



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**USO RITUAL DE SUSTANCIAS Y SU EVENTUAL CONTRADICCIÓN CON
LA LEY N°20.000 QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE
ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS.**

Análisis Jurisprudencial.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autores: José Tomás Serrano León,

Álvaro Antonio Pérez Sommariva

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago de Chile, septiembre 2017.

GLOSARIO

1. Constitución: Constitución Política de la República de Chile, año 1980.
2. Corte: Corte Suprema de Chile.
3. Defensoría: Defensoría Penal Pública de Chile, entidad estatal dependiente del Ministerio de Justicia.
4. Ley 19.366: que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Fue dictada el año 1995, y posteriormente derogada por la Ley N°20.000, vigente.
5. Ley: Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, año 2005.
6. Tribunales Superiores: Corte Suprema y Cortes de Apelaciones exclusivamente.

ÍNDICE

1. Introducción.....	6
2. Lo ritual y el uso de drogas.....	8
2.1. Esencia y relevancia de lo ritual.....	9
2.2. Rituales en la sociedad posmoderna.....	11
2.3. El rol de las drogas en el contexto ritual.....	13
3. Lo ritual en la Constitución chilena.....	15
3.1. La libertad religiosa y secular.....	16
3.2. El uso de drogas en el desarrollo espiritual de los individuos.....	19

4. Normativa Nacional.....	22
4.1. Historia breve de la Ley N° 20.000.....	23
4.2. Delitos de peligro y bien jurídico protegido.....	24
4.3. La conducta sancionada y los ‘elementos negativos’.....	28
4.4. Problemas actuales de aplicación.....	33
5. Análisis Jurisprudencial.....	34
5.1. El análisis de garantías constitucionales y derechos fundamentales a considerarse para la justificación de conductas de consumo personal o auto cultivo.....	35
5.2. El auto cultivo de especies vegetales del género cannabis sativas para el consumo personal o tratamiento médico y el sentido de la competente autorización del Servicio Agrícola Ganadero del artículo 9 de la Ley.....	41
5.3. El sentido de la expresión contenido en la Ley N° 20.000 sobre el “uso o consumo personal exclusivo” del artículo 8 y los casos del consumo personal colectivo y/o consumo ritual, respecto del bien jurídico protegido.....	4
5.4. El alcance del principio de lesividad como límite al poder punitivo estatal.....	45
5.5. La figura de autolesión como expresión de la autonomía de la voluntad y la autodeterminación.....	51
5.6. Determinación del nuevo criterio y su alcance dogmático.....	53
6. Conclusiones.....	55

7. Bibliografía.....63

Resumen

La Ley N°20.000, que regula y sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, ha sido materia de discusión en la doctrina penal chilena. Con todo, los tribunales de justicia que están llamados a dar aplicación a dicha ley no habían abordado en su práctica jurisdiccional ciertos problemas de aplicación y de comprensión cabal de ciertos preceptos de la misma.

Este trabajo busca recoger el criterio aplicado de un tiempo a esta parte por la Corte Suprema de Chile, por medio de la introducción en este trabajo de conceptos antropológicos vinculados al uso de las sustancias reguladas. Asimismo, buscamos dar con un marco constitucional básico que nos permita entender cabalmente las referencias, tanto claras como implícitas, de las decisiones que la Corte Suprema ha tomado, dando un aparente giro considerable a la forma de interpretar y aplicar ciertos preceptos centrales de la Ley N°20.000.

En fin, este trabajo desarrolla, a la luz de los nuevos criterios, ideas con base jurídica con el objeto de desarrollar y dar mayor comprensión dogmática y doctrinaria a este nuevo criterio.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo busca analizar los criterios y lineamientos jurisprudenciales pronunciados por los Tribunales Superiores de Justicia en Chile y exponer la estructura jurídica que sustenta y hace posible el uso ritual de ciertas sustancias catalogadas como psicotrópicas o estupefacientes por la Ley N° 20.000, considerando para este efecto elementos culturales, religiosos o de la autonomía personal que hacen de este uso una conducta atípica en los mismos términos de la Ley mencionada.

Para ello realizamos, brevemente, una construcción con base antropológica y sociológica de la voz *ritual*. En virtud de las investigaciones de diversos antropólogos, principalmente Víctor Turner¹ y su antropología simbólica, consideramos a los rituales como un *acto simbólico* que debe disociarse de las meras alusiones a comunidades aborígenes, y con ello, extenderse a un concepto amplio que incluye, en potencia, a todos los miembros de una comunidad política, incluyendo rituales religiosos y no religiosos, en tanto éstos constituyen una superación temporal de las estructuras sociales a la vez que hacen visible la esencia de la *communitas*, concepto que engloba los vínculos esenciales que hacen que un grupo humano sea una comunidad antes que una sociedad.

¹ Antropólogo cultural británico (1920-1983), conocido por sus trabajos sobre los rituales de paso en las tribus de Zambia, a partir de lo cual desarrolló una teoría sobre la antropología simbólica e interpretativa.

Por tanto, dentro de esta concepción, los rituales forman parte de la comunidad política en dos fases: por un lado, permiten un reconocimiento del otro en comunidad, y, por otro lado, se configuran como una expresión del ejercicio y desarrollo del imaginario cultural de un grupo de esa comunidad. De esta forma, la clave de los rituales consiste en que todos los tenemos, ya que expresan y con ello permiten que una comunidad siga siendo tal: es decir, son parte del núcleo de una cultura.

Seguidamente construimos un lugar y un concepto de lo ritual como expresión cultural en la Constitución, a partir de la interpretación de las normas mismas de la carta fundamental y la doctrina desarrollada en esta materia.

En virtud de la comprensión actual de los elementos culturales del uso ritual de sustancias como una conducta atípica, y de cómo esta interpretación protege a los individuos en el ejercicio legítimo del uso ritual, frente a la intervención estatal manifestada como prohibición de tráfico de estupefacientes a través de la Ley N° 20.000, hacemos una recopilación y análisis crítico de los fallos pronunciados por los Tribunales Superiores de Justicia en Chile y los elementos que toman estas sentencias para condenar o absolver a los involucrados frente a estas conductas.

Destacamos los últimos fallos absolutorios pronunciados por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema durante el año 2015, donde se tratan, entre otros, los conceptos de principio de lesividad, salud pública, consumo personal, colectivo y “autolesión”, así como otras consideraciones relevantes respecto del tema en cuestión frente al bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000, estableciéndose un cambio de criterio respecto de fallos anteriores vinculados a la materia. Dichos fallos absolutorios los incluimos en la investigación para efectos del análisis jurisprudencial propuesto en esta tesis.

Finalmente, realizamos conclusiones y eventuales propuestas legislativas en la materia, en consideración a los resultados obtenidos de este trabajo y, especialmente, en cuanto a los lineamientos jurisprudenciales actuales, que denotan un reconocimiento de dinámicas sociales de evolución con mayor rapidez que el derecho positivo.

2. CAPÍTULO I. Lo ritual y el uso de drogas.

En este capítulo nos enfocaremos en exponer un concepto abstracto, pero a la vez definido de la voz “ritual”, con el objetivo, desde ese núcleo de significado, de determinar ciertos puntos que creemos relevantes para el desarrollo de nuestras ideas posteriores. Dichos puntos son:

- i) la esencia misma del ritual como un acto que expresa la cultura de una comunidad política;
- ii) la relevancia que tienen dichos actos desde el punto de vista del individuo y especialmente, de la sociedad;
- iii) qué alcance puede tener el ritual en la sociedad post industrializada; y finalmente
- iv) qué rol juegan, determinado lo anterior, las drogas en el contexto del acto ritual.

Para desarrollar todos esos puntos relevantes, hemos basado nuestro análisis en el trabajo antropológico de los profesores Víctor Turner y Bronislaw Malinowski². La elección de esta línea de pensamiento se justifica en que estos autores representan una visión consolidada y generalmente aceptada

² Antropólogo polaco (1884-1942), inició sus estudios antropológicos en sociedades de los aborígenes australianos, Nueva Guinea y posteriormente en Kenia. Su acercamiento a la antropología desarrolló posteriormente la corriente funcionalista.

en la comunidad científica³ del tratamiento del mito y el ritual en la antropología del siglo XX. Además, representan una forma de abordar el estudio antropológico que nos permite extender los beneficios de sus estudios más allá de la descripción cultural histórica, cuestión que para efectos del tema que abordamos en este trabajo es de suma importancia. En palabras de Malinowski “la antropología debería ser no sólo el estudio de la costumbre salvaje a la luz de nuestra mentalidad y cultura, sino también el estudio de nuestra propia mentalidad en una distante perspectiva que se pide prestada al hombre de la edad de piedra”⁴.

2.1. Esencia y relevancia de lo ritual

El ritual como un acto cultural debe entenderse no como una definición de diccionario –lo cual explica el porqué de extendernos en este punto– sino como un elemento de los grupos humanos que se logra aprehender en su esencia atendiendo a los efectos que generan tanto a nivel social como individual. En este sentido, el primer análisis hecho por Turner determina las dos facetas del acto ritual: la *communitas* y la *liminalidad*.

La *communitas* corresponde al estado que se alcanza con el ritual, es el objetivo de éste en términos abstractos (sociales) y concretos (individuales). Turner señala que este estado consiste en “un lazo que une a la gente por encima y más allá de cualquier lazo social formal”⁵. Esto reside en un nivel emocional, es un profundo sentimiento de humanidad que siempre está presente, pero que se encuentra escondido o en pugna debido a la dialéctica

³ Al efecto es clara la influencia en autores como Raymond Firth, *The Work of the Gods in Tikopia* Melbourne, Melbourne University Press (1967) y Audrey Richards, *Chisungu: a girl's initiation ceremony among the Bemba of Northern Rhodesia*. London, Faber (1956).

⁴ MALINOWSKI, Bronislaw (1954) “Myth in Primitive Psychology” en *Magic, Science and Religion and Other Essays*. New York: Doubleday & Co., pp. 100-145; p. 184.

⁵ TURNER, Víctor. (1974), *Dramas Sociales y Metáforas Rituales*, Ithaca, New York: Cornell University Press, p. 20.

permanente que existe entre el mundo de la estructura en sentido amplio (de roles sociales, división social del trabajo, de grupos antagónicos, etc.), y la humanidad subyacente despojada de dichos elementos. Turner la denomina de esta forma para distinguirla del mero sentimiento de pertenencia a una comunidad política, que es un vínculo ubicado en el plano estructurado de la sociedad.

Con todo, “la *communitas* y la estructura se pueden encontrar en todas las etapas y niveles de la cultura y la sociedad”⁶, lo cual revela a esta dialéctica de funcionamiento social como parte del engranaje básico de una comunidad: es producto de la sociedad y la sostiene. Es más, para dicho autor “ninguna sociedad puede funcionar adecuadamente sin esta dialéctica”⁷.

En la superficie de este conflicto se encuentra generalmente la estructura social, donde prima aquello que Henri Bergson llama una sociedad de ‘moralidad cerrada’, en la que prevalece un “sistema normativo de grupos particularizados, estructurados”⁸, y en la que cada grupo se defiende contra los otros para mantener sus tradiciones y lógicas. Esto es evidente tanto en clases sociales como en estructuras más pequeñas (padres contra hijos, grupos ideológicos, generaciones antagónicas, etc.).

Por otra parte, Turner identifica otro elemento del ritual, que es la *liminalidad*, entendida ésta como un estado ambiguo de cosas (*bixt and betwixt*, como desarrolla Turner en *El Proceso Ritual* [1988]) que a través del acto del rito dirige a los individuos a la *communitas*. No es un concepto sustancial sino descriptivo de cómo ocurre la inversión dialéctica entre la estructura y la *communitas*: “la *communitas* es sobre el ahora; la estructura está enraizada en el pasado y se extiende hacia el futuro a través del lenguaje, la legislación

⁶ TURNER, Víctor (1974), Op. cit. p. 113.

⁷ *Ibíd.*, p. 129.

⁸ TURNER, Víctor (1988), *El Proceso Ritual: Estructura y Antiestructura*, Madrid: Editorial Taurus, p. 113.

y la costumbre”⁹. Lo anterior quiere decir que aquel sentimiento de humanidad profundo es por esencia efímero, y sólo vive en el rito. De modo que, transcurrido éste, se vuelve al *status quo*.

La relevancia que en perspectiva tiene este objetivo primordial del ritual es que “el hombre es liberado de la estructura hacia la *communitas* sólo para regresar a la estructura revitalizado por la experiencia de la *communitas*”¹⁰, lo cual representa un impacto profundo en los dos niveles anteriormente mencionados: a nivel social es un regreso a aquel estado de cosas sobre el cual se construye todo lo demás que compone la sociedad. Es un ejercicio de ‘sanidad’ que, tal como afirma Turner, revitaliza al hombre en sociedad de sus motivos para mantener esa forma de vida, y por tanto, no sólo permite que se sostenga en el tiempo la estructura de la sociedad misma, sino que además, a nivel individual, impacta emocionalmente como una pausa que reafirma los valores de la comunidad en la que se vive. Dicho de otra manera, el ritual “genera cohesión, patriotismo local, un sentimiento de unión y pertenencia a la comunidad”¹¹.

Entonces, la función humana del ritual “es más bien un asunto de dar reconocimiento a un vínculo humano esencial y genérico, sin el cual no podría haber sociedad alguna”¹², lo cual en términos figurativos implica aceptar el engranaje dialéctico de la sociedad, para que sus miembros puedan seguir sosteniendo aquella dinámica.

2.2. Rituales en la sociedad posmoderna

Es relevante mencionar que las investigaciones antropológicas de estos autores se basan principalmente en la observación y descripción de conductas

⁹ *Ibíd.*, p. 113.

¹⁰ TURNER, Victor (1988), *Op.cit.*, p. 129.

¹¹ MALINOWSKI, Branislav (1954), *Op. cit.*, pp. 182-183.

¹² TURNER, Victor(1988), *Op.cit.*, p. 97.

en culturas aborígenes, sin concepto de Estado, nación o división industrial del trabajo. Sin embargo, dada la perspectiva con que abordan sus investigaciones, realizan un esfuerzo por aplicar sus conclusiones a la sociedad actual.

Por ejemplo, Malinowski separa el origen del ritual según el grupo humano del que hablamos, de manera que “así como para nosotros la historia establecida vive en nuestros rituales y nuestra moralidad, gobierna nuestra fe y controla nuestra conducta, así lo hace el mito en la sociedad salvaje”¹³. Esto implica que el desarrollo de los rituales en la sociedad moderna se basa en una construcción cultural e histórica común, y no en mitos de origen o fin del mundo.

Turner, a su vez, evidencia una debacle de la ritualidad sustantiva en el desarrollo de la humanidad, identificando que “lo que parece haber ocurrido es que, con la creciente especialización de la cultura y la sociedad, con progresiva complejidad en la división social del trabajo (...) ha convertido a calidades definidas como culturales en una calidad institucionalizada”¹⁴.

Con todo, esto refuerza la idea de que en una sociedad como la nuestra, la existencia de actos rituales –esto es, de actos que tienden a lograr aquel estado profundo de reconocimiento humano, ajeno al funcionamiento ordinario de la sociedad estructurada– se torna esencial, ya que como mencionamos anteriormente, para Turner la dialéctica social y la necesidad de invertirla cotidianamente es más evidente en la actualidad que en sociedades prehistóricas. Para el autor es esencial revigorizar en cuanto a su significado y su función a los actos que en la sociedad actual se construyen como rituales. Esto no es sólo por la finalidad social que acabamos de mencionar, sino además porque tiende al desarrollo cultural individual y

¹³ MALINOWSKI, Branislav (1954), Op.cit., p. 177.

¹⁴ TURNER, Victor(1988), Op.cit., p. 107.

colectivo; las condiciones de *communitas* en que deriva un acto ritual “son condiciones en las cuales se generan frecuentemente los símbolos, rituales, sistemas filosóficos y las obras de arte”¹⁵.

En fin, consideramos que en la sociedad actual existen expresiones rituales más o menos conscientes (en cuanto a lograr la *communitas*), desarrolladas por grupos humanos organizados, ya sean a través de temazcales, rituales de sanación fitológica, performances artísticas y musicales, ritos de paso modernos, entre otros.

No nos extenderemos más sobre la delimitación precisa de qué podría constituir un acto ritual concertado entre un grupo de personas, ya que es una labor interminable, y superan el tenor esencialmente abstracto de esta sección del trabajo y las investigaciones en las que se basa. Sin embargo, nuestro punto en este apartado sí es dar por sentado que los actos rituales y el desarrollo espiritual de los individuos y las culturas en esa dirección supera la obtusa visión de que sólo se presentan fragmentariamente, de forma cuasi anecdótica en los vestigios de culturas antiguas. Como se señaló anteriormente, no sólo existen estas expresiones, sino que se erigen como necesidades tanto a nivel individual como social.

2.3. El rol de las drogas en el contexto ritual

Como expusimos anteriormente, el rol del ritual en una sociedad es lograr lo que Turner ha llamado la *communitas*, siendo un estado que “transgrede o disuelve las normas que gobiernan las relaciones estructuradas e institucionalizadas y es acompañada de experiencias de una potencia sin precedentes”¹⁶. Es relevante detenerse sobre el segundo elemento de esta descripción: la experiencia de una potencia sin precedentes.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 198.

¹⁶ TURNER, Victor (1988), *Op.cit.*, p. 198.

Dado que, especialmente en la sociedad actual –aunque también en las sociedades aborígenes–, superar la dialéctica predominante es complejo, y que esa complejidad se ve potenciada por la creciente división social del trabajo, la deshumanización de las relaciones humanas cotidianas y el predominio de la mente económica por sobre otros aspectos humanos, el impacto emocional necesario para alcanzar el sentimiento de *communitas* debe ser ‘gatillado’ de alguna manera.

Para Turner, en esto consisten los “dramas” de los actos rituales. En el contexto de la inversión de los extremos dialécticos en juego durante un ritual, “el drama de la acción ritual –el canto, danza, uso de alcohol o alucinógenos– ocasiona un intercambio entre estos polos en que los referentes biológicos y los referentes normativos se cargan con significación emocional”¹⁷, de modo que las drogas y los demás elementos mencionados (sin ser exhaustivos), usados en un contexto de búsqueda de este reconocimiento humano esencial, son herramientas útiles.

En las sociedades post industrializadas, tal como las hemos descrito, estas herramientas pasan a ser de especial relevancia, debido a la dificultad de generar este tipo de estados, considerando el importante desequilibrio dialéctico que experimentamos en la actualidad. Queremos profundizar en este punto: contrariamente a lo que se piensa comúnmente, el uso de los “dramas” rituales dista de ser un pintoresco elemento cultural propio de las culturas aborígenes, sino que constituyen vehículos principales a través de los cuales es posible alcanzar estados emocionales primitivos, vinculados indisolublemente a la idea de *communitas*.

Al respecto, puede surgir la duda en torno al consumo responsable de estas sustancias en un contexto ritual. Sin embargo, Turner señala que “el peligro

¹⁷ TURNER, Victor (1974), Op.cit., p. 28.

es un elemento clave en la producción de una *communitas* existencial, así como lo es la posibilidad de un ‘mal viaje’ para la *communitas* narcótica de ciertos habitantes de la ciudad moderna”¹⁸. Esto no quiere decir que el peligro emocional sea llevado a un extremo arbitrario, sino que es un elemento del camino que lleva eventualmente a cumplir con los objetivos culturales que un acto ritual busca y requiere.

Lo anterior no obsta a reconocer que los actos rituales, especialmente aquellos llevados a cabo con los “dramas” narcóticos, implican una especial precaución. Para ejemplificar dicha situación, es ilustrativo el caso concreto de aquello que Turner menciona como el ‘mal viaje’: un individuo que se somete de manera informada a los requerimientos de un ritual dado, no sólo se encuentra guiado constantemente por una autoridad ritual, sino que además asume en alguna medida el riesgo de la intoxicación o del impacto emocional excesivo que pueda provocar el vehículo mismo e incluso el ritual todo.

3. CAPÍTULO II. Lo ritual en la Constitución Política chilena.

En el primer capítulo hemos tratado de esbozar un significado actualizado a los objetivos y elementos esenciales de lo ritual. La finalidad de dicho análisis persigue poner en el centro de nuestra argumentación dos puntos relevantes, a saber: i) El ritual es un acto fundamental en una comunidad humana, incluyendo las sociedades post industrializadas y; ii) Las drogas son parte importante de los actos rituales, por motivos históricos y principalmente, de valor práctico en miras a alcanzar los objetivos del ritual.

¹⁸ TURNER, Victor (1988), Op.cit., p. 174.

En este capítulo realizaremos un análisis de perspectiva liberal de la regulación constitucional del desarrollo espiritual y moral de los individuos. Lo anterior implica necesariamente ampliar el ámbito de protección de la “libertad religiosa” a formas de pensamiento, conductas y organizaciones colectivas que superan la idea del culto religioso.

Por otro lado, exponemos la idea de que uno de los objetivos primordiales de la Constitución, por sobre el establecimiento de derechos y libertades en concreto, es el reconocimiento al núcleo de un ser humano en su existencia, esto es el desarrollo intelectual y, con ello, la conciencia moral que le permita llevar a cabo su vida en concordancia a dicha conciencia moral, cuestión que en sí misma supera la noción reducida del culto o la religión.

Finalmente, analizamos las limitaciones jurídicas relativas a la manifestación de creencias religiosas y no religiosas vinculadas al uso de estupefacientes, y en qué dirección es razonable interpretar los preceptos constitucionales que establecen dichas limitaciones, con el objetivo de favorecer el desarrollo pleno del individuo, en los términos de lo expresado en la Constitución misma.

Lo anterior es relevante para nuestro análisis, dado que, si vinculamos el mundo ritual sólo con el culto religioso, existe una tendencia argumental a reducir el ámbito del consumo de estupefacientes a los cultos aborígenes o bien, a cultos occidentales normalizados y familiarizados con esas prácticas¹⁹, cuestión que pretendemos evitar²⁰.

3.1. La libertad religiosa y secular

¹⁹ Nos parece relevante recalcar el carácter que (texto del mundo moderno y drogas) tienen las drogas desde la categoría científica: tanto el alcohol como el tabaco y aún, drogas totalmente normalizadas como el azúcar o la sal, reúnen características que sólo justifican su legalidad en atención al contexto cultural.

²⁰ Aun en el estudio liberal realizado por Daniel Loewe, identificamos un leve sesgo en esta dirección; para evidenciarlo revisar pp. 198-199 del texto citado.

La protección constitucional de la libertad de conciencia se encuentra reconocida en el artículo 19 N°6, que asegura “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o a la ley”. Esta redacción parece a primera vista bastante secular, manteniendo el carácter religioso en la voz *culto*, como los actos que manifiestan una creencia conectada a un ser superior.

En doctrina se reconoce el carácter amplio de la libertad consagrada²¹; pese a esto el análisis más profundo se centra en la tradición occidental – principalmente judeocristiana– del culto²².

Es relevante desechar una postura analítica que sea tan reducida en sus consideraciones, ya que uno de los objetivos de la protección consagrada en el artículo 19 N°6 es precisamente no discriminar, en el entendido de que “el Estado debe ser neutral en su protección y no privilegiar a la conciencia religiosa por sobre la secular”²³.

Existen diversas manifestaciones de la discriminación en esta materia, y, claramente, una de ellas está dada por la diferencia entre la conciencia secular y la religiosa. Se produce, por un lado, una discriminación entre los creyentes de los no creyentes, en cuanto a las libertades que les reconocería la Constitución²⁴ y; por otro lado, se discrimina a nivel regulatorio del problema en lo relativo al uso de drogas y protección de la autonomía personal. Esto es

²¹ PRECHT, Jorge (2000), “La libertad religiosa”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 21. Valparaíso: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 103-118, p. 112; y LOEWE, Daniel (2011), “Libertad de conciencia y liberalismo” en Anuario de Derechos Humanos, Santiago: Universidad de Chile, pp. 193-200, p. 195.

²² Este rango acotado de tradiciones culturales e idiosincrasias es claro en la línea argumentativa de los textos citados en este trabajo de los profesores PRECHT (2000) y NOGUEIRA (2006).

²³ LOEWE, Daniel (2011), Op.cit. p. 199.

²⁴ Se trata el tema en el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1993, 21), Kokkinakis vs. Grecia. En aquel fallo se señala que se protege la libertad de conciencia de “creyentes y no creyentes”.

claro en la normativa tanto nacional como internacional referente a esta materia.

En este sentido, se señala que las etnias tienen derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión”²⁵. De igual forma, nuestra ley indígena²⁶ en sus artículos 1 y 54 protege la integridad cultural de las etnias y de las manifestaciones de esa misma cultura en un sentido general²⁷ y procesal²⁸.

El problema es precisamente una interpretación constitucional discriminatoria, sin reconocer que “la protección de la conciencia no se agota con la protección de la libertad religiosa. En nuestras sociedades plurales muchos individuos tienen una conciencia moral secular”²⁹.

El profesor Loewe introduce un punto que debe ser tratado: ¿Qué conciencia es la que protege el artículo 19 N°6, y por qué lo hace? La conciencia que busca proteger es aquella que el individuo tiene para la “determinación de valores de acuerdo con los cuales formula su proyecto de vida y la conformación a dicho pensamiento de su actividad externa personal y social”³⁰. En el mismo sentido, tenemos que la voz “creencia” es la que “se distingue de las ‘ideas u opiniones’ en que la primera da una visión coherente de los problemas fundamentales de la existencia y tiene una relevancia sobre la esfera moral”³¹.

