve problema alguno.

También es reflejo de esta concepción, la sanción del artículo 4° del porte de pequeñas cantidades de drogas, esta sanción no tiene fundamento alguno la protección de la salud pública, esta norma no protege este bien jurídico, solo refleja la consideración de las drogas como algo inmoral, que por el solo hecho de su porte merece ser sancionado.

La sanción del consumo como falta, por otro lado, es fiel reflejo de esta concepción, y el señalar como pena a éste el sometimiento a un tratamiento de rehabilitación. Esto tendría sentido si contara con el consentimiento de la persona que es sorprendida consumiendo, pero se impone un tratamiento obligatorio, para un enfermo que debe ser recuperado a la fuerza, para que no contagie a los demás, lo cuál es completamente ineficaz.

Esta forma de ver el fenómeno de las drogas, por otro lado, ha cerrado la posibilidad de un análisis más global de éste. Así el análisis de las causas del aumento del abuso de las drogas, se centran en señalar que sería una epidemia que se está difundiendo por todo el mundo, sin analizar el aspecto social, por lo cuál no se consideran como alternativa la implementación de políticas sociales que tiendan a atacar el consumo de ciertas drogas, en especial el consumo por adolescentes y niños de drogas de gran toxicidad, que afectan su desarrollo. No se analizan las causas económicas, la marginación de éstos que los lleva a buscar lo que encuentren para eludir la realidad, perdiendo su personalidad en este proceso.

Como se dijo lo contraproducente, es que pese a ser considerado una enfermedad, la solución planteada se centra en el aspecto represivo y no en el aspecto médico, el centro está en la política criminal, y no en la política de salud. Se ocupa la ley penal como instrumento terapéutico, lo cuál es absolutamente ineficiente, la ley penal no educa, ni puede curar enfermedades.

Otro modelo de política criminal que confluye detrás de la regulación chilena del

fenómeno de las drogas, es el modelo económico, cuyo punto central es destacar los perjuicios que provocaría al sistema económico el narcotráfico. Señalando como tales, la generación de una economía sumergida, la destinación de recursos sociales al narcotráfico y no a generar riqueza para el país, y la “contaminación” de los mercados internacionales con dinero “sucio”. Se señala que, al ser la motivación de los narcotraficantes el lucro económico, una forma eficaz de atacarlo, y a la vez de proteger el mercado lícito, es persiguiendo detectando y sancionando el “blanqueo de dinero”.

Las grandes organizaciones de traficantes internacionales, requieren invertir sus ganancias ilegales en actividades lícitas, para así justificar sus niveles de vida, construyendo coartadas para el caso de ser sorprendido. Así invierten generalmente a través de terceros, en diversos rubros.

Esto es precisamente lo que el Estado busca evitar, sancionándose en la ley 19.366 por primera vez en nuestro país, a cualquier persona que a sabiendas que determinadas utilidades se han obtenido o provienen de la perpetración en Chile o en el extranjero, de hechos considerados en las leyes de drogas como delito, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino, imponiéndosele la misma pena que para el tráfico ilícito de drogas.

En la discusión de la ley 20.000, se planteó extender este tipo penal a cualquier persona que reciba este dinero, sabiendo o debiendo saber su origen; se propuso crear la unidad de análisis financiero, organismo encargado de detectar toda operación riesgosa de constituir lavado de dinero; se establece la obligación de las entidades financieras de informar a esta unidad de cualquier operación riesgosa.

Finalmente tanto el delito de lavado de dinero como la creación de la unidad de análisis financiero fueron separados de la tramitación de la ley 20.000, esto al existir un consenso político al respecto. Por lo cuál se dicta una ley particular el 18 de diciembre de 2004, la ley 19.913, que se refiere al lavado de dinero, abordando tal fenómeno en general y no solo referido al lavado de dinero proveniente del tráfico de drogas.

Este modelo tiene por motivación por tanto, evitar la contaminación de los mercados financieros, evitar que se corrompan, pretendiendo que el Estado tenga el control de la economía.

Cabe señalar que es claro, que si no existiera la prohibición del tráfico de ciertas drogas, el dinero producto de éste seguiría los cauces normales, pagando impuestos e invirtiendo lícitamente en otras actividades. Por otro lado, los impuestos recolectados de esta forma, podrían ser destinados a las campañas de educación, de prevención y de rehabilitación. Se reducirían por tanto, enormemente, los costos que ocasiona el fenómeno de la droga a la sociedad. Esto sumado a los fondos que se ahorrarían en la represión del delito, el juzgamiento de éste y la mantención de los presos en los centros penitenciarios.

Así, desde un punto de vista económico la legalización de las drogas se muestra como sustentable, reduciendo los costos económicos sociales destinados por el estado. A su vez, permitiría un correcto funcionamiento de las leyes del mercado, reduciendo a la vez las ganancias de las personas dedicadas a al tráfico de drogas, desfalcando a las organizaciones dedicadas a su tráfico ilícito, las cuales no podrían competir con el

suministro legal.

Este punto no es tomado en cuenta por las autoridades, al tomarse este modelo desde un prisma represivo, teniendo a la represión y prohibición como premisas insustituibles. Como se ha señalado, la prohibición solo aumenta las ganancias de las organizaciones narcotraficantes, al provocar la subida de precios y evitar el pago de impuestos.

Relacionado con el modelo de política criminal anterior, existe un tercer modelo que está detrás de nuestra legislación respecto al tráfico de drogas, el llamado modelo internacionalista, que se expresa en la reproducción de los sistemas legislativos internacionales, destinando esfuerzos y recursos a problemas originados en el extranjero, aplicando las soluciones señaladas por los organismos internacionales, sin analizar la situación específica chilena.

Este modelo se refleja ya, en la dictación de la ley 17.155, primera ley que sanciona específicamente el tráfico de drogas en nuestro país, ya que, como se señaló al analizarla en el Capítulo III esta fue dictada pese a no existir un real problema en Chile, señalándose que se habría vislumbrado el problema que se avecindaba, pero pese a esto se aplicó directamente el sistema represivo como solución, cuando hubiera sido más útil y efectivo un régimen preventivo. Reflejándose que esta ley se dictó por simple aplicación de la estrategia mundial, mas que teniendo en cuenta la realidad nacional.

Las diferentes legislaciones dictadas a partir de la ley 17.155, básicamente han repetido la regulación internacional, en particular la ley 19.366, que como se señaló, es dictada para adaptar la legislación nacional a la convención de Viena de 1988. Por esto se sanciona al lavado de dinero, el desvío de precursores químicos y sustancias químicas esenciales, etc. Todo esto dentro de la estrategia internacional de Estados Unidos de establecer un apoyo mundial a su guerra contra las drogas.

Otro modelo de política criminal que confluye detrás de la regulación chilena, es el modelo de la seguridad nacional. Este modelo es impuesto por la campaña estadounidense de satanización de las drogas, y de su guerra contra las drogas.

La doctrina de la seguridad nacional, en cuya base están las ideas de nación, de unidad nacional y de identificación del Estado con las fuerzas armadas, que serían las garantes de la estabilidad de la nación, tomó fuerza en centro y Sudamérica, difundida por Estados Unidos, siendo la base ideológica de los gobiernos militares de las décadas del 70 y 80.

La presencia en distintos países de la región de guerrillas de izquierda, o de partidos de esta tendencia que van adquiriendo poder, o de gobiernos de tendencia izquierdista, es vista por Estados Unidos con malos ojos, dentro del tenso ambiente de la guerra fría, siendo considerada una invasión de su ámbito de influencia por la ideología rival.

Así se impulsa la idea que ante el supuesto caos reinante (real o provocado), por el actuar de las guerrillas, las fuerzas armadas, como garantes de la estabilidad nacional, debían intervenir para reestablecer el orden asegurando el futuro de la nación, asegurando la salvación política, moral y económica de la nación.

Pues bien, al ser vista la droga como una epidemia moral, en base a esta doctrina,

procede que las fuerzas armadas intervengan en la protección de la integridad de la nación. Como es la integridad de la sociedad la que está en juego, según esta doctrina, se justifica aplicar los principios de la guerra a los narcotraficantes. Se plantea de esta forma que se debe combatir el narcotráfico con las estrategias de la guerra, no buscándose por tanto mayor legitimación de las medidas adoptadas, que su eficacia para ganar la guerra a las drogas.

Esta ideología, matizada, se refleja en el discurso político de nuestro país, siendo un eslogan constante de las campañas a diputados, senadores, alcaldes y presidente desde 1994, la idea de barrer con la droga, de ganarle la batalla a la droga, de tener mano dura con ésta y no darle tregua.

Si bien no se señala expresamente la protección de la seguridad nacional, por su ligazón con la doctrina del gobierno militar de Augusto Pinochet Ugarte (1973-1990), es precisamente este discurso el que está detrás de la intervención del diputado señor Orpis, en la discusión de la ley N° 20.000, al señalar “el bien jurídico que hoy se está resguardando en el mundo en relación con el tema de la droga es la integridad de la sociedad, no la relación de la víctima con el victimario.

Si aceptamos que ese es el bien jurídico que debemos proteger, la consecuencia lógica es que tenemos que alejarnos de una legislación eminentemente garantista y adoptar una de carácter excepcional, como la que en un tiempo se aplicó en contra del terrorismo. Esta es la batalla que hay que dar hoy contra la droga”.

La integración de estos distintos modelos de política criminal en la legislación nacional de las drogas, trae como consecuencia, que cada ley que se dicta aumenta la represión como forma de enfrentar dicho fenómeno. Por esto se señala que todos estos modelos son integrados en una clave represiva.

Así se aumentan constantemente las figuras delictivas ¹¹², se transforman en figuras delictivas simples actos preparatorios ¹¹³, se establecen variadas presunciones de derechos de comisión de los delitos, en base a actitudes completamente alejadas del daño al bien jurídico ¹¹⁴, por otra parte se suprimen ciertas garantías procesales ¹¹⁵, la supresión de beneficios que se conceden a los condenados en el derecho penal moderno, lo cuál sucedió con el artículo 40 de la ley 19.366 que hacía improcedente las medidas alternativas de reclusión nocturna y de libertad vigilada, situación que acertadamente fue modificada por la ley 20.000 que hace aplicable ciertas medidas.

¹¹² Por ejemplo la sanción del lavado de dinero y del desvío de precursores químicos.

¹¹³ Como la plantación de especies vegetales productoras de drogas y el mismo castigo del desvío de precursores.

¹¹⁴ Como el considerar tráfico de drogas el simple porte de éstas.

¹¹⁵ Como la prolongación de la detención policial a cinco días y la ampliación del tiempo de intercepciones de comunicaciones.

B.- Realidad social. Efectos de la prohibición.

1.- Fines de la prohibición

Debido al extenso análisis, que se ha desarrollado en los capítulos anteriores de las motivaciones de la prohibición, en este apartado nos limitaremos a efectuar una relación resumida de éstos.

La finalidad declarada de la prohibición del tráfico y consumo de ciertas drogas, es la protección de la salud pública. La droga sería una epidemia moral que dañaría enormemente la salud de la sociedad toda, por lo cuál se establece como política cuyo fin es evitar este daño provocado por el tráfico y consumo de drogas. Relacionándose así este fin con el modelo de política criminal médico moral antes abordado.

Se busca la existencia de una sociedad sin drogas, esto a través de una represión de la oferta de tal forma que los costos de traficar con estas sustancias aumenten de tal manera que no sea rentable realizar esta actividad.

A su vez, es fin de la política prohibicionista, en particular desde la ley 19.366, proteger el sistema financiero de la contaminación de dinero originado en el tráfico de drogas, lo que distorsionaría los mercados.

Por otra parte, y relacionado con los fines anteriores se señala como fin de la política prohibicionista el asegurar la integridad de la sociedad toda. Este fin como se ha señalado, está relacionado íntimamente con el modelo de la seguridad nacional. Se busca evitar que los narcotraficantes tomen barrios bajo su control, desafiando la autoridad del Estado, imponiendo en ellos su propia ley.

Como se ha señalado, en definitiva, todos estos fines son simbólicos, al no ser efectiva la política prohibicionista para su consecución y ser en ciertos casos contraproducentes, ya que sus consecuencias originan más problemas.

El fin subyacente a la política prohibicionista es reafirmar la identidad normativa de la sociedad, mantener un estándar de vida determinado. A través de la prohibición se les señala a las personas, que el consumo de ciertas y determinadas drogas es considerado reprochable por la sociedad, no así el consumo de otras drogas. Este fin es común a todas las normas penales, de hecho es la función del derecho penal dentro del sistema social según Jakobs.

Pero como se ha señalado, la persecución de este fin de reafirmar la identidad normativa de la sociedad, respecto a considerar reprochable el consumo de determinadas drogas, choca con normas y principios básicos del estado democrático de derecho.

Colisiona con pilares básicos de la identidad normativa de la sociedad actual.

2.- Estadísticas oficiales. ¿ Se cumplen los fines perseguidos con la política prohibicionista?

El que la política prohibicionista sea ineficaz para la consecución de los fines declarados como los perseguidos por ella, se comprueba del análisis de las estadísticas oficiales, ya reseñadas en el capítulo segundo.

Las cifras oficiales de consumo son obtenidas del sexto estudio nacional de droga en la población general de Chile, del año 2004, el cuál resume los estudios realizados en forma bienal durante la última década por el CONACE.

Respecto al fin de protección de la salud pública, la política prohibicionista se demuestra ineficaz por las siguientes razones.

En primer lugar, porque las drogas más consumidas en la sociedad chilena son legales. Así el 56, 8% de los encuestados ha consumido alcohol en el último mes, el 74,97% lo ha consumido el último año, y un 86, 05% ha consumido alguna vez en su vida. Por su parte el 42, 54% de la población encuestado ha consumido tabaco el último mes, un 48,3% lo ha hecho el último año, y 62,03% lo ha consumido en su vida. Ambas drogas son las que causan mayores problemas sanitarios al país. Ante esto la política prohibicionista es ineficaz, al incentivar el consumo de estas drogas que son mucho más nocivas que alguna de las prohibidas, al ser las que están disponibles en el mercado.

En segundo lugar el consumo de las tres drogas ilegales principales de nuestro país, ha ido en constante aumento en la última década. Así en el año 1994 el 3, 68% de la población consumía marihuana en cambio en el año 2004 esta cifra había aumentado al 5,29%. Respecto a la cocaína el año 1994 el 0,83% de la población la consumía, en cambio n el año 2004 la consume un 1,28%. La cantidad de consumidores de pasta base se ha mantenido oscilante en la última década, no siguiendo un patrón claro de aumento o disminución en su consumo, consumiéndola entre un 0,48% y un 0,82% de la población. Esto pese a que a comienzos de la década considerada se dictó la ley 19.366, que intensifica la política represiva de la legislación anterior.

En tercer lugar, respecto a la idea de que la prohibición, al atacar la oferta, disminuiría la accesibilidad a las drogas, se muestra totalmente ineficaz esta política. La población que considera fácil conseguir drogas se ha mantenido constante en la década. Así el 57% de la población considera fácil conseguir marihuana; el 27% considera fácil conseguir cocaína; y un 34% considera fácil conseguir pasta base. Estas cifras son mayores si se considera solo el rango etareo mas propenso al consumo de drogas ilegales, los jóvenes (personas entre 18 y 25 años). En este rango etareo el 73% considera fácil conseguir marihuana; el 35% considera fácil conseguir cocaína; y el 40% considera fácil conseguir pasta base.

Si tomamos en cuenta los niveles de consumo señalados por este mismo estudio, podemos comprobar que un porcentaje muchísimo mayor que las personas que consumen, tienen un acceso fácil a las drogas. Por tanto, este objetivo tampoco se cumple, las personas que quieran consumir consiguen fácilmente la droga. Lo que si provoca la prohibición, como se ha señalado, es una disminución de la calidad de la

droga que se pueda obtener.

En cuarto lugar, a la vez, respecto a que la represión de la oferta aumentaría los costos lo que haría poco rentable el negocio, claramente se puede ver que esto no es así, es más se puede señalar, que esta dificultad ha aumentado el precio de las drogas ilícitas, aumentando las ganancias con lo cuál el mercado se hace más atractivo, y aumenta la oferta. Consecuencia de esto, es que pese al aumento de los decomisos no disminuye la accesibilidad de las drogas.

Respecto al fin de evitar que el sistema financiero se contamine con dineros provenientes del tráfico de drogas se debe señalar que las condenas por lavado de dinero en nuestro país son mínimas, realmente es casi imposible detectar las intrincadas relaciones entre la droga y los mercados financieros. A su vez cabe señalar que la política prohibicionista es la que origina que estas ganancias sean ilícitas y no paguen impuestos, desvirtuando los mercados, no una supuesta maldad intrínseca de las drogas.

De existir un mercado regulado de las drogas, las ganancias producidas, que disminuirían por efecto de las propias leyes del mercado, seguirían los cauces normales, se sabría en que son invertidas, pagarían impuestos y se sabría exactamente su magnitud. Así se torna ineficaz la política prohibicionista para el logro de este objetivo, al ser precisamente esta la que provoca el problema que se busca solucionar.

Algo similar sucede respecto del fin de asegurar la integridad de la sociedad toda. Como se ha señalado, el problema del tráfico ilícito de drogas, es producto del mismo hecho de la prohibición de la venta de éstas. En razón de ésta misma prohibición, y al existir una demanda creciente, existen organizaciones interesadas en satisfacer esta demanda, las cuales a mayor prohibición, aumentan mas los precios, aumentando más sus ganancias, con lo cuál contratan impunidad y seguridad, buscando asegurar su mercado, controlando barrios enteros.

Una regulación clara de las empresas dedicadas a la producción y venta de drogas, el permitir que estas actúen por los canales lícitos del mercado, evita el nacimiento de verdaderas mafias de narcotraficantes. Existiendo sociedades reglamentadas, estas lucharán por el mercado, según las leyes propias de la oferta y la demanda, no por la ley de las armas.

Respecto al objetivo subyacente a la política prohibicionista, de reafirmar la identidad normativa de la sociedad, ya señalamos en el apartado anterior que este tropieza con principios básicos de la sociedad actual como la dignidad y libertad del hombre para decidir como desarrollar su personalidad.

Teniendo en cuenta que los datos entregados por el estudio reseñado, representan a 8.715.567 personas, de las cuales 5,8% utiliza alguna droga ilícita, la política prohibicionista se traduce en considerar a más de 505.000 personas como incapaces de decidir sus futuros, considerara que necesitan la tutela del estado para decidir que tomar y que no tomar, es considerarlos como no dignos de decidir por sí mismos. Se atropella así la dignidad y libertad de más de 505.000 personas, con una política que provoca más daños que los que previene.

Podemos así afirmar enfáticamente, que los fines declarados como perseguidos por

la política prohibicionista no se cumplen. Esta política es ineficaz y contraproducente en la consecución de estos, creando muchos de los problemas que se pretende solucionar, y no siendo eficaz para solucionar los otros.

C.- Jurisprudencia y actitud del Ministerio Público respecto a la ley 20.000.¹¹⁶

Antes de terminar esta memoria consideramos necesario referirnos a las resoluciones de nuestros tribunales sobre aspectos controvertidos de la ley N° 20.000, con el fin de aclarar ciertos puntos, esto teniendo presente, por supuesto, que los precedentes en Chile no son obligatorios para los tribunales inferiores, no son fuente formal de derecho, pero sí nos dan luces sobre la correcta interpretación de la ley. En particular existe controversia respecto de la figura sancionada con el artículo 4° de la ley, al ser una figura nueva y la principal innovación de ésta.

1.- La naturaleza de la figura sancionada en el artículo 4° de la ley 20.000.

Se busca responder a la pregunta, ¿Es aplicable retroactivamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal?

Al establecer la ley N° 20.000 la figura del llamado “microtráfico” se suscitó la controversia, entre el ministerio público y los abogados defensores, respecto a si esta figura sancionaba un delito nuevo, o si solo establecía un delito privilegiado siendo el mismo delito que se sanciona en forma más benigna, por lo que procedería su aplicación retroactiva, según las normas establecidas en el artículo 18 del Código Penal.

Esto al señalar el artículo 1° transitorio de la ley 20.000, que la ley 19.366 mantiene su vigencia para perseguir los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de la ley 20.000, “sin perjuicio de las normas relativas a las penas que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”.

Respecto a esta discusión, en la seguidilla de solicitudes de modificación de la pena impuestas antes de entrar en vigencia la ley 20.000, el ministerio público argumentó, que la figura del artículo 4° es un nuevo tipo penal que antes no existía, consistente en el microtráfico de estupefacientes, sancionándose nuevas conductas, al ser los verbos rectores restringidos en cuánto al delito de tráfico. Concluyendo el ministerio público que al ser hechos absolutamente diferentes los contemplados, no procede la aplicación del artículo 18 del Código Penal.

En principio algunas sentencias acogieron esta teoría, pero la jurisprudencia posterior ha sido conteste en que se trataría del mismo delito, estableciéndose en el

116

Información obtenida del sitio Web de la defensoría penal pública: <http://www.defensoriapenal.cl>

artículo 4° un privilegio dentro de las conductas sancionadas en el artículo 5° inciso 1° de la ley 19.366, actual artículo 3° inciso 1° de la ley 20.000, siendo la voluntad del legislador dar un tratamiento más benigno atendida la cantidad de droga.

Así lo señala la segunda sala de la Corte Suprema el 19 de julio del año 2005, en autos Rol: 2005-05, al pronunciarse de oficio respecto del Recurso de Nulidad declarado inadmisibile contra una sentencia dictada por el tribunal de juicio oral en lo penal de Temuco, que rechazó la aplicación del artículo 4°, estableciendo que “1° Que lleva razón la recurrente cuando sostiene que constituye un error la afirmación de la sentencia impugnada referente a que lo contemplado en el artículo 4° de la ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes es un tipo de delito nuevo y distinto del que consagra en el artículo 5° inciso primero, de la antigua ley N° 19.366 (descrito hoy en el artículo 3° inciso 1° del nuevo texto legal), a causa de lo cuál no podría considerárselo respecto de aquella disposición como una ley más benigna, y en consecuencia, tampoco dar aplicación en su caso a lo preceptuado en el artículo 18 del Código Penal. En efecto, el artículo 4° de la ley 20.000 no crea una figura delictual diferente del tráfico de estupefacientes contemplado antes en el artículo 5° inciso 1° de la ley 19366, y ahora, en la misma forma, en el artículo 3° inciso 1° de la nueva normativa, si no se limita a disponer, que en el caso concreto ese tráfico se refiere a pequeñas cantidades de drogas, puede sancionárselo con una pena más benévola que la prevista ordinariamente para tal delito. Dicho de otro modo, de lo abarcado por la descripción del comportamiento en que consiste el tráfico de estupefacientes en general, el legislador ha fraccionado un grupo de situaciones a las cuales, no obstante satisfacer las exigencias de ese tipo delictivo, quiere someter a un tratamiento distinto y, ciertamente, más benigno, si concurre la circunstancia de que verse sobre una cantidad de droga pequeña”.

Lo cuál es confirmado por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, del 23 de Agosto del año 2005, señalando que “entonces, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, precisamente por cuanto siendo el mismo hecho tipificado en la nueva ley, pero con pena menos rigurosa, debe arreglarse a ella su juzgamiento”.

La Corte de Apelaciones de Iquique confirma esta jurisprudencia en su sentencia del 13 de mayo del año 2005, en autos Rol de Corte 44-2005, señalando “que en el caso en comento no se vulnera el principio de la irretroactividad de la ley penal, por cuanto no se está creando un nuevo delito, sino que al mismo ilícito de tráfico de estupefacientes, el legislador, por razones de política criminal, le ha agregado el elemento pequeñas cantidades, con la finalidad de que se de efectivamente el valor de la proporcionalidad de las penas”.

Lo establecido por la Jurisprudencia de nuestros máximos tribunales, es confirmado por la doctrina penal, así Mario Garrido Montt nos señala que “la retroactividad de la ley penal más favorable tiene su fundamento en que el legislador al dictar una ley más benigna, recoge la revalorización que la sociedad hace del acto calificado como punible y por eso lo despenaliza o lo sanciona en forma menos rigurosa”¹¹⁷.

¹¹⁷ Garrido Montt Mario, “Derecho Penal”, Tomo I, Ed .Jurídica de Chile, 1997, pag. 112

2.- El concepto de “pequeñas cantidades de drogas”.

De lo señalado en el apartado anterior se desprende que, lo central para determinar si procede o no aplicar el artículo 4° de la ley 20.000 respecto de un caso en particular, es determinar que se entiende por pequeñas cantidades de drogas.

La ley no señala específicamente, cuantos gramos de cada droga debe ser considerado pequeñas cantidades. Al respecto la ya reseñada sentencia del 19 de julio de 2005 de la Corte Suprema en autos Rol N° 2005-05, señala que “pues, en efecto, ¿qué debe entenderse por una pequeña cantidad de sustancia o drogas estupefacientes o sicotrópicas? ¿Lo son, como en el caso a que se refiere esta causa 31.6 gramos de cocaína con 28% de pureza y 170.2 gramos de marihuana, sin principios activos? ¿Lo serían esas mismas cantidades si la marihuana hubiese tenido principios activos, o si la pureza de la cocaína hubiese sido de 28.9% o, quizás, de 40%? Como es fácil advertir, la ley nada dice que permita salir de estas dudas y probablemente y tampoco podría decírnoslo, pues las respuestas dependen de una multiplicidad de factores tan grande que es imposible reducirlo a una generalización.”

Al respecto en esta misma sentencia se señala la postura del ministerio público. Este intentaría una interpretación sistemática para precisar este sentido, señalando que son pequeñas cantidades de drogas, aquellas que de hecho podrían destinarse a su uso o consumo personal y próximo en el tiempo. Considerando la Corte Suprema aceptable esta construcción, pero señalando que no determina nada al también ser una noción cuantitativa indefinida.

También la sentencia en comento nos señala que, es menos útil la interpretación dada por las defensas penales para pequeñas cantidades de drogas. Los cuales establecerían que estas son “aquellas que están destinadas a ser difundidas-esto es, traficadas-por el último interviniente en la cadena de distribución; pues, en efecto, de acuerdo a ese punto de vista serían también cantidades pequeñas las que efectúa un distribuidor callejero que, si bien es portador de una provisión de drogas muy considerable, solo consigue vender porciones reducidas a cada uno de sus numerosos clientes. Nos parece evidente que no ha podido ser ese el propósito perseguido por el legislador al crear la causal de atenuación de la pena contenida en el artículo 4° de la ley N° 20.000.”

Concluyendo en esta sentencia finalmente, respecto al concepto de pequeñas cantidades que, “los casos en que así ocurre dependen de una multiplicidad de factores tan considerables y cambiante, que no existía manera alguna de determinarlos sirviéndose de una generalización que resultara aplicable a la variedad de las situaciones completas, pues, en efecto, el mismo par de gramos de clorhidrato de cocaína que distribuido entre los varios participantes adultos de una reunión social debería ser apreciado como una pequeña cantidad, no lo será si los destinatarios son adolescentes recién llegados a la pubertad; pero, además, la cosa dependerá también del grado de pureza de la sustancia, en fin, de una multitud de otras circunstancias, que, resulta difícil imaginar, por eso, al legislador no le quedaba otra solución que servirse de un concepto regulativo, destinado a orientar la resolución del juez en el caso concreto”.

Así la determinación de que es una pequeña cantidad de drogas, es una cuestión fáctica que debe determinarse según las circunstancias del hecho. Señalando el legislador solo ciertas directrices, según las cuales el tribunal determinará, en el caso concreto, si se trata o no de un a pequeña cantidad. Se señala así en el inciso 3° del artículo 4° que se debe tener presente la calidad o pureza de la droga y las circunstancias del porte, posesión, transporte o guarda. Por su parte a la vez, el tribunal debe respetar las máximas de la experiencia.

Al respecto, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica del 9 de septiembre del año 2005, Rol de Corte N° 171-2005, nos señala: “en este contexto el concepto empleado por el legislador entrega al juez la facultad de calificarlo, pero ello, no implica que el criterio para hacerlo y estimar que una cantidad determinada de droga es pequeña escape a dichos elementos o directrices, sobre todo, basado en las máximas de la experiencia, y tomando debida nota del bien jurídico protegido por la norma.”

De lo señalado, se desprende, que según la jurisprudencia de nuestros tribunales, no se puede señalar a priori, que determinada cantidad de droga es o no es una pequeña cantidad.

Así los fallos de distintos tribunales del país difieren enormemente en la consideración de determinada cantidad como pequeña, dependiendo de las circunstancias de comisión, la pureza de la droga, la situación de la ciudad, etc.

Así la Corte de Apelaciones de Arica en su resolución del 6 de junio del año 2005, respecto a la solicitud de modificación de la pena establecida en el juicio oral de RUC N°0400319137-6 y RIT 31-2005, que noventa y seis gramos de pasta base de cocaína de una pureza de 28% y 69% constituye una pequeña cantidad de droga en Arica: “la alegación de la fiscalía en cuanto asevera que la venta de casi 90 gramos de pasta base de cocaína no puede considerarse como constitutiva de microtráfico,.....será desestimada por este tribunal por entender que la cantidad de drogas que se pretendía comercializar es una pequeña cantidad, habida consideración de lo que usualmente puede observarse en esta ciudad, la cuál, por ser fronteriza, se presta para el tránsito de cantidades de drogas sensiblemente mayores cuyo destino final es el continente europeo o la ciudad de Santiago, y teniendo además en cuenta que las máximas de la experiencia indican que los 89 gramos sorprendidos alcanzan para un máximo de 180 dosis de pasta base de cocaína, lo cuál, si bien produce un evidente daño en la salud de la población, no alcanza las dimensiones que ameritarían tener a la conducta como constitutiva del delito de tráfico de drogas”.

Estableciendo la misma Corte de Apelaciones de Arica en su sentencia del 5 de Septiembre del año 2005, recaída en un Recurso de Nulidad, Rol de Corte N° 171-2005, que 97 gramos de pasta base de Cocaína con un 78% de pureza no son una pequeña cantidad pues considerarlo de otra manera “contradice los principios de la lógica y de las máximas de la experiencia, puesto que, que sin perjuicio de todo lo ya expresado anteriormente sobre el sentido y alcance de la oración pequeña cantidad empleada por el legislador no puede ignorarse que ello se refiere a cantidades ínfimas lo que unido al poder adictivo de la sustancia y su grado de pureza son elementos objetivos que llevan a estos sentenciadores a la convicción necesario que va más allá de toda duda razonable,

que en la especie no se está en presencia de la hipótesis del artículo 4° inciso 1) de la ley 20.000, sino en presencia de un delito de tráfico”.

Por su parte el 12° Juzgado de garantía de Santiago, en la sentencia recaída en el juicio abreviado, RUC 0500230683-1 RIT 21-2005, resuelve que 900 miligramos de pasta base con pureza de 64% son microtráfico en base a que. “los hechos relacionados tipifican el delito contemplado en el artículo 4° de la ley 20.000, toda vez que la imputada portaba una cantidad de droga en una distribución tan particular, que no hace sino presumir que estaba destinada a su venta”.

A su vez la segunda sala de la Corte Suprema establece en su sentencia del 26 de junio de 2005, dictada de oficio en relación con la causa seguida ante el tribunal de juicio oral en lo penal de Temuco, RUC 0300110342, RIT 038-2004, en base a las circunstancias de comisión que 4.5 gramos no son una pequeña cantidad, señalando que “a primera vista pudiera parecer que la cantidad de droga encontrada es escasa, pero ella no es la única comprometida en las acciones del sujeto activo y en la investigación ya que no se considera las que fueron objeto de las dos entregas previas; además, la elevada suma de dinero recuperado conlleva a estimar fundadamente que provinieron de otras transacciones contemporáneas. Adicionalmente por convención probatoria los intervinientes tuvieron como tal que la pasta base retenida arrojó una valoración del 82% de pureza, coincidiendo con lo que pericialmente se informó. Por ello parece razonable considerar que en la especie la cantidad de droga relacionada con los hechos no es pequeña y, por ende, tampoco habría sido posible la aplicación retroactiva de una ley más favorable.

Así no se puede sentar en base a la jurisprudencia una directriz clara para determinar que es y que no es una pequeña cantidad de droga. Dependiendo de las circunstancias del caso.

3.- Rebaja de pena según la naturaleza de la droga.

La descripción típica contenida en artículo 4° de la ley N° 20.000 no hace distinción entre drogas que causan graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud y las que no los causan.

Esta distinción que si se hace respecto a la figura del artículo 1° y 3° de la misma ley, tiene por razón, en esos artículos, establecer una rebaja de penalidad de un grado en caso de tratarse de sustancias que no causan tales efectos, determinando el reglamento que sustancias los provocan y cuales no.

Como se vio, al revisar la discusión de la ley 20.000 el diputado señor Juan Bustos insistió en la necesidad de establecer esta rebaja penal en la figura del artículo 4°.

Pese a que dicha propuesta del diputado señor Bustos no fue acogida, no estableciéndose en la descripción esta rebaja, la 2° sala de la Corte Suprema, en su sentencia del 30 de marzo del 2005, Rol N° 78-2005, aplica esta rebaja, a un caso calificado como microtráfico de marihuana, específicamente de 12 gramos y 39 miligramos de esa droga.

Señalando al respecto: “que dicho delito se encuentra reprimido en el inciso primero del reseñado artículo 4° de la ley N° 20.000 “con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 UTM”, pero atendida la naturaleza de la droga incautada, cannabis sativa comúnmente llamada marihuana, que, como se dijo, que no es capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, es preciso rebajar dicho castigo en un tramo desde el mínimo de los señalados por la ley, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 1° inciso 2°, de la ley N° 20.000 y así la sanción llega a presidio menor en su grado mínimo.”

Esta resolución, del todo proporcional a la afectación del bien jurídico salud pública, no es aplicada por sentencias posteriores sobre microtráfico de marihuana o de otras sustancias que no provoquen los efectos señalados en el inciso primero del artículo 1°.

BIBLIOGRAFÍA:

1-Beltrán Ballester, “ El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española”, en “Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”, Universidad de Valencia, 1977.

2-Bustos Ramírez, Juan, “Coca, cocaína: Política criminal de la droga”, Ed. Jurídica Cono Sur, 1995, Santiago de Chile.

3-Bustos Ramírez, Juan, “Control social y sistema penal”, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona España, 1987.

4-Código Aeronáutico, LexisNexis Chile, Santiago Chile, 2002.

5- Código de Justicia Militar, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2004.

6-Código Penal, Jurídica, Santiago Chile, 2003.

7-“Constitución Política de la República de Chile”, Editorial Jurídica, Santiago Chile, 2005.

8-“Estrategia Nacional para el Control de Drogas, 1998-2007”, Oficina de Política Nacional para el Control de Drogas, Executive Office of the President of the United States, 1997

9-García Pablos, Antonio, “Manual de Criminología”, Editorial Espasa, 1988, Madrid España.

10- Garrido Montt Mario, “Derecho Penal”, Tomo I, Ed .Jurídica de Chile, 1997.

11-Hermosilla Arriagada, Germán, “Manual de la Ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas: Ley N°19.366”, CONACE: Diario Oficial de la Republica de Chile, 1996, Santiago Chile

12-Jakobs, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional”, Ed. Civitas, Madrid España, 1996.

13-“Las Drogas tal cual...”, en <http://www.mind-surf.net/drogas/preguntas.htm#7>

14- Ley 19.366: Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y sustituye la Ley N°18.433: aprobada por el Congreso Nacional, septiembre 1994”, Ministerio del Interior, 1995.

15-Ley 20.000: Sustituye La Ley N°19.366 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, Biblioteca del Congreso Nacional, www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/ver_archivo_ultimas.php?id_ultima=164

16- Martí María del Carmen, “El derecho Internacional Público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes”, en “Delitos contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes”, Universidad de Valencia, 1977.

17- Muñoz Conde Francisco y Aunión Acosta, “Drogas y Derecho Penal”, en “La actual Política Criminal sobre Drogas. Una perspectiva comparada.”, Díaz Repolles, Jose Luis, Edit. Tiransu Lo Blanch, 1993.

18- Nadelman, Ethan, Discurso ante la sociedad interamericana de prensa, 12 de octubre de 1988 www.abc.com.py/especiales/drogas/articulos.php?pid=166109, Diario ABC Color y ABC Color Digital.

19- Newman, Elías, “la legalización de las drogas”, Edit. De Palma, Buenos Aires Argentina, 1991.

20-Roxin, Claus, “Iniciación al Derecho Penal Hoy”, Universidad de Sevilla, Sevilla España, 1981.

21-Sepúlveda Díaz, Jorge “Estados depresivos y uso de estupefacientes”, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1971

22-“Sexto Estudio Nacional de Drogas en la Población General de Chile”, CONACE, Santiago Chile, 2004.

23-Sitio Web de la defensoría penal pública: <http://www.defensoriapenal.cl>

24- Stuart Mills, John, “Sobre la libertad”, editorial Sarpe, Madrid, 1984

25- Tramitación de la Ley 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional de la Republica de Chile, http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/asisil/listado/todo_sil.php?url1=http://sil.senado.cl/cg

26-Zamorano, Alfonso, “El discurso de la droga o el juego de la doble moral”, en “Libro Homenaje al doctor Jorge Zavala Baquerizo”, editorial Edino, Guayaquil, 1992