



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

Análisis crítico de la Política Criminal de Guerra contra las Drogas y su expresión en la Ley N°20.000

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y

Sociales

DALIKSA ALVARADO CABRALES

FRANCISCA MÁRQUEZ LÓPEZ

PROFESOR GUÍA: PATRICIO ROSAS ORTIZ

Santiago de Chile

2018

RESUMEN

La sociedad avanza a un ritmo vertiginoso, la moral y las buenas costumbres son conceptos que sólo encuentran determinado contenido en relación a una época, y las normas legales no pueden hacer más que adaptarse a los cambios.

Las drogas, han formado parte de diversas culturas a lo largo de la historia, y la relación que el ser humano ha establecido con ellas ha mutado de un tiempo a otro.

Desde hace ya casi medio siglo que a nivel mundial se ha impuesto sin contrapesos una política de drogas de orden criminal, represiva y muy costosa, que ha venido a romper con toda posibilidad de acercamiento a determinadas sustancias, denominadas sicotrópicas o estupefacientes. Esta política se ha denominado “Guerra contra las drogas”.

Lo cierto, es que hoy por hoy, no ha disminuido la cantidad de drogas, ni su consumo ni su distribución, y que se ha gastado una cantidad abismante de recursos sin ver cumplidos los objetivos propuestos.

Se vuelve imperioso desarrollar políticas públicas efectivas y eficientes, con medidores de impacto reales que demuestren los avances de modo concreto, orientándose al desarrollo de individuos por sobre su criminalización.

Esta memoria es un pequeño aporte en ese sentido.

ÍNDICE

RESUMEN	2
ÍNDICE.....	3
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: POLÍTICA CRIMINAL.....	10
1. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL.....	10
2. POLÍTICA CRIMINAL NORTEAMERICANA: LA GUERRA CONTRA EL CRIMEN.....	12
2.1. EL ORIGEN DE LA GUERRA CONTRA EL CRIMEN.....	13
2.1.1. Richard nixon: la ley y el orden y la guerra contra el crimen	13
2.1.2. Ronald reagan: de la declaración a la guerra efectiva	15
2.1.3. Bill clinton: ley de delitos federales de 1994	15
2.2. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL COMO PRINCIPIO BÁSICO DE LA GUERRA CONTRA EL CRIMEN	17
2.3. SENSACIÓN DE INSEGURIDAD SOCIAL.....	18
2.4. CÁRCEL Y MARGINALIDAD.....	18
2.5. ESLOGAN DE “TOLERANCIA CERO”	19
2.6. TEORÍA DE LAS “VENTANAS ROTAS”	20
3. INFLUENCIA DEL PARADIGMA DE EEUU EN CHILE.....	21
4. LA EFECTIVIDAD DE LA GUERRA CONTRA EL CRIMEN.....	24
CAPÍTULO II: UNA APROXIMACIÓN A LAS DROGAS	27
1. CONCEPTO DE “DROGA” Y “ADICCIÓN	27
1.1. DROGA.....	27
1.2. ADICCIÓN.....	29
2. TRATAMIENTO CIENTÍFICO DE LA ADICCIÓN	30
2.1. GABOR MATÉ	31