²⁵ Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁶ Ley 19.253 de 1993 sobre fomento y desarrollo de los indígenas.

²⁷ En el inciso tercero del art. 1 de la Ley 19.253 señala que “es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas”.

²⁸ La misma ley, en su art 54 que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho”.

²⁹ LOEWE, Daniel (2011), p. 195.

³⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2006) “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno” en Revista Ius et Praxis, año 12 N° 2, Santiago, pp. 13-41, p. 16.

³¹ PRECHT, Jorge (2000), Op.cit., p. 112.

Dado lo anterior, la conciencia en que se abstiene el Estado es amplísima, ya que es la que construye el código moral de los individuos de una comunidad política, con el origen que sea (religioso, ideológico, cultural, etc.). Asimismo, la idea de que el Estado fomente esta formación de conciencia privada implica razonablemente que esa “libertad de conciencia exige asimismo al individuo una actuación externa conforme a sus propios juicios morales”³², lo cual no sólo le da sentido y coherencia al conjunto de normas constitucionales relativas a la materia (en concordancia con el artículo N° 1 de la Constitución), sino que, como se ha fallado, “es prenda de madurez y condición de libertad”³³.

En síntesis, no es razonable que la regulación constitucional otorgue una libertad vacía: si el individuo tiene permitido construir su moralidad privada, debe necesariamente permitírsele que viva conforme a esa moralidad.

3.2. El uso de drogas en el desarrollo espiritual de los individuos

Con todo, la misma Constitución establece los límites a la vida conforme a la moralidad propia: se señala en el artículo 19 N°6 que éstos son el orden público, las buenas costumbres y la moral.

Estimamos que, de estos tres conceptos, el que se relaciona más directamente con la regulación de drogas es el de “orden público”. AL respecto, se ha definido este concepto como “el conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre un sistema de valores y principios jurídicos dentro de un Estado Constitucional Democrático”³⁴.

³² NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2006), Op.cit., p. 17.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (4 de julio de 2006), Sentencia Ximena Lopes vs. Brasil.

³⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2006), Op.cit., p. 31.

Nuestra dirección argumental pretende ampliar a tal punto el ámbito de protección de la autodeterminación moral y espiritual, que ésta se extienda en dos sentidos: a) La superación del artículo 19 N°6 como una protección a ideas de “culto” y; b) La inclusión legítima de las drogas en aquella autodeterminación, asumiendo que hablamos de una esfera sagrada de protección constitucional a dos caras; negativamente implica que si la manifestación de esa espiritualidad y moralidad no afecta realmente el orden público, es un legítimo ejercicio y, positivamente, implica la promoción no discriminatoria de la consecución del fin constitucional esencial propuesto en el artículo N° 1 de la misma Carta Fundamental.

Así, dicho artículo señala que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual 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”.

Estimamos que, debido al tenor de dicho artículo en lo relativo a la realización espiritual, el artículo 19 N°6 establece una vía por la cual el Estado crea las condiciones que facilitan el desarrollo espiritual, cumpliendo con el mandato del artículo N° 1 del mismo cuerpo legal.

En este sentido se ha planteado la discusión que esbozamos anteriormente y que trataremos a propósito del análisis jurisprudencial más adelante: la esfera de reconocimiento constitucional que invoca el artículo 19 N°6 y, en alguna medida, el artículo 19 N°13, apuntan precisamente a esferas privadas, de modo que no es posible hablar de afectación de intereses. Más bien estamos hablando de una esfera fomentada por los objetivos esenciales de la

Constitución: esto es, permitir que cada quien se desarrolle y viva conforme a su ética personal, en tanto no afecte a los demás ni a la sociedad toda.

En concordancia con lo señalado, precisamente el ejercicio fructífero de dicha libertad presupone que “el Estado está imposibilitado de entrar en este ámbito, debiendo respetar el proceso intelectual y la búsqueda de la verdad que desarrolle autónomamente la persona, como, asimismo, su comportamiento externo conforme a su conciencia”³⁵.

Es razonable pensar que las limitaciones a las libertades constitucionales, en este caso el orden público, “debe ser constitucionalmente interpretado en conjunto con los demás valores y principios constitucionales”³⁶, de modo que una regulación de estupefacientes que genere resultados discriminatorios no se ajustaría a dichos valores.

En esta línea, se ha señalado que una regulación constitucional no discriminatoria debe tener en cuenta las consecuencias más gravosas que se impone a unos por sobre otros. Así como ocurrió en la historia de esta libertad en Estados Unidos, se señala que “la ley de control de narcóticos y estupefacientes puede ser neutral hacia los protestantes, pero desventaja a los indios Navajo que utilizan peyote en sus ceremonias religiosas”³⁷.

El punto anterior nos revela esa desventaja brutal en nuestra sociedad: el vino está permitido en nuestros rituales judeocristianos en buena medida por nuestra historia cultural. Se ha estimado razonable que un ámbito de protección abarque también el uso de sustancias por parte de culturas indígenas³⁸; nuestro punto es que sería discriminatorio no incluir a las moralidades seculares dentro de esa protección.

³⁵ NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2006), Op.cit., p. 17.

³⁶ *Ibíd.*, pp. 31-32.

³⁷ LOEWE, Daniel (2011), Op.cit., p. 198.

³⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta; (30 de noviembre de 2007), Sentencia Rol 250-2007.

En virtud de que la protección que se le da al desarrollo personal no puede ser discriminatoria, nos parece claro que la protección a individuos o comunidades indígenas responde a tender a su desarrollo personal en los mismos términos que la Constitución señala para quienes no son indígenas. En opinión de esta investigación, atentaría contra la igual protección de dicha esfera privada si no fuera protegida con igual fuerza la conciencia secular.

En resumen, si se prefiere una interpretación constitucional tradicional, se cae en desventajas inaceptables ya que sólo se protegería el consumo de drogas por parte de los cristianos y las comunidades indígenas, cuestión que limita a la libertad del artículo 19 N°6 respecto de todas las demás personas en su esfera privada.

4. CAPÍTULO III Normativa Nacional.

En este apartado, nos centraremos en el análisis de la regulación de orden público que existe en torno a los estupefacientes, materia que se encuentra íntegramente regulada en la Ley N° 20.000 y su reglamento. Al respecto, desarrollaremos primero la historia reciente de la regulación de drogas en Chile, enfatizando la justificación que tuvo la nueva normativa de drogas, establecida hoy por dicha ley.

Nos enfocaremos en un análisis de las conductas tipificadas por esta ley, relevante en relación a los actos rituales enmarcados en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales tratados anteriormente. Asimismo, expondremos de forma descriptiva parte del debate que se ha generado en torno a los llamados “elementos negativos” que conforman estos tipos penales y la regulación que la ley establece en general al respecto, estableciendo la naturaleza dogmática

de los delitos regulados, el bien jurídico protegido por la ley actual y su relevancia dentro de la misma, y las circunstancias que, conforme a su técnica legislativa, excluyen o aminoran las sanciones establecidas en la misma.

Finalmente, esbozaremos los puntos centrales de los problemas de aplicación que esta ley ha tenido para los tribunales de justicia, cuestión que será expuesta en detalle en el apartado siguiente.

4.1. Historia breve de la Ley N° 20.000

La actual Ley N° 20.000, que regula el tráfico de estupefacientes, nace a partir de una ley anterior –la Ley 19.366- que regulaba íntegramente la misma materia.

La regulación que establecía la ley anterior tuvo para el legislador³⁹ claros problemas de aplicación, ya que generaba una desproporción en dos sentidos: por un lado, “las sanciones aparecían desproporcionadas al aplicarlas por igual tanto al pequeño traficante como a los que organizadamente producían o comercializaban grandes cantidades de drogas” –cuestión que, al igual que la actual ley, no se resuelve con claridad, manteniendo la calidad como un concepto cualitativo poco desarrollado; por otro lado, se entendió como desproporcionada en tanto se mantenía una esfera de impunidad que el legislador entendió como una consecuencia indeseada de dicha ley: muchos traficantes a menor escala podían apelar a dicha esfera para ser considerados como consumidores o portadores de cantidades pequeñas.

Estos problemas radicaban esencialmente en el artículo 5 de la Ley N° 19.366, que “contemplaba penas para el tráfico ilícito, pero sin distinguir en las

³⁹ El contenido completo de las motivaciones del legislador consta en el Mensaje del Poder Ejecutivo N° 232-241, de fecha 2 de diciembre de 1999.

cantidades comercializadas”⁴⁰. Dicha técnica legislativa generaba un tipo penal sumamente amplio, lo cual se alejaba de una comprensión realista del mercado de los estupefacientes en el país, donde existen diversos niveles de participación, manejo de cantidades y jerarquías, así como diversos niveles de producción de las sustancias.

Se dio inicio entonces al proceso legislativo que culminó con la dictación de la Ley N° 20.000, con el objeto de “castigar el tráfico menor con una pena proporcional al posible daño al bien jurídico protegido por este delito”⁴¹, según lo ya expuesto, y en el entendido de que este tipo de delitos y regulaciones están fuertemente vinculadas en su justificación al bien jurídico que protegen.

La actual Ley N° 20.000 pasó a regular diversas conductas principales y accesorias al proceso de distribución de estupefacientes, separando al tráfico (en su artículo 3), de la difusión o tráfico con cantidades menores (artículo 4), y señalando conductas adyacentes –vinculadas a la idea del auto cultivo– que producían una amenaza más lejana al bien jurídico protegido (artículo 8). Al respecto, tanto en el artículo 4 como en el artículo 8 de dicha norma se establecía la distinción con el consumidor.

Por tanto, el objetivo que se persiguió al regular con una nueva ley esta materia, de forma íntegra, era lograr un cuerpo legal que “permite distinguir por primera vez entre el traficante mayor y el ahora pequeño traficante”⁴², cuestión que se logró al menos en términos formales, construyendo una estructura tripartita de circunstancias vinculadas al tráfico de estupefacientes: el traficante, el micro traficante, y el consumidor; cada uno con un nivel de

⁴⁰ DE NARVAEZ, Pedro (2010) Revisión y Análisis de Criterios Judiciales Aplicados en la Interpretación de la Expresión Pequeñas Cantidades del Artículo 4 de la Ley 20.000 en la Región de Coquimbo entre los años 2005 y 2009. Santiago: Universidad de Chile, p. 9.

⁴¹ DE NARVAEZ, Pedro (2010), Op.cit., p. 4.

⁴² *Ibíd.*, p. 10.

afectación distinto a los intereses de la Ley y a su bien jurídico, y por tanto, con una sanción proporcional.

4.2. Delitos de peligro y bien jurídico protegido

Como señalamos anteriormente, este tipo de legislación se encuentra fuertemente vinculada a los intereses que busca proteger, no solo en atención a su justificación, sino que especialmente a la proporcionalidad en su aplicación. Por esa misma razón la determinación del bien jurídico protegido por esta ley ha sido un tema sumamente tratado en nuestra doctrina.

En general, es aceptado que el bien jurídico que a primera vista se busca proteger con la penalización del tráfico de drogas y las demás conductas relacionadas a dicho delito es la salud pública. Este concepto se ha entendido como “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, a lo que debe agregarse el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados”⁴³.

En este mismo sentido, algunos autores separan entonces dos niveles de afectación a la salud de una comunidad: un nivel más concreto, que aparentemente sería el que se protege a secas cuando se alude a la salud pública –es ésta la idea vinculada con la eventual afectación a los consumidores y su libertad; y, por otro lado, un nivel especialmente abstracto, denominado salud colectiva, en que “su peligro implicaría afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos”⁴⁴, incluyendo aquí cuestiones de difícil

⁴³ MATUS, Jean Pierre (1999) Dogmática Relativa al Tráfico de Estupefacientes, en Gaceta Jurídica Nº 228-229. Santiago, p. 4.

⁴⁴ DE NARVAEZ, Pedro (2010), Op.cit., p. 23.

determinación, como relaciones familiares e incluso el erario público a través del uso del sistema de salud pública.

Sin embargo, existen opiniones⁴⁵ que entienden que hay más intereses involucrados al regular y sancionar conductas vinculadas al tráfico de estupefacientes: hay ciertos elementos presentes en la redacción de la Ley N° 20.000 difíciles de conciliar con la idea de la salud pública como justificación. Así, en la redacción del inciso segundo del artículo 1 de dicho cuerpo legal, se señala que “si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado”, cuestión que implícitamente excluye la posibilidad de afectar directamente la salud de los miembros de una colectividad.

Asimismo, existen nociones vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales, en el entendido de que se “justifica la realización del comportamiento en beneficio de otros intereses preponderantes”⁴⁶ en que se desarrolla la idea de la autolesión, dado que “se excluyen del ámbito de tipicidad de este delito, aquellas conductas que no realizan el peligro que la ley pretende prevenir”⁴⁷, por lo que un ámbito de la sanción al consumo –por ejemplo, al consumo colectivo o al consumo en lugares públicos, sancionado en ciertos casos como falta por la ley- no podría ser justificado a través de la salud pública.

La salud pública como bien jurídico predominante de la normativa en cuestión, y teniendo el nivel de abstracción que se corresponde con que “no se refiere

⁴⁵ (CISTERNAS VELIZ (2009) Op.cit., p. 55). Este autor desarrolla la idea a propósito del micro tráfico concretamente, introduciendo la noción de que existe un interés del Estado de regular un mercado más que proteger la salud de la colectividad.

⁴⁶ CISTERNAS VELIZ, Luciano (2009) El Micro tráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia. Santiago: Editorial Librotecnia p. 90.

⁴⁷ MATUS, Jean Pierre (1999), Op.cit., p. 18.

a intereses individuales determinados”⁴⁸, nos acerca a la naturaleza jurídica de los tipos penales regulados en la Ley N° 20.000, en miras a su antijuridicidad.

Se ha entendido entonces que las conductas reguladas por la Ley N° 20.000 corresponden a delitos de peligro⁴⁹. Este tipo de delitos se consideran como “aquellos en que el legislador considera suficiente para la incriminación la puesta en peligro, es decir, la probabilidad de una lesión concreta al bien jurídico tutelado”⁵⁰.

Dogmáticamente, existen dos tipos de delitos de peligro: los de peligro abstracto y los de peligro concreto, en atención a su cercanía con la antijuridicidad material para sancionar. En este sentido, la antijuridicidad material es aquel elemento de la teoría del delito que radica “en la dañosidad social de la conducta, esto es la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en particular”⁵¹, siendo de peligro concreto aquellos que se ajustan más firmemente a esta idea que a una exención basada en una norma del sistema jurídico.

Concretamente, y en especial vinculación con que el bien jurídico abordado es sumamente abstracto y difuso –es de difícil aprehensión conceptual y determinación de los sujetos afectados–, se ha señalado que “los delitos de tráfico de drogas son delitos de peligro en su modalidad de peligro “abstracto”⁵², es decir, de aquellas conductas que “constituyen un riesgo futuro o potencial de causar un daño al bien jurídico protegido”⁵³.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 4.

⁴⁹ MATUS, Jean Pierre (1999) *Op. cit.*, p. 4 y Pedro de Narváez (2010), *Op.cit.*, p. 24.

⁵⁰ POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre (1998) “Objeto Jurídico y Objeto Material en los Delitos de Tráfico Ilícito de Estupefacientes”, *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia.*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, p. 212.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 213.

⁵² DE NARVAEZ, Pedro (2010), *Op.cit.*, p 24.

⁵³ *Ibíd.*, p. 24.

Es relevante detenerse en el núcleo de los delitos de peligro, que consiste en saber a qué nos referimos cuando hablamos de peligro o amenaza potencial al bien jurídico protegido. Se ha señalado que “la medida del peligro para estos bienes jurídicos se encuentra en la posibilidad de la difusión incontrolable de las sustancias prohibidas”⁵⁴, es decir, en que las conductas que se van a penalizar eventualmente, sean idóneas para crear una amenaza de difundir estupefacientes en una colectividad. Lo anterior es sumamente relevante, ya que, si existe una vinculación fuerte entre la pena y el bien jurídico protegido, la justificación y medida de ésta hace que la conducta deba necesariamente cumplir con esas condiciones.

Con todo, es sumamente discutida en la doctrina la legitimidad del uso dogmático de un concepto como el delito de peligro abstracto. Parte de las consecuencias de entender a un tipo penal de esta manera, consiste en las dificultades probatorias para desacreditar la idoneidad de una conducta en cuanto a la amenaza creada: “el punto puesto en discusión por muchos escritores es si debe admitirse la prueba de que en ese caso concreto no hubo ni pudo haber peligro alguno. De otro modo, esta clase de incriminaciones podría llegar a convertirse únicamente en castigo de la desobediencia”⁵⁵.

4.3. La conducta sancionada y los “elementos negativos”

En este apartado serán analizadas las conductas penadas que son relevantes en este trabajo, en cuanto establecen límites de orden público a las esferas privadas y de naturaleza eventualmente ritual, así como las circunstancias reguladas que aminoran o incluso excluyen la sanción penal.

⁵⁴ MATUS, Jean Pierre (1999), Op. cit., p. 4.

⁵⁵ POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre (1988), Op. cit., p. 213.

Existen 3 artículos relevantes al efecto, ya que excluimos de este análisis la figura de tráfico regulada en el artículo 3 de la ley en cuestión por dos motivos: a) por ser tipos penales que abordan circunstancias sin áreas grises importantes en cuanto a su aplicación, y b) porque no se ajustan al tipo de actos que a nuestro modo de ver podrían justificarse por el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de conciencia –el tráfico con grandes cantidades no permite argumentar esto, como si se podría hacer a través de la siembra, cultivo o porte de cantidades pequeñas.

Los tres tipos se regulan respectivamente en el artículo 4 (micro tráfico y posesión en sentido amplio), artículo 8 (cultivo en sentido amplio) y en el artículo 50 de la citada ley (consumo en lugares públicos o de libre acceso y consumo colectivo concertado en lugar privado).

El artículo 4 de la Ley N° 20.000 por su parte señala que “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 obtenerlas (...)”, agregando que “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 otro (...)” estará sujeto a la misma sanción.

A su vez, el artículo 8 de la misma Ley señala que “el que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, será también sancionado.

En estos dos tipos penales regulados, la circunstancia que finalmente se entiende constituir la amenaza de peligro del bien jurídico protegido es el realizar actos que tiendan a “poner a disposición de los consumidores finales

las sustancias prohibidas”⁵⁶, si comprendemos todas las conductas reguladas como subproductos de conductas que eventualmente generan una difusión de las sustancias estupefacientes.

Por otro lado, se regula en el artículo 50 una circunstancia distinta, señalándose que “los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas de las menciones el artículo primero en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música, o en establecimientos educacionales o de capacitación, serán sancionados con alguna de las siguientes penas (...) Con las mismas penas serán sancionados quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados si se hubieren concertado para tal propósito.”

Se ha dicho que la naturaleza regulatoria de estas normas es distinta de las anteriores (artículos 4 y 8), ya que se trata explícitamente del consumo de las sustancias, lo cual a primera vista lo aleja de ser circunstancias que crean amenaza al bien jurídico protegido. Con todo, se podría justificar en intereses distintos de la salud pública, ya que presumiblemente “por razones de orden público, se le castiga como falta”⁵⁷. Sin embargo, aun cuando se encuentre una justificación en términos de intereses protegidos, se ha debatido sobre su legitimidad, en el sentido de que “no pueda admitirse que nuestra ley pretenda castigar por una vía oblicua lo que expresamente entiende lícito, aunque no loable”⁵⁸, apelando a los llamados “elementos negativos” de los tipos descritos.

Luego de analizar las conductas reguladas en sí mismas, desarrollamos los llamados ‘elementos negativos del tipo’, siendo una técnica legislativa que

⁵⁶ MATUS, Jean Pierre (1999), *Op.cit.*, p. 13.

⁵⁷ MATUS, Jean Pierre (1999), *Op.cit.*, p. 38.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 39.

describe circunstancias que, para ciertos autores, atenúan la sanción y en otros, excluyen toda sanción penal.

Las circunstancias descritas se encuentran tanto en el artículo 4 como en el artículo 8, con una redacción común: “a menos que justifique que están destinadas [las sustancias] a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”. Si bien la circunstancia médica no se contempla en el artículo 8, no es discutido en doctrina el que efectivamente sea así, ha sido ampliamente entendido que ambas normas incluyen este elemento⁵⁹.

Es relevante detenernos en la naturaleza jurídica de este concepto. Para algunos autores, estos elementos no implican sanción, por medio de la exclusión de la tipicidad. Dicha opinión parte de la base de que “las causales de justificación se entienden incorporadas al tipo, del cual serían elementos negativos implícitos”⁶⁰. Para otros autores, forma parte de la antijuridicidad material: aquella en que, como señalamos, a diferencia de la formal –en que se trata de una exclusión de la sanción en virtud de una norma expresa del sistema jurídico–, se trata de una circunstancia de hecho en que no se cumple con la afectación o amenaza al bien jurídico protegido. En cualquier caso, se ha dicho que “el efecto de cualquiera de estas opciones dogmáticas es similar (...) la consecuencia es la exclusión de la antijuridicidad”⁶¹ y, por tanto, de toda sanción.

⁵⁹ Tanto SALAZAR, Andrés (revisar vínculo web), MATUS, Jean Pierre (1999) y DE NARVAEZ, Pedro (2010) lo entienden, sin discusión, de esa manera a través de los textos aquí citados.

⁶⁰ CURY URZUA, Enrique (2005) Derecho Penal Parte General. Santiago: Ediciones Universidad Católica, p. 285.

⁶¹ SALAZAR, Andrés. El Consumo Personal, Exclusivo y Próximo en el Tiempo; Su Naturaleza Jurídica a la luz de la Ley de Drogas. Link: http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_4_Ley_2_0000_Consumo_Personal_AS.pdf, p. 4.

Finalmente, para cierto sector de la doctrina⁶², se ha entendido como una norma de reenvío al artículo 50 de la ley, en que dichas conductas se toman en la mayoría de los casos como faltas y tienen una sanción reducida. Lo anterior implica que todo consumo estaría penado, salvo aquel que participa del reducido ámbito que deja el artículo 50 de la Ley, es decir, el consumo no concertado en lugares privados.

Por otro lado, se ha discutido sobre la redacción y alcance del inciso segundo del artículo 4, que señala que se sanciona la transferencia de sustancias “con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro”, aquí basta que “el sujeto activo justifique que la pequeña cantidad de sustancia poseída tenía un destino distinto al de su comercio ilícito”⁶³. Ha sido poco abordado el alcance de esto, sin perjuicio de que en opinión del profesor Matus se trata de un elemento negativo más, comúnmente fuera del análisis de los tipos regulados, y que expresa la idea de que “el destino de las drogas al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo excluye la tipicidad de estos delitos”⁶⁴, y en general con la idea que rodea todos los llamados elementos negativos de estos tipos penales: “el consumo individual, también denominado autoconsumo, no es un acto que difunda las drogas y ponga en riesgo el bien jurídico de la salud pública”⁶⁵.

Existe además un elemento aparentemente distinto: tanto en el artículo 4 como en el artículo 8 se señala la exclusión de la sanción cuando existe competente autorización por parte del Servicio Agrícola y Ganadero. La naturaleza jurídica de esta autorización también es discutida, sin embargo, parte de la doctrina ha señalado que se trata de un “especial elemento normativo del tipo, referido a la antijuridicidad formal”⁶⁶, en la concepción de

⁶² Andrés Salazar desarrolla esta idea en su texto citado en este trabajo “El Consumo Personal, Exclusivo y Próximo en el Tiempo”.

⁶³ DE NARVAEZ, Pedro (2010), Op.cit., p. 33.

⁶⁴ MATUS, Jean Pierre (1999), Op.cit., p. 8.

⁶⁵ DE NARVAEZ, Pedro (2010), Op.cit., p. 34.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 7.

que la antijuridicidad y tipicidad son elementos indisolubles en la teoría del delito.

Con todo, es mayormente aceptada la idea de su consecuencia independientemente de su naturaleza, señalándose que “es claro que la autorización médica o administrativa hace desaparecer el injusto”⁶⁷, y, por tanto, se excluye toda sanción penal. En cualquier caso, subsiste el problema relativo a la redacción de la norma, toda vez que no es claro cómo esta causal de justificación se armoniza con el “elemento negativo” del consumo personal y próximo en el tiempo.

4.4 Problemas actuales de aplicación

A pesar de los esfuerzos legislativos ya descritos, existe ambigüedad en la división entre las nuevas conductas reguladas: micro tráfico, auto cultivo y consumo personal. La ley tiene el problema de no dirimir con claridad aquellas distinciones que creó: a partir de una redacción oscura, no está determinado el ámbito de aplicación de los elementos negativos y las causales de justificación, ni la manera en que operaría el artículo 50.

Podría pensarse, por un lado, que se trata de una deficiencia en la técnica legislativa. Sin embargo, por otro lado, puede tratarse de problemas intrínsecos a la regulación de conductas de manera exhaustiva, y del lenguaje en general. Para el segundo caso, se ha comenzado a desarrollar una solución por la vía jurisprudencial. La Corte Suprema, de un tiempo a esta parte, ha comenzado a pronunciarse sistemática y coherentemente en torno a este problema, especialmente por procesos iniciado a partir del artículo 8 de la ley –relativo al auto cultivo– y el ámbito de aplicación y efectos de las circunstancias que excluyen la sanción penal.

⁶⁷ SALAZAR, Andrés, Op.cit., p. 12.

Nuestro trabajo decantará en un análisis exhaustivo de los lineamientos que poco a poco han pasado a formar parte del criterio sostenido de nuestra Corte en esta materia, intentando resolver ciertas desproporciones a consecuencia de los problemas ya expuestos de la Ley N° 20.000.

5. CAPÍTULO IV. Análisis Jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia y el criterio actual en la materia.

La interpretación de la Ley N° 20.000 por parte de los Tribunales Superiores de Justicia relativa al uso personal ubican esta actividad como una causal de justificación del tipo de micro tráfico– tráfico de estupefacientes en “pequeñas cantidades”- o bien, como elementos negativos que fueron incorporados en nuestra legislación en los artículos 4° y 8° de la Ley con el objetivo de resguardar criterios de proporcionalidad en la aplicación de penas en causas relativas a drogas.

La jurisprudencia, en concordancia con la doctrina especializada, señala que el autoconsumo sería entonces una conducta atípica -o bien al menos justificada en los términos del tipo – y por tanto no punible en los casos que expresamente la ley sanciona, toda vez que con esta acción no se difunde la droga, y, en consecuencia, no se pone en riesgo el bien jurídico salud pública.

En este mismo sentido, los Tribunales Superiores de Justicia en Chile han identificado en nuestra legislación supuestos del consumo impune que se

encuentran condicionados por los mismos artículos 4° y 8°, estableciendo requisitos que son copulativos para su procedencia, tal como se expuso en el capítulo anterior.

Al respecto podemos encontrar variada jurisprudencia desde la entrada en vigencia de la Ley, donde se ha discutido sobre la “calidad o pureza de la droga” como criterio que permita suponer o excluir la circunstancia de consumo personal, así como también lo que los jueces en el fondo consideran en sus interpretaciones como “pequeñas cantidades de droga” – excluyendo la figura de tráfico del artículo 3°- y lo que se considera como “personal, exclusivo y próximo en el tiempo”, separando la figura de micro tráfico de la de consumo personal, conducta que entonces deberá someterse a las disposiciones de los artículos 50 y siguientes de la Ley.

Sobre este último criterio, nos centraremos en analizar los argumentos vertidos por los intervinientes en diversos procesos penales seguidos contra cultivadores de cannabis, así como también rescataremos los argumentos de diversas Cortes de Apelaciones y de nuestra Corte Suprema, donde se esclarecen aspectos referentes al artículo 8° de la Ley y de su correcta interpretación y aplicación.

Dentro de los criterios a los que la Corte Suprema ha dado alcance en materia de consumo personal podemos encontrar los siguientes tópicos a analizar:

5.1 El análisis de garantías constitucionales y derechos fundamentales a considerarse para la justificación de conductas de consumo personal o auto cultivo.

Dentro de este análisis jurisprudencial nos llama la atención que los recursos de nulidad deducidos por la Defensoría en representación de los acusados del delito de cultivo, en primer lugar se fundan en alegar la causal a) del artículo

373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales que se encuentren ratificados por Chile.

Mayoritariamente estas alegaciones de nulidad se fundan en específico con los artículos 1, 5 y 19 N° 3, 4, 5 y 6 de la Constitución Política de la República; 18 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 12 y 13 N° 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 12, 18, 19 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 N° 1 y 2 y artículo 18 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁶⁸

En este sentido, el recurso deducido transcrito en el fallo pronunciado por la Corte Suprema en la causa Rol 15.920-2015, se expresa señalando que frente a la sanción del artículo 8 de la Ley por el delito de sembrar, plantar, cultivar especies vegetales del genero cannabis -sin la debida autorización del SAG, recalca- cuando consta en los hechos de la causa la circunstancia de consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, existiría una transgresión a los valores de la dignidad humana, la autonomía personal y la libertad personal consagrada en diversos derechos fundamentales.

El recurso interpuesto en la causa aludida menciona que. en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad *“implica que el ser humano tiene la capacidad de conducir su vida y resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para ese fin, seleccionados y*

⁶⁸Corte Suprema, “Céspedes González, Paulina con Ministerio Público”, 4 de junio de 2015, Rol 4949-2015; Corte Suprema “Agullo Escobar, Jendery con Ministerio Público” ,11 de noviembre de 2015, Rol 15920-2015.

Nos referimos a los derechos a debido proceso, dignidad, libertad y autonomía personal, intimidad, libertad de creencia y de opinión, a la máxima realización espiritual, expresión, educación, al respeto a la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora, y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

*utilizados con autonomía*⁶⁹ siendo entonces también violado el derecho a la máxima realización espiritual, la libertad de opinión, libertad de creencia y de pensamiento, así como el derecho a la intimidad, pues es propio de la concepción liberal del derecho penal que la no intromisión y respeto de la libre esfera o espacio personal sin injerencias debe regir en un Estado de derecho democrático para garantizar el mandato del artículo 1 de la Constitución Política de la República.

En definitiva, lo que, según la argumentación de la defensa, hace nulo el fallo por la causal del artículo 373 letra a) es que la falta de autorización del SAG señalada en el artículo 8 de la Ley no es superior a los derechos de autodeterminación de la persona humana y que, por tanto, existiría el obrar legítimo bajo un derecho, debiendo acogerse la exención de responsabilidad de conformidad al artículo 10 N° 10 del Código Penal.

Cabe mencionar que la Corte Suprema no ha acogido los recursos de nulidad deducidos por la Defensoría fundados en esta causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal pues, como ha señalado en diversos fallos sobre la materia, esta motivación del recurso “evidencia que las garantías fundamentales se denuncian infringidas porque el fallo no las considera a los efectos de calificar los hechos, pues su aplicación habría llevado a estimar que la conducta atribuida a la acusada no es antijurídica, por la ausencia de uno de los elementos del delito contemplado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 para la punición de la conducta.”⁷⁰

En este sentido, lo que establece la Corte es que las normas en que se consagran dichas garantías y derechos “se invocan como elementos de interpretación que habrían de incidir y determinar los alcances de la

⁶⁹ Corte Suprema, 11 de noviembre de 2015, Rol 15920-2015.

⁷⁰ Corte Suprema, 11 de noviembre de 2015, Rol 15920-2015.

justificación de la conducta, y, en definitiva, de la prohibición que contempla el citado artículo 8 de la Ley N° 20.000 (...)⁷¹

Pese a lo anterior, y aun cuando considere la Corte que esta causal del recurso invocada principalmente no incide de manera directa con una infracción de derechos fundamentales en el procedimiento o decisión del fallo, sí estima pertinente respecto de esta causal la fundamentación dada por la defensa de la acusada, pues ésta es coincidente para sustentar la alegación subsidiaria que en el recurso se establece, a saber, la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, estimando entonces que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Es ilustrativo a modo de ejemplo de lo anterior, lo señalado en el fallo dictado del 4 de junio de 2015 por la Corte Suprema en la causa Rol 4949-2015, donde, tras un análisis lógico y sistemático de las normas contenidas en la Ley, indica “que por lo razonado se acogerá la primera causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal invocada en el recurso de nulidad por la errónea aplicación del artículo 8° de la Ley N° 20.000 con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, defecto relativo sólo a la sentencia impugnada, mas no el juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se aplicó una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.”

Pese a que la Corte Suprema ha mostrado un criterio reiterado a este respecto en los recursos de nulidad que ha conocido, encontramos otras soluciones judiciales de este conflicto en que los Tribunales Superiores si han tomado en consideración expresamente los derechos fundamentales y garantías

⁷¹ Corte Suprema, 4 de junio de 2015, Rol 4949-2015.

constitucionales para resolver asuntos relativos al uso o consumo personal de cannabis, así como con su cultivo para ese fin.

En este sentido encontramos el fallo relativo al cultivo de cannabis de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en “Santibañez Nieto, Daniela con Ministerio Público”, del 5 de enero de 2016, Rol 157-2015, en donde el Ministerio Público dedujo recurso de nulidad frente a la sentencia absolutoria de la acusada, fundándose en el artículo 373 letra b), 374 letra e), alegó que no puede sostenerse el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho toda vez que no existiría la autorización del SAG señalada en la norma.

No obstante, tanto el tribunal a quo como el de alzada dan por acreditada la circunstancia del uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, tratándose del supuesto del uso médico de cannabis por parte de una persona diagnosticada con esclerosis y eximiéndola entonces de responsabilidad penal conforme al artículo 10 N° 10.

Cabe expresar aquí que la Corte de Apelaciones de Coyhaique estimó que el derecho a velar por la salud propia está consagrado en una norma de rango superior al Código Penal y a las leyes especiales que regulan esta materia y que, en consecuencia, se le exime de cualquier obligación de pedir autorización del Servicio Agrícola y Ganadero.⁷²

Otro fallo relevante al respecto es el dictado por la Corte de Apelaciones de San Miguel al acoger la apelación de la resolución en que el tribunal *ad quem* denegó el sobreseimiento definitivo⁷³ en favor de un padre que cultivaba dos plantas al interior de su hogar. Este cultivo tenía como destino el uso del

⁷² Así se pronuncia la Corte de Coyhaique en el considerando quinto señalando que, “Por lo mismo, se le exime de la obligación de pedir autorización al Servicio Agrícola y Ganadero, por resultarle aplicable lo dispuesto en la parte final del inciso 1° del artículo 8° de la Ley de Drogas, tal como lo indica el Tribunal Oral en lo penal, en el considerando 12° de su fallo.” Rol 157-2015.

⁷³ Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de agosto de 2016, Rol 1557-2016.

cannabis como el único tratamiento médico apto y efectivo para paliar los síntomas del asma bronquial agudo de su hijo, mediante vaporización diaria e ingestas de infusiones preparadas de la planta, todo debidamente recetado por un profesional médico de la Fundación Daya⁷⁴.

Señala dicha Corte que la resolución que denegó el sobreseimiento definitivo de la causa puso en riesgo la salud, integridad física y síquica del menor, transgrediendo no solo los términos mismos de la Ley al estar suficientemente acreditado el destino de la droga, sino que también la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En este sentido, el fallo hizo parte de sus considerandos los dictados en la sentencia de un recurso de protección, conocido por la misma Corte de San Miguel, en que el actuar policial afectó también el tratamiento médico de un menor debidamente diagnosticado para ser tratado con cannabis. La Corte reconoció que, atendido lo dispuesto por las normas de la Convención incorporada a nuestra legislación nacional, todos estos elementos de facto puestos en conocimiento del tribunal deben necesariamente “ser valorados en la perspectiva de lo que dispone la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la luz de los principios de precaución y protección que han de materializarse en la actuación de los organismos del Estado cuando pueda afectarse a un menor en cualquiera de sus aspectos sobre todo en el ámbito de su salud y supervivencia”⁷⁵

Consideramos acertada esta interpretación de la Corte respecto de que los tribunales de justicia deben realizar necesariamente consideraciones relativas a los derechos fundamentales en los casos de consumo médico en personas menores de edad, pues se remiten por mandato constitucional al artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que señala:

⁷⁴ Para mayor información sobre esta fundación, ver página web: <http://www.fundaciondaya.org/>

⁷⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, 9 de junio de 2016, Rol 1283-2016.

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley, y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...) Artículo 6: 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida; 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.⁷⁶

5.2 El auto cultivo de especies vegetales del género cannabis sativas para el consumo personal o tratamiento médico y el sentido de la competente autorización del Servicio Agrícola Ganadero del artículo 9 de la Ley.

Nuestra Corte Suprema ha realizado una interpretación respecto de lo expresado en el artículo 8 de la Ley, referido a la justificación del tipo de siembra, plantación, cultivo o cosecha de cannabis y otras sustancias cuando éstas son destinadas para el uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. La interpretación de la Corte es aclarativa en cuanto a la posible exención de responsabilidad en los casos de consumo ritual o colectivo realizado bajo las circunstancias que permiten el consumo impune, evidenciando en sus considerandos la relación necesaria que debe existir entre la siembra, plantación y/o cultivo y el destino que recibirá esa droga al consumo personal. En palabras de la Corte: “debe determinarse si la siembra y cultivo de las plantas de cannabis sativa que el dictamen da, por cierto, debe calificarse como una conducta individual y exclusiva de la acusada realizada

⁷⁶ Idem.

con el objeto de facilitar la sustancia obtenida a terceros, o como una actividad de siembra y cultivo de tales plantas destinada a su autoconsumo.”⁷⁷

El problema que se ha planteado en los Tribunales Superiores respecto del llamado *auto cultivo* de cannabis también se suscita por la redacción utilizada en el artículo 8 de la Ley y que ha llevado a interpretaciones equívocas sobre los requisitos y circunstancias del cultivo lícito para el consumo personal: “el que, careciendo de la debida autorización, siembre, cultive (...)” complementándose con el artículo 9, indicando que la autorización debe cursarse por el Servicio Agrícola y Ganadero señalando requisitos para su procedencia.

Cabe mencionar que los fallos analizados en materia de cultivo para consumo personal no esclarecen tampoco el verdadero rol que juega la autorización para estos casos, o si es que tuviere ella alguna injerencia en el ejercicio legítimo de los casos de cultivo para consumo individual o medicinal.

Respecto de esta necesaria relación para considerar como consumado el delito de cultivo del artículo 8, diversos fallos de acciones constitucionales de amparo deducidas y de acciones de protección⁷⁸ dan luces sobre el verdadero alcance de la punibilidad de la conducta de cultivo de cannabis, y rectifican por esta vía la violación de las normas de debido proceso en materia penal cuando, autónomamente, ingresa la policía en domicilios por el simple avistamiento o denuncia anónima de la existencia plantas de cannabis, sin previa autorización del Fiscal, procediendo a la inmediata incautación y detención de quienes ahí habitan.

⁷⁷ Corte Suprema, 11 de noviembre de 2015, Rol 15920-2015.

⁷⁸ En este sentido podemos encontrar los fallos pronunciados respecto de los recursos de amparo por la Corte Suprema el 22 de marzo de 2016, Rol 26585-2016 así como el fallo de fecha 17 de mayo de 2016, Rol 28004-2016.

Los Tribunales Superiores señalan que, en estos casos, hay un ingreso ilegal de las policías, puesto que no existe flagrancia alguna del delito tipificado por el artículo 8 de la Ley N° 20.000 por el solo hecho de mantener un número indeterminado de dichas especies cultivadas, con especial razón cuando se ha comprobado el uso médico de las plantas, excediéndose así el ámbito de actuación autónoma que el Código Procesal Penal otorga a Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones.

Estos fallos resultan entonces muy esclarecedores en la aplicación de la Ley y de los límites que en ella misma se contienen respecto de las conductas del cultivo para el consumo personal como lícitas y permitidas conforme a una interpretación de la Ley N° 20.000 de manera armónica, lógica y sistemática con la legislación general.

5.3 El sentido de la expresión contenido en la Ley N° 20.000 sobre el “uso o consumo personal exclusivo” del artículo 8 y los casos del consumo personal colectivo y/o consumo ritual, respecto del bien jurídico protegido.

La Corte Suprema, a partir de un caso de consumo ritual y medicinal de cannabis promovido como terapia psicológica llevada por profesionales de la salud mental a un diverso número de pacientes⁷⁹, se propuso encontrar – además del análisis sobre la vulneración o no del bien jurídico- cuál es el verdadero sentido de la expresión “*uso o consumo personal exclusivo*” que se contiene el artículo 8 de la Ley N° 20.000 y que remite a la aplicación del artículo 50 de la Ley para las conductas señaladas en él.

Tal como se desprende de la lectura de este fallo, la cuestión debatida por los intervinientes en el recurso elevado a conocimiento de dicho tribunal era si efectivamente el “*uso o consumo personal*” se restringe únicamente al

⁷⁹ Corte Suprema, “Céspedes González, Paulina con Ministerio Público”, 4 de junio de 2015, Rol 4949-2015.

consumo de un solo individuo o bien, si al compartir el consumo con otro, la justificación tanto del cultivo como del consumo se convierte en un acto tipificado, pues no se enmarcan en la justificación en los términos de lo señalado en los artículos 4° y 8° de la Ley.

“Los sentenciadores, como se desprende de lo expuesto en el considerando noveno del fallo impugnado, en el que se indica que la ley excluye de sanción sólo el “consumo individual” y no así el “consumo compartido”, entienden que la expresión “uso o consumo personal exclusivo” no abarca los casos en que la sustancia obtenida de la planta de cannabis esté destinada al consumo de más de una persona, cualesquiera sean éstas y con absoluta prescindencia de su participación en los actos previos de siembra, plantación, cultivo y cosecha de la planta. Tal conclusión debe ser desestimada por no pocas razones.”⁸⁰

Señala la Corte, siguiendo las reglas de interpretación establecidas en nuestro Código Civil, que la sola expresión gramatical establecida en el artículo 8 de la Ley no es suficiente para dar con el verdadero alcance de la expresión que se busca interpretar pues, como la mayoría de los tipos penales, estos se encuentran redactados conforme a la conducta de un autor individual.

En referencia al elemento gramatical del tipo del artículo 8, la Corte nos dice que “esta técnica legislativa no excluye la coautoría ni la participación en un delito, a menos que la naturaleza de éste no la permita- lo cual no ocurre en el caso de autos-. Por ende, los actos de siembra, plantación, cultivo o cosecha de las plantas realizados por dos o más personas mancomunada o concertadamente, aun cuando no todos ellos ejecuten alguno de esos actos de manera directa o inmediata, no serán sancionados conforme al artículo 8°

⁸⁰ Idem.

sino según el artículo 50, en su caso, si justifican que la droga que obtendrían de esas plantas está destinada a su propio uso o consumo.”⁸¹

Una vez descartada la interpretación de los sentenciadores de primera instancia de que los actos de siembra, plantación, cultivo o cosecha no aceptan la coautoría – es decir de que sólo podrían ser cometidos por un solo individuo- un análisis semántico de las expresiones contenidas en el artículo 8° “*El que, sin la competente autorización (...)*” y “a menos que [El] justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo” dan sustento también a esta posición de la Corte Suprema frente la figura del autor solitario. Indica dicho fallo que “[La expresión “personal exclusivo” en el contexto de una disposición que admite la coautoría y la participación, como lo es el artículo 8° en comento, no supone necesariamente que el uso o consumo de la sustancia obtenida de la planta deba ser realizado por un solo individuo, sino nada más que debe efectuarse única y exclusivamente por la o las mismas personas que sembraron, plantaron cultivaron o cosecharon la planta que la produce, excluyéndose entonces su uso o consumo por terceros o extraños ajenos a dichas acciones.”⁸²

Esta posición de la Corte nos hace ver que la figura del consumo abarca tanto al consumo personal exclusivo e individual como también al colectivo cuando este fuere a realizarse en un recinto privado (pues se trata del único lugar en que el consumo personal sí está permitido). Creemos que este párrafo del fallo es una consideración poderosa para la justificación de la conducta descrita en el tipo del artículo 8°, no solo respecto del consumo de estupefacientes en un contexto ritual o de comunidad como se propone en esta tesis, sino que además, de la siembra, cultivo o cosecha comunitaria de plantas estupefacientes psicoactivas – y no tan solo de cannabis como en este

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

caso se aborda- cuando sus miembros han convenido destinar la droga que se obtendrá al consumo próximo y en un lugar o recinto privado, de esas mismas personas y no de terceros ajenos.

5.4 El alcance del principio de lesividad como límite al poder punitivo estatal.

En el análisis jurisprudencial realizado respecto de los fallos dictados por las Cortes de Apelaciones y nuestra Corte Suprema, relativos a los casos recientes de auto cultivo de cannabis y de consumo personal, se sostiene que la correcta interpretación de la Ley y de los artículos que prohíben estas conductas en los artículos 4° y 8° debe realizarse en consideración al principio de lesividad.

Con esto, estimamos que la Corte Suprema busca brindar a través de estas sentencias la correcta concepción respecto de cuándo el aparato punitivo estatal debe intervenir sancionando, además de armonizar la solución de los casos de auto cultivo con los principios que forman un Derecho Penal liberal y en el marco de los fundamentos y derechos fundamentales que forman parte de un estado de derecho democrático.

Siendo entonces este el límite teórico de acción dentro del cual se permite el uso legítimo de la fuerza coactiva del Estado, es el daño social de la conducta punible el fundamento y medida de la pena que la ley impone, pues “el principio de “lesividad” -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del *ius puniendi* del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos

ilícitos, como lo hace el artículo 8° en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000.”⁸³

Tal daño, entonces, debe necesariamente afectar en mayor o menor grado – o al menos amenazar- los bienes jurídicos que el derecho penal protege, en específico, tratándose de las conductas tipificadas en el artículo 4° y 8°, de una amenaza o daño a la salud pública.

Esta consideración es una idea central dentro de la motivación de la Corte y se encuentra expresada en reiteradas ocasiones en sus fallos, pues, “[en efecto, una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social.”⁸⁴

En este sentido, lo que la Corte razona es que no puede un juez penal jamás relegar la pregunta acerca de la realidad del peligro que la conducta provoca frente al bien jurídico, aún con mayor razón, señala, tratándose de la punibilidad de un delito de peligro – tal como señalamos anteriormente, se ha discutido que el delito de cultivo sería abstracto para algunos o concreto para otros aunque la Corte se ha inclinado por esta segunda clasificación — pues, “prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “*praesumptio juris et de jure*” de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff/Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3, inciso 7°, de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal.”⁸⁵

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

Aun cuando sea entonces la peligrosidad típica de la acción el motivo para la sanción de las conductas prescritas en los artículos 4° y 8° de la Ley, no por ello esto obsta a que el juez deje de comprobar y verificar si el hecho cuya tipicidad se examina en el caso concreto tuvo al menos la posibilidad de significar un riesgo real para el bien jurídico que la Ley tutela, “ puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos (Cobo del Rosal-Vives Antón. Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., 1999, pp. 319 y 324).”⁸⁶

Es por estas consideraciones de dogmática penal y el mandato constitucional al que alude la Corte que, para penalizar un hecho como delito de peligro, se requiere de la posibilidad efectiva de que la conducta del cultivo tuviera como consecuencia la difusión incontrolable o incontrolada de sustancias que arriesguen la salud y libertad.

Descartándose la penalización de figuras como el tráfico y el micro tráfico, y dado que la acción está exclusivamente destinada al consumo de un grupo de personas concretas, serán entonces las circunstancias y contextos de los hechos los que determinarán si se trata de un caso de “uso personal exclusivo y próximo en el tiempo” como acto aislado o bien la hipótesis de incitar, promover o facilitar la difusión de drogas nocivas susceptibles de producir dependencia.

El mismo fallo continúa expresando que “(...) Se trata de exigir, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera

⁸⁶ Idem.

podido producirse un peligro efectivo para éste. Conforme a esta variante, que configura ciertos delitos de peligro como delitos de “peligro hipotético”, se puede decir que no se dará la tipicidad del delito de tráfico de drogas en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de este delito quede totalmente excluido porque falta la posibilidad del resultado de peligro (Muñoz-Soto. “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2a Época, N° 7, 2001, p. 61).”

Lo que es determinante en definitiva para el examen de los casos de auto cultivo que hace la Corte a la luz de estos principios dogmáticos del Derecho Penal es si el cultivo y la plantación de especies vegetales del género cannabis como delito de peligro contenido en el artículo 8° de la Ley, pueden o no en el futuro poner en riesgo la salud pública con la elaboración posterior de sustancias estupefacientes para que sean consumidas por terceros.

El fallo en la causa Rol 4949-2015, del 4 de junio de 2015, pronunciado por la Sala Penal de la Corte Suprema resuelve, finalmente, absolver de la condena que impone el artículo 8° a la imputada toda vez que no se comprueba el riesgo que exige el tipo frente al bien jurídico para sancionar la conducta. Como el consumo estaba destinado a un lugar privado, tampoco se remitió a condenar por las reglas del artículo 50 de la Ley.

Señala que “[p]or ende, al no dar los jueces del grado por ciertas estas circunstancias u otras análogas, no es posible afirmar que la conducta de la acusada González Galdames haya tenido siquiera la posibilidad de constituir un riesgo para la salud pública que se protege en el artículo 8° de la Ley N° 20.000.”

Encontramos también reproducidos estos considerandos en el fallo absolutorio dictado en la causa Rol 15920-2015 por la Corte Suprema con

fecha 11 de noviembre de 2015, relativo a una imputada que también mantenía sembrado y cultivado cannabis para el consumo medicinal. Con este fallo, la Corte Suprema confirma el criterio antes expuesto absolviendo y resolviendo con la misma motivación jurídica y fórmula.

“Décimo quinto: Que, por último, analizado este asunto desde la óptica del riesgo que para el bien jurídico tutelado importan las acciones atribuidas a la acusada, cabe resaltar que el fallo no fija, ni siquiera aproximadamente, los hechos constitutivos de las conductas lesivas para la salud pública susceptibles de ser reprochados, ni si las condiciones en que la plantación se mantenía fuera posible obtener una cantidad trascendente de la sustancia que permita satisfacer el consumo de un conjunto de personas y por un período de tiempo relevante, con el objeto de dotar de contenido a la presunción de tráfico que subyace en la sentencia, pero que no ha sido argumentativamente demostrada.

Por ende, al no dar los jueces del grado por ciertas estas circunstancias u otras análogas, no es posible afirmar que la conducta de la acusada Agullo Escobar haya tenido siquiera la posibilidad de constituir un riesgo para la salud pública, que es lo que se protege en el artículo 8° de la Ley N° 20.000.”

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Coyhaique en sentencia dictada en autos Rol 1557-2016, pronunciada con fecha 8 de agosto de 2016, también hace suyas estas consideraciones en el caso de cultivo para fines medicinales en el tratamiento médico de un menor al señalar en sus considerandos séptimo y noveno:

“SÉPTIMO: Que, por lo demás, en autos no existen ningún antecedente relativo a una eventual comercialización de droga por parte del imputado, y la policía en su denuncia solo se refiere al hallazgo de sustancias y plantas, en

términos absolutamente compatibles con el destino que asevera darles el imputado.

“NOVENO: Que, en rigor, el legislador exime de sanción penal cuando se reúnen ciertas circunstancias que han sido descritas precedentemente, toda vez que en tales eventos evidentemente no es posible entender que se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido con los delitos que son materia de la Ley N° 20.000.”

En relación a estas consideraciones, arribaremos a conclusiones propias en el capítulo final sobre el principio de lesividad, su alcance y de cómo se excluye la punibilidad cuando es la figura de la autolesión la que mayormente se comprueba en el caso, así como con las circunstancias y contextos que permiten dirimir si se trata o no de una conducta atípica.

5.5 La figura de autolesión como expresión de la autonomía de la voluntad y la autodeterminación.

Finalmente abordamos dentro de este análisis de los fallos de auto cultivo, cuál es el pronunciamiento que los Tribunales Superiores en Chile han realizado sobre la autolesión y su relación con los bienes jurídicos protegidos por la Ley N° 20.000 en sus artículos 4° y 8°.

En primer lugar, debemos mencionar que la Corte Suprema reconoce que, dentro del ámbito legítimo de acción del Derecho Penal, una aplicación coherente de los artículos 4° y 8° de la Ley N° 20.000 con el principio de lesividad, no puede entrometerse en aquellos comportamientos voluntarios que representan un riesgo únicamente para quien los realiza, en este caso, el consumo voluntario de determinadas sustancias que representen un riesgo

para la vida o salud propia. Esto es una conclusión lógica de lo reflexionado en torno al principio de lesividad y que pone de manifiesto la aptitud que debe tener la conducta que tuvo el legislador en miras a sancionarla para eventualmente poner en riesgo el bien jurídico de la salud pública que se protege con la Ley.

Los dos fallos absolutorios de la Corte Suprema analizados fundamentan la sentencia señalando la atipicidad de la autolesión frente a la ley del siguiente modo y reconociendo que nuestra regulación de estupefacientes concibe esta figura eximiéndola de responsabilidad penal toda vez que no se pone en peligro el bien jurídico con una difusión incontrolada de la droga:

“En ese entendido, dado que el daño social que el legislador tenía en vista al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estupefacientes no consiste en la autolesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud y su libertad a riesgos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás, nuestra ley sobre estupefacientes reconoce, siquiera parcialmente, el principio de la autodeterminación sobre los riesgos a la propia salud al consagrar la impunidad, con algunas excepciones, de las acciones de tráfico de las sustancias de que se trata para el "uso personal exclusivo y próximo en el tiempo", de lo que debe inferirse que, de no mediar tales excepciones relativas a los sitios en que el consumo está prohibido y sancionado como falta, los actos de posesión, transporte, guarda o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 4, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000), o de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de la misma (artículo 8, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000), donde el destino de la sustancia sea el consumo personal exclusivo y próximo de la o las mismas personas que realizan las conductas antes enunciadas, no realizan el peligro general que se quiere evitar, sino, a

lo más, pueden poner en peligro la salud del consumidor de esos productos, esto es, crear un peligro individual que la propia ley entiende no relevante a efectos penales (en términos similares, Politoff/Matus, cit., pp. 14, 15, 18 y 19).”⁸⁷

Teniendo entonces en claro que el daño social que busca proteger la ley de tráfico no es entonces la autolesión, se hace manifiesto que el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, así como el consumo medicinal, son situaciones en las que el legislador ha reconocido el principio de autodeterminación y autonomía de la voluntad de los individuos para exponer su propia salud a los riesgos que estimen, por lo que es evidente considerar la impunidad de estas conductas por no tener efectos penales relevantes frente al bien jurídico protegido, salvo las consideraciones en torno al lugar en el cual sea realizado dicho consumo, según lo cual serán sancionadas dichas conductas por el artículo 50 de la Ley como falta.

Cabe también hacer mención que el ejercicio de esta autonomía personal, amparada constitucionalmente y también reconocida por la Ley, como sentencia la Corte Suprema, alcanzaría a los casos de consumo personal colectivo en donde el acto de la “sesión” o también del ritual constituyen una conducta que sería atípica en los mismos términos de la Ley 20.000.

5.6 Determinación del nuevo criterio y su alcance dogmático

Según lo expuesto anteriormente, finalmente intentaremos sintetizar y comprender el criterio que la Corte ha unificado en sus fallos respecto de los casos de cultivo para consumo personal, tanto individual como colectivo, así como el medicinal.

⁸⁷ Corte Suprema, 4 de junio de 2015, Rol 4949-2015 y del 11 de noviembre de 2015, Rol 15920-2015.

En primer lugar, debemos mencionar la relevancia que le otorga la Corte Suprema a los derechos fundamentales aludidos en las alegaciones realizadas por la Defensoría Penal Pública en los recursos de nulidad deducidos. Tal como se expresó, aun cuando la Corte no fallara los recursos acogiendo por la causal 373 a), por no incidir directamente la vulneración en la dictación de la sentencia, si reconoce que estas alegaciones sirven de base para sustentar el recurso acogido. En este sentido, estimamos que la fundamentación de las sentencias busca brindar justicia y tutela a quienes, en el ejercicio de la libertad individual y de la autonomía personal, han sido perseguidos penalmente de forma ilegítima por una aplicación equívoca de la ley y que constituye una intromisión no aceptable del Derecho Penal en la esfera del individuo y su vida privada.

Consideramos que esta es la razón de fondo en virtud de la cual se hizo imprescindible para la Corte Suprema reconocer el auto cultivo para el consumo personal – individual o colectivo- así como la justificación del consumo medicinal, pues no resulta admisible en un Estado de Derecho que la peligrosidad de la conducta imputada no sea sujeta al análisis del juzgador, sobretodo tratándose de delitos de peligro como es el caso de los artículos 4° y 8° de la ley en cuestión. Es por esto que el peligro exigido por la Corte Suprema para este tipo de casos debe tratarse de un peligro cierto y real que tenga la aptitud para amenazar al bien jurídico.

A este respecto y, en segundo lugar, dogmáticamente la Corte Suprema viene a corroborar lo que anteriormente se señalara en otras oportunidades en la Sala Penal, esto es, que los delitos señalados en el artículo 4° y 8° de la Ley N° 20.000 deben considerarse como delitos de peligro concreto y no abstractos, pues no basta con la mera circunstancia de haber incurrido en una conducta descrita por la Ley para la aplicación de la pena.

Tal como señala el profesor Matus, “aquellas conductas que, por las características del caso particular, con seguridad, según el saber de la experiencia humana, no pueden poner en peligro la salud pública o la libertad de los potenciales consumidores de las sustancias prohibidas, o la hacen de un modo altamente insignificativo, no realizan el riesgo prevenido por la ley y, por lo tanto, deben considerarse impune.”⁸⁸

Además de estimar de suma relevancia estos elementos dogmáticos, consideramos que es necesario recalcar, previo a concluir esta tesis, la figura de la autolesión como un daño no contemplado por el legislador a proteger mediante los bienes jurídicos en la Ley N° 20.000 y, en este sentido, el rol del principio de lesividad como limitante del poder punitivo estatal, exigiendo justificadamente que en los casos de los artículos 4° y 8° de la Ley haya una vulneración o amenaza a la salud pública, en términos de una posibilidad de difusión incontrolada de la sustancia que se cultiva o siembra.

6. Conclusiones y Propuestas.

En este apartado final intentaremos construir un sustento argumentativo, motivado por la nueva dirección jurisprudencial de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Además, tomaremos en cuenta la posición del profesor Luigi Ferrajoli⁸⁹ en torno a la libertad de conciencia y la dialéctica de la lesividad y autolesión en el derecho penal, pensamiento que responde a las inquietudes planteadas por la aplicación de la Ley N° 20.000, la dogmática penal y los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Fundamental.

⁸⁸ MATUS, Jean Pierre (1999), *Op.cit.*, p. 5.

⁸⁹ Jurista italiano (1940), uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que inicialmente desarrolló en torno al Derecho Penal pero que se considera aplicable para la garantía de todos los derechos fundamentales.

Para ello, a partir de estos puntos fundamentales, elaboraremos: i) el peligro que esconde una aplicación moralista de la ley de tráfico de estupefacientes, ii) una consideración económica sobre la impermeabilidad de los criterios jurisprudenciales y; iii) consideraciones técnicas de la Ley N° 20.000 y modificaciones mínimas a la luz de un estado laico.

Primeramente, atendiendo a la línea argumentativa de nuestros Tribunales superiores, podemos englobar la problemática que está latente transversalmente en grueso de los fallos: dada la vinculación estrecha que tienen los tipos penales regulados por la Ley con el bien jurídico que protegen, el centro de la discusión radica en el principio de lesividad.

Es razonable para nosotros ir más allá del casuismo para entender qué es lo que está en juego cuando se falla sin una consideración seria de este principio en esta materia. El profesor Ferrajoli nos recuerda el carácter de *ultima ratio* que debe revestir el aparato penal: “es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que en concreto sean ofensivos respecto a los otros, garantizando por lo demás a una esfera intangible de libertad.”⁹⁰

Es decir, la garantía del principio de lesividad no sólo es una expresión de que el derecho penal debe aplicarse como último recurso, sino que, además, se protege una esfera de autodeterminación que Ferrajoli califica como “intangible”. Es relevante detenernos en esta idea, ya que la esfera de libertad que se protege forma parte del núcleo de libertades reconocidas por la Constitución a los más íntimos aspectos de la vida de un ciudadano, y, por tanto, se vinculan indisolublemente a la dignidad humana. Así, la vida privada, la inviolabilidad del hogar, la libertad de conciencia y la de reunirse sin previo aviso, forman parte de aquellas esferas humanas que el derecho sólo puede

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi (13 de noviembre de 2008). El principio de lesividad como garantía penal: Conferencia dictada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. p.109.

reconocer, y debido a esta naturaleza tan esencial al hombre, se vuelven intangibles ante la regulación legal en concreto.

Para hacer tangibles estas libertades, es necesario que sean tomadas en serio en perspectiva constitucional: esto es, de manera transversal en nuestra regulación penal. Por ello, la idea de que el derecho penal sea la última ratio en la consecución de algún fin protector implica límites rigurosos: debe probarse necesariamente que existe un daño o al menos una amenaza real de éste a aquello que se protege; por otro lado, a falta de daño, no es admisible que razones morales justifiquen una sanción penal.

Es aquí donde es sensible el límite entre la autodeterminación y los bienes protegidos por ley: si hablamos de daño a la salud pública, debemos ser rigurosos para calificar cuándo se daña este bien. En este sentido, como mencionamos anteriormente, la Ley N° 20.000 tiende a evitar la difusión incontrolada de una sustancia que puede causar daño a la salud (dependencia física y psíquica, entre otros). El punto disyuntivo es el siguiente: si consideramos al daño como una difusión incontrolada de sustancias que pueden afectar la salud, estaremos protegiendo la salud pública en términos penalmente admisibles, ya que el daño se vincula directamente a la naturaleza del bien jurídico -es colectivo y abstracto.

Por otro lado, si consideramos al daño como el menoscabo eventual o efectivo a la salud de los miembros de una comunidad individualmente considerados, no nos parece penalmente admisible, ya que aquí nos pasamos al territorio de la salud individual. Esto es un problema que está presente en nuestra Ley N° 20.000 en más de una norma⁹¹, donde no existe una razón de dogmática penal que justifique sanción alguna.

⁹¹ Así, el art. 1 de la Ley 20.000 señala en su inciso 2° que “si se tratare de otras drogas o sustancias de ésta índole [psicotrópicos o estupefacientes] que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado”. Asimismo, el art. 50 de la misma ley sanciona como falta conductas que incluyen a “quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos

Siguiendo con nuestro razonamiento, el sancionar conductas que sólo amenazan la salud de quien las realiza implica sancionar sobre la base de un juicio moral que consta en el derecho positivo. Sin embargo “el derecho (...) no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral”⁹², lo cual tiene raíces constitucionales propias de un derecho liberal y laico.

Justificando el punto anterior: tal como abordamos arriba, existe un sistema de reglas constitucionales que refuerzan la idea de un estado laico: el núcleo de éstas reglas se compone de la libertad de conciencia (art. 19 N°. 6 de la Constitución), y del deber abstracto que tiene el Estado, que se desprende del artículo 1, donde en su inciso tercero impone al Estado el deber de permitir que los ciudadanos tiendan a su mayor realización espiritual.

En un sentido negativo, estas normas constitucionales tomadas en serio implican reconocer la llamada esfera de libertad intangible en un nivel profundo, dado que cada persona puede fijar las normas morales que han de regir su actuar, y, salvo limitaciones expresas, puede actuar de esta manera. En términos del derecho penal, en la medida que la conducta no decante en daño al bien jurídico, no puede reprocharse. Esto es lo que el profesor Ferrajoli denomina en su extremo “un derecho a la inmoralidad y a la maldad, es decir, un derecho a ser inmorales o malvados. Se trata de una garantía elemental del principio de igualdad y de las libertades fundamentales.”⁹³

De lo que se trata un “derecho a la inmoralidad” es de la posibilidad de actuar en aquella esfera íntima de la manera que a cada ciudadano le parezca, en la medida que no pase a llevar los límites señalados. En el artículo 19 N° 6 se

privados, si se hubieren concertado para tal propósito”. Estos casos son ilustrativos, por un lado, de la falta de peligro que justifique sanción alguna, y, por otro lado, son reveladores de nuestro segundo punto: nuestra ley se basa en consideraciones morales para sancionar, ante la ausencia de un daño o peligro real al bien jurídico protegido.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. Op.cit. p.109.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p.111.

señalan dichos límites: la moral, las buenas costumbres y el orden público. Con todo, dejando de lado la literalidad de los límites -cuestión que puede devenir en el absurdo de realmente fijar como límite a la laicidad, a la moral imperante- dichos límites dicen relación con valores comunitarios y colectivo, y no con un boicot a la libertad misma. Así, la posibilidad de la autolesión individual es una posibilidad “inmoral” no sólo lícita, sino que esencial en un sistema constitucional que se considere laico y liberal, ya que, de lo contrario, la esfera privada se ve forzada a regirse por la moralidad imperante, lo cual es inadmisibles a todas luces.

En un sentido positivo, existen buenas razones para que las personas puedan actuar conforme a su moralidad privada: en primer término, es un reconocimiento en dignidad a un individuo como ciudadano de un Estado laico. Por otro lado, como desarrollamos en el primer apartado, la espiritualidad y los actos rituales como expresión de ésta, es un valor reconocido y fomentado constitucionalmente, y, por tanto, debe existir un espacio protegido de la sanción penal en que se puedan desarrollar, considerando que existen esferas que escapan a la regulación legítima del derecho, y solo le cabe reconocerlas.

Concretamente, el carácter moral -y, por tanto, inadmisibles penalmente- del fundamento de algunas sanciones establecidas en la Ley N° 20.000 es claro: como señalamos arriba, el artículo 1 inciso 2° y el artículo 50 inciso penúltimo, sancionan en términos del profesor Matus⁹⁴ de manera “oblicua” aquello que abiertamente la Ley consideraría lícito, aunque inmoral. En este sentido, carece de fundamento dogmático una sanción (aunque sea pecuniaria) a una reunión privada, celebrada en un lugar privado, para el consumo de sustancias estupefacientes reguladas. Si el consumo personal y próximo en el tiempo, ya sea privado individual o colectivo, es lícito precisamente porque

⁹⁴ El profesor MATUS se refiere abiertamente al caso del art. 50, aunque a nuestro modo de ver, es igualmente inadmisibles que la misma redacción del art. 1 de la Ley 20.000 señale que se sancionarán conductas relativas a sustancias que no generan dependencia ni daño a la salud.

no genera ningún daño al bien jurídico protegido (que es de naturaleza colectiva y pública), no es razonable lesionar gravemente la esfera privada de los individuos por meras consideraciones morales del legislador.

Por otro lado, el artículo 1, que regula la situación de sustancias que no producen daño a la salud (ni dependencia psíquica ni física, etc.) es relevante: la misma Ley señala que son sustancias que no pueden producir el daño que se sanciona, pero sólo se rebaja la pena en aquellos casos. Nuevamente, la Ley recurre a sancionar de manera “oblicua” o en segundo plano conductas cuyo fundamento sancionatorio es dudoso en un estado laico.

Como principales críticas a la Ley en este sentido, recalamos lo ya señalado respecto del artículo 50 inciso penúltimo de la Ley N° 20.000, en el cual se sanciona como falta una conducta cuya lesión al bien jurídico no resulta del todo satisfactoria al estándar que el principio de lesividad impone para penalizar una conducta, pues, aun cuando el consumo en lugares públicos este sancionado como falta, éste no genera lesión ni amenaza al bien jurídico que la Ley N° 20.000 dice proteger.

Asimismo, creemos que la Ley resulta poco clara para entender el alcance de la justificación que otorga el Servicio Agrícola y Ganadero. Tal como algunos han argüido en las causas relativas al auto cultivo, no existiría justificación ni conducta atípica con la sola prueba del consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, sino que necesariamente, para éstos, debe mediar la circunstancia de haberse otorgado la autorización administrativa correspondiente que señala la ley.

Es manifiesto que la autorización señalada por la Ley excluye la antijuridicidad de las conductas tipificadas en los incisos primero del artículo 4° y artículo 8°, no obstante, la autorización del SAG es precisamente para ejecutar alguna de las conductas típicas y que esta autorización surta como justificante.

Tal como nuestra Corte Suprema se ha pronunciado frente a las alegaciones del Ministerio Público en los fallos de recursos de nulidad analizados, concordamos con que para los casos de consumo personal o de tratamiento médico en los que existe un cultivo de especies destinado a estos efectos, no se exige la autorización del SAG. Esto no parece sistemático con todos los argumentos analizados en esta tesis ni tampoco natural al sentido mismo de la Ley ni del bien jurídico protegido, el que en todo caso de cultivo deba solicitarse una autorización administrativa o legal y solo así considerarse justificado el cultivo para el consumo personal o colectivo o bien por tratamiento médico debidamente prescrito por un médico.

Debido a la estructura actual de la legislación de drogas, la vía que se ha utilizado para resguardar la esfera privada y la autonomía de los individuos ha sido la judicial. Con todo, existe en el uso de esta vía una consecuencia desfavorable: dado que el criterio sostenido por los tribunales superiores tiene una baja permeabilidad, se hace obligatorio para los afectados por una sanción penal de este tipo llevar su caso hasta los tribunales que sostienen este criterio.

Lo anterior no sería más que un asunto de estrategia judicial, sin embargo, la estructura piramidal de nuestros tribunales no es sólo disciplinaria, sino que responde a la idea sustantiva de uniformar jurisprudencia y tender a una reacción en bloque a los cambios jurisprudenciales. Dicha permeabilidad no ocurre en dos niveles, a saber: i) a nivel de tribunales inferiores, cuestión de la que se desprenden excesivos costos económicos para poder garantizar el ejercicio de derechos fundamentales. Esta consecuencia, en que el costo de la defensa de un derecho vuelve inhibitorio su ejercicio, se conoce desde el siglo XVII en el derecho anglosajón como el “*chilling effect*”⁹⁵.

⁹⁵ También conocido como el *libel chilling*, nacido a partir del caso *Wieman v. Updergraff* (1952), que conoció la Supreme Court de los Estados Unidos, refiere a la limitación eventual en el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente el de la libertad de expresión.

Al mismo tiempo, existe un segundo nivel de impermeabilidad: ii) las fuerzas de orden y seguridad, concretamente las Policías de Investigaciones y Carabineros, han actuado sistemáticamente en discordancia con los derechos constitucionales y garantías penales que reafirman de un tiempo a esta parte nuestros tribunales. Como desarrollamos en el apartado anterior, hay diversos antecedentes en acciones constitucionales de irregularidades procedimentales en materia de droga, cuestión que infringe el principio de presunción de inocencia, así como la inviolabilidad del hogar y en último término la libertad de conciencia y la propiedad privada⁹⁶.

Por último, no es dable que en un estado de derecho se sustente una situación que vulnera de manera implícita diversas libertades constitucionales, en última instancia, motivada por consideraciones morales.

Lo anterior supone una circunstancia sumamente gravosa: un Estado aparentemente laico, justifica sanciones penales sobre la base de la hegemonía moral transformada en una “moral oficial” y constituyéndose, entonces, en una estructura normativa de la sociedad. Así, la divergencia de opinión sobre lo bueno y lo malo –requisito necesario para la existencia del pluralismo cultural- permitiría hacer punible el disenso.

El aceptar en una sociedad del siglo veintiuno a un Estado que da aplicación a sus normas en los términos expuestos, vulnera el núcleo de lo que sostiene a una sociedad en sí misma: si se reprocha coercitivamente el disenso, no se puede legitimar la idea de un juez que aplique normas, el derecho cesa de tener sustento en sus propios términos, se vuelve voluntarismo coercitivo, y nos asimilamos a un totalitarismo que alcanza el fuero interno de los sujetos.

⁹⁶ Es así como se han entablado diversos recursos de amparo y protección con el objeto de impugnar el actuar de dichas Fuerzas, debido al ingreso no autorizado judicialmente, sin caso de flagrancia, y mediando la destrucción o sustracción de -en esos casos- plantas de cannabis del domicilio de los afectados.

7. Bibliografía

- a. BARRIENTOS PARDO, Ignacio. (2008), “Licitud del uso y porte de la hoja de coca: Un caso de invocación y aplicación judicial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” Defensorías Regionales. Minuta Regional. N° 1/2008/Mayo. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/20ea14eb512dc72836eeb81a1bf2dc6e.pdf>
- b. CISTERNAS VELIZ, Luciano. (2009) El Micro tráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia. Santiago: Editorial Librotecnia.
- c. CURY URZUA, Enrique. (2005) Derecho Penal Parte General. Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- d. COURTWRIGHT, David. (2002). Las drogas y la formación del mundo moderno. Madrid: Paidós.
- e. LOEWE, Daniel. (2011) “Libertad de conciencia y liberalismo” en Anuario

de Derechos Humanos, Santiago: Universidad de Chile, pp. 193-200.

f. FERRAJOLI, Luigi (13 de noviembre de 2008). El principio de lesividad como garantía penal: Conferencia dictada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid.

g. MALINOWSKI, Branislav (1954) "Myth in Primitive Psychology" en Magic, Science and Religion and Other Essays. New York: Doubleday & Co., pp. 100-145.

h. MATUS, Jean Pierre. (1999) Dogmática Relativa al Tráfico de Estupefacientes, en Gaceta Jurídica N° 228-229. Santiago.

i. MUÑOZ, Juan y SOTO, Susan. (2001) "El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo" en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2a Época, N° 7. Málaga: Sección de Málaga del IAIC.

j. DE NARVAEZ, Pedro. (2010) Revisión y Análisis de Criterios Judiciales Aplicados en la Interpretación de la Expresión Pequeñas Cantidades del Artículo 4 de la Ley 20.000 en la Región de Coquimbo entre los años 2005 y 2009. Santiago: Universidad de Chile.

k. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. (2006) "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno" en Revista Ius et Praxis, año 12 N° 2, Santiago, pp. 13-41.

l. POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. (1998) "Objeto Jurídico y Objeto Material en los Delitos de Tráfico Ilícito de Estupefacientes", Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia., Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur.

m. POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (Coord. Jean Pierre Matus Acuña) (2002) Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero - Parte General, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile

n. PRECHT, Jorge (2000), "La libertad religiosa", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 21. Valparaíso: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 103-118

o. SALAZAR, Andrés, El Consumo Personal, Exclusivo y Próximo en el Tiempo; Su Naturaleza Jurídica a la luz de la Ley de Drogas. Link: http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_4_Ley_20000_Consumo_Personal_AS.pdf

p. TURNER, Víctor. (1974), Dramas Sociales y Metáforas Rituales, Ithaca, New York: Cornell University Press.

q. TURNER, Víctor. (1988), El Proceso Ritual: Estructura y Antiestructura, Madrid: Editorial Taurus

r. Corte Suprema, Sala Penal; (4 de junio de 2015), Sentencia Rol 4949-2015.

s. Corte Suprema, Sala Penal; (11 de noviembre de 2015), Sentencia Rol 15.920-2015.

t. Corte de Apelaciones de Antofagasta; (30 de noviembre de 2007), Sentencia Rol 250-2007.

u. Corte de Apelaciones de Coyhaique; (05 de enero de 2016), Sentencia Rol 157-2015.

v. Corte de Apelaciones de San Miguel; (09 de abril de 2016), Sentencia Rol 1283-2016.

w. Corte de Apelaciones de San Miguel; (08 de agosto de 2016), Sentencia Rol 1557-2016.

x. Corte Suprema; (22 de marzo de 2016), Sentencia Rol 16585-2016.

y. Corte Suprema; (17 de mayo de 2016), Sentencia Rol 28004-2016.

z. Corte Interamericana de Derechos Humanos (4 de julio de 2006), Sentencia Ximena Lopes vs. Brasil.