2.2. BRUCE K. ALEXANDER	33
2.3. JIM ORFORD , VICTORIA MORISON & MARCIA SOMERS	33
3. POLÍTICAS DE DROGAS EN EL MUNDO	34
3.1. PROHIBICIONISMO.....	35
3.2. REDUCCIÓN DE DAÑOS.....	36
CAPÍTULO III: LA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA CONTRA LAS DROGAS.....	40
1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	40
2. CONTEXTO HISTÓRICO.....	42
3. PAÍSES PRODUCTORES Y CONSUMIDORES: UNA ESTRATEGIA CENTRADA EN LA OFERTA.	46
4. INTERVENCIONISMO DE EEUU EN LA SOBERANÍA DE LOS PAÍSES PRODUCTORES	48
CAPÍTULO IV: LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS EN CHILE.....	52
1. GÉNESIS Y DESARROLLO DEL PROHIBICIONISMO: CONTEXTO NORMATIVO	52
2. ESTRATEGIAS NACIONALES DE DROGAS.....	61
2.1 CONACE	61
2.2. SENDA.....	63
2.2.1. Efectividad de los tratamientos de drogas.....	72
3. ESTADÍSTICAS: UNA APROXIMACIÓN A LOS COSTOS ASOCIADOS	73
3.1. REPRESIÓN.....	74
3.1.1. Muestra (total de imputados por año por delitos de la ley de drogas).....	74
3.1.2. Total de condenados por delitos de ley de drogas	75
3.1.3. Población reclusa ley 20.000	75
3.1.4. Gasto de mantenimiento de presos	76
3.1.5. Gastos de mantenimiento de presos por delitos de drogas	77
3.2. PRESUPUESTO NACIONAL PARA PREVENCIÓN Y REHABILITACIÓN DE CONSUMO DE DROGAS Y ALCOHOL	77
3.2.1. Presupuesto destinado al funcionamiento de la institución.....	77
3.2.2. Presupuesto destinado a campañas publicitarias	78
3.2.3. Presupuesto para tratamiento y rehabilitación.....	78

3.3. ¿CUÁNTO CUESTA REALMENTE LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO?.....	79
3.4. LA BRECHA ENTRE PRESUPUESTOS	82

CAPÍTULO V: LA LEY 20.000 COMO EXPRESIÓN DE LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS.....	86
------------------------------------------------------------------------------	----

1. ASPECTOS GENERALES.....	86
2. ORÍGENES DE LA LEY 20.000.....	88
3. EXPRESIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL PROHIBICIONISTA EN LA LEY 20.000	89
3.1. LEY PENAL EN BLANCO	90
3.2. IMPROCEDENCIA DE LA SALIDA ALTERNATIVA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD Y DE ALGUNAS DE LAS ATENUANTES QUE ESTABLECE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.	95
3.3. INDETERMINACIÓN DEL CONCEPTO “PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGAS”	99
3.4. FALTA DE ESPECIFICIDAD DE LOS CONCEPTOS “EXCLUSIVO”, “PERSONAL” Y “PRÓXIMO EN EL TIEMPO”	104
3.5. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	110
3.6. INCOMPATIBILIDAD DE PERMITIR EL CONSUMO Y NO LA PRODUCCIÓN O CULTIVO	113
3.7. CONTRADICCIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA DEL PORTE FALTA	118
3.8. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA	123
3.8.1. El derecho a defensa: concepto y naturaleza jurídica.....	123
3.8.2. Caso paradigmático de vulneración del derecho a la defensa en la ley 20.000: art. 61, que plantea la imposibilidad de ejercer cargos públicos y defender tipos penales de ley 20.000	123

CONCLUSIÓN: LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS: UNA GUERRA PÉRDIDA	129
------------------------------------------------------------------	-----

1. REALIDAD INTERNACIONAL.....	129
1.1. TENDENCIA DEL CONSUMO DE DROGAS EN LA POBLACIÓN MUNDIAL, ¿HAN SIDO EFICACES LAS MEDIDAS REPRESIVAS EN EL MUNDO?	130
1.2. NUEVAS TENDENCIAS EN LA POBLACIÓN MUNDIAL.....	133
1.3. FUNDAMENTO ACADÉMICO.....	134

1.3.1. Informe mundial alternativo sobre drogas del año 2011	135
1.3.2. Francisco Javier Álvarez García en <i>la necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la urgencia de su legalización</i>	136
1.3.3. Juan Pavés y Arturo Prat en <i>Análisis crítico de la ley n°. 20.000</i>	137
1.3.4. Thomas Szasz, en su libro titulado <i>Nuestro derecho a las drogas</i> ,	138
1.3.5. Mauricio Bedoya Jimenez, en su análisis de los costos de la guerra contra las drogas,	139
2. REALIDAD NACIONAL	141
2.1. EL FRACASO RESPECTO AL CONSUMO Y ACCESO A LAS DROGAS	141
2.2. EL FRACASO RESPECTO A LA PERCEPCIÓN DE RIESGO	145
2.3. FRACASO RESPECTO A LA DISPONIBILIDAD DE DROGAS	146
2.4. GASTOS EXCESIVOS, PRIORIDADES MAL ENFOCADAS	147
2.5. FRACASO EN EL APOYO AL INDIVIDUO: ESTIGMATIZACIÓN DE LOS USUARIOS A TRAVÉS DE CÁRCEL Y CAMPAÑAS	149
2.6. FRACASO EN EL CONTENIDO NORMATIVO	150
2.7. EVOLUCIÓN SOCIAL EN OTRO SENTIDO	153
 PROPUESTAS: UNA NUEVA POLÍTICA DE DROGAS PARA CHILE.....	 156
 1. CAMBIO EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS: DE PROHIBICIONISMO A REDUCCIÓN DE DAÑOS	 156
2. UN NUEVO ENFOQUE PRESUPUESTARIO	162
3. REFORMA A LA LEY 20.000	163
3.1. DETERMINACIÓN DE CONCEPTOS	163
3.2. ELIMINAR LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	166
3.3. DEROGAR ART. 61 LEY 20.000	167
3.4. ELIMINAR SANCIÓN AL PORTE FALTA	169
3.5. IGUALDAD DE TRATO ENTRE LOS IMPUTADOS	170
3.6. LEGALIZACIÓN DEL CULTIVO PARA USO MEDICINAL Y RECREACIONAL DEL CANNABIS....	171
3.7. DETERMINACIÓN DE CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DEL SAG PARA EL CULTIVO DE ESPECIES DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 867.....	172

BIBLIOGRAFÍA	174
AUTORES.....	174
JURISPRUDENCIA.....	181
LEGISLACIÓN	182

INTRODUCCIÓN

La presente memoria constituye un análisis crítico del impacto que ha tenido en Chile y el mundo, la política criminal de Guerra contra las Drogas, cuyo objetivo fundamental es reducir el tráfico y consumo de sustancias psicotrópicas o estupefacientes.

La política criminal de Guerra contra las Drogas fue elaborada y liderada por EEUU, y posteriormente reconocida por la ONU como un paradigma mundial a través de las distintas convenciones sobre estupefacientes.

Para comprender sus orígenes y fundamentos, comenzaremos con un breve análisis de lo que es política criminal y particularmente la política criminal norteamericana de Guerra contra el Crimen, que dio origen a la Guerra contra las Drogas.

Comprendidas las bases y estrategias de la Guerra contra el Crimen, nos adentraremos en los conceptos de droga y adicción, así como a las perspectivas científicas en torno al tema. Asimismo, revisaremos los dos grandes paradigmas de drogas que existen en el mundo: El prohibicionismo y la reducción de daños, sus fundamentos, consideraciones y referentes.

Posteriormente, entraremos de lleno a la política criminal de Guerra contra las Drogas, su contexto histórico, el objetivo de sus estrategias y su aplicación a nivel mundial, así como el rol intervencionista que tuvo EEUU en los países latinoamericanos.

Teniendo en consideración el panorama mundial desde la génesis del prohibicionismo en relación a las drogas, indagaremos sobre la manifestación de la Guerra contra las Drogas en nuestro país, lo que comprende una revisión de la evolución normativa nacional, estrategias nacionales de drogas, efectividad de los tratamientos de rehabilitación y un detallado análisis de estadísticas sobre gasto público en la materia.

Luego, haremos un análisis de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, como clara expresión de la Guerra contra las Drogas en nuestro país. En su desarrollo, mostraremos la precariedad normativa de la que padece esta legislación, los

diversos atentados a las garantías constitucionales de sus disposiciones, la inconsistencia entre los diversos tipos penales que establece, y además los criterios jurisprudenciales que se han utilizado para salvar estas imprecisiones y contradicciones.

Una vez revisados los principales temas de la memoria, y a modo de conclusión, demostraremos el rotundo fracaso que ha tenido esta política para los objetivos que se ha propuesto, lo que nos permite sostener con total seguridad que la Guerra contra las Drogas es una guerra perdida. Para ello, distinguiremos entre la realidad nacional e internacional.

Finalmente, expondremos nuestras propuestas sobre la materia, las que dicen relación con la necesidad de un cambio de paradigmas, un nuevo enfoque presupuestario y la reforma a la ley 20.000.

El objetivo siempre apuntará a realizar una revisión crítica de la perspectiva en que se está abordando esta clase de ilícitos, para contribuir a la generación de políticas públicas efectivas, procesos judiciales eficientes, y a la minimización del gasto estatal.

CAPÍTULO I: POLÍTICA CRIMINAL

1. Concepto de política criminal

“Fran Von Liszt creó la política criminal como disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterios determinantes de una lucha “eficaz” contra el delito. Su punto de partida, como es sabido, era una concepción determinista del hombre, una visión del delito como reflejo de la peligrosidad del mismo (social e individualmente determinada) y una fe positivista en la posibilidad de corregir los factores individuales (por la psiquiatría y la instrucción) y las estructuras sociales (por la política social) que conducen al delito. Por todo ello, su planteamiento de la política criminal “empírica” es expresión clara de ideología terapéutica de finales del S. XIX; se parte del diagnóstico de la criminología empírica y se responde con la terapia de la penología [...]”¹

Son bastantes las acepciones que la Real Academia de la Lengua Española nos entrega del término “*política*”, siendo de especial relevancia aquellas que se refieren a la política como actividad.

En este sentido, bien podemos comprender que la política se trata de aquellas orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado. De modo más específico, podemos concebir a la política como la actividad de quienes rigen o aspiran a regir los asuntos públicos, o bien, como el arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados.

En el entendido de que la política es una actividad del Estado en lo relativo a asuntos públicos, existen diversas áreas a través de las cuales se desarrolla: una de ellas, y de enorme importancia para la sociedad es la “*política criminal*”.

¹ Silva Sánchez Jesús María, *Política criminal en el cambio de siglo*, México, ABZ Editores, 2002, p.13

La **política criminal** se refiere al uso que hará el Estado del poder penal, es decir, de la fuerza o coerción estatal en su expresión más radical.

Para mejor comprender la importancia que tiene la política criminal en la sociedad, diremos que ésta comparte como sustrato base el de ser una política pública referida a un ámbito determinado del conflicto social, y opera cuando el Estado decide como alternativa otorgarle al fenómeno en específico la categoría de delito, y a la persona que lo comete la calificación de delincuente.²

Con la política criminal se pretende desincentivar ciertos comportamientos e incentivar otros, de acuerdo a las pautas morales imperantes en una sociedad determinada.

La política pública en materia criminal no sólo debe importar a un determinado sector o área específica del sistema general, sino que debe comprender tanto los discursos como objetivos de todos los operadores institucionales y de la sociedad civil organizada a quienes incumbe el fenómeno delictual.³

La implementación de nuevas instituciones jurídico penales, deberá estar guiada por principios y directrices que propendan a objetivos dispuestos más allá de la simple eficiencia numérica del sistema, y que se correspondan fielmente a los principios filosóficos básicos, sobre los cuales una sociedad determinada ha construido su modelo económico, político, jurídico, etcétera, evitando la excesiva criminalización del ciudadano y de caer en la trampa, siempre armada, del populismo penal (...). Estamos en condiciones de afirmar que las funciones, fines y límites de la política criminal, deberían al menos obedecer a un diseño que permita establecer y procurar las condiciones suficientes para el logro de una convivencia humana pacífica, que bajo parámetros sociales, resguarde los principios elementales sobre los cuales se edifica un Estado social y democrático de derecho.⁴

² Juárez Armando, Medina Marco, *Política Criminal (México y Chile)*, Revistas jurídicas Universidad Autónoma de México, México, p.168

³ *Ibid.*, p.164

⁴ *Ibid.*, p.166

2. Política criminal norteamericana: La Guerra contra el Crimen

El análisis comparativo de la evolución de la penalidad en los países avanzados en la última década revela un estrecho vínculo entre el ascenso del neoliberalismo, como proyecto ideológico y práctica gubernamental que propugna la sumisión al “libre mercado” y celebra la “responsabilidad individual” en todos los ámbitos, por un lado, y la adopción de políticas punitivas e impulsoras del mantenimiento del orden contra la delincuencia callejera y las categorías que quedan en los márgenes y las grietas del nuevo orden económico y moral.⁵

En palabras de Loic Wacquant, la “mano invisible” del mercado de trabajo no cualificado halla su extensión ideológica y su complemento institucional en la “*mano de hierro*” del Estado penal.

De esta manera, el autor acuña el concepto de “Estado centauro”⁶ guiado por una cabeza liberal montada en un cuerpo autoritario.

La actual política criminal imperante en EEUU vino a poner término a la “era de la indulgencia” atacando directamente a los delitos, los disturbios urbanos y los desmanes públicos, bautizados como “incivildades” a través de una lógica punitiva.

Esta política criminal de origen norteamericano, logra su difusión a través de un discurso alarmista, incluso catastrófico sobre la “inseguridad”, y comenzó con la súbita proclamación de un “estado de emergencia” en los ámbitos carcelario y policial, a mediados de los años sesenta, y luego se transmitió a Europa Occidental.⁷

Podemos denominar a este tipo de política criminal como “*Guerra contra el Crimen*”, en los mismos términos que acuñara el ex Presidente de EEUU Richard Nixon, que trajo como consecuencia un explosivo y sostenido aumento de la población penitenciaria en dicho país y viene a ser la antesala de la “*Guerra contra las Drogas*”.

⁵Wacquant Loic, *Castigar a los Pobres, el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2009, p.29

⁶ibid., p.82

⁷ibid., p.32

2.1. El origen de la Guerra contra el Crimen

La guerra contra el crimen y el aumento de la población carcelaria en Estados Unidos se enmarca en los siguientes períodos presidenciales (hasta la fecha):

- Richard Nixon, republicano (1969-1974)
- Gerald Ford, republicano (1974-1977)
- Jim Carter, demócrata (1977 -1981)
- Ronalds Reagan, republicano (1981-1989)
- George H.W.Bush, republicano (1989-1993)
- Bill Clinton, demócrata (1993-1997) (1997-2001)
- George W. Bush, republicano (2001-2009)
- Barack Obama, demócrata (2009-2017)
- Donald Trump (2017-actualidad)

De estos períodos, resultan fundamentales los de Richard Nixon, Ronald Reagan y Bill Clinton para comprender la evolución de la población penitenciaria y el enfoque punitivo de la política criminal norteamericana.

2.1.1. Richard Nixon: La ley y el orden y la Guerra contra el Crimen

Desde su candidatura, Richard Nixon fue el propulsor del tan conocido eslogan de la “*Ley y el orden*”. Para él, no habría progreso si no se respeta la ley, y como consecuencia, durante su mandato estableció una guerra total contra la delincuencia.

Dispuso que el gasto estatal se duplicaría para el cumplimiento de la ley, señalando “la ola de crímenes no será parte del futuro de Estados Unidos de América” y declarando al mismo tiempo la guerra contra el enemigo público nº1 del país: el abuso de drogas.

A partir de aquí se produce un drástico cambio en el paradigma de drogas en EEUU, y comienza a percibirse como una cuestión criminal y no de salud.

Por su parte, en 1973, la **población carcelaria** de EEUU alcanzó su nivel más bajo después de la Guerra. Ese mismo año, la National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, un grupo de expertos encargado de evaluar el estado del sistema judicial, presentó un informe al presidente Nixon que recomendaba cerrar los centros de detención juveniles y suspender la creación de cárceles por una década.⁸

Esta comisión gubernamental observó que el encarcelamiento alimentaba a la inseguridad e instó al desarrollo de la capacitación para el trabajo y de programas educativos destinados a la reincorporación social de los reclusos.

La población carcelaria había disminuido de forma constante desde principio de los años sesenta alrededor de un 1% al año, sin embargo, en el año 1973 se produjo un espectacular y repentino giro.

Contrariamente a todas las expectativas, la población carcelaria del país comenzó a crecer a una velocidad vertiginosa, de tal modo que, en un hecho sin precedentes en la historia de las sociedades democráticas, se duplicó en diez años y se cuadruplicó en veinte. De menos de 380.000 en 1975, la población carcelaria llegó a 500.000 reclusos en 1980, antes de saltar a más de un millón en 1990. Siguió aumentando a un índice infernal de un 8% al año en promedio, lo que corresponde a 2000 nuevos internos a la semana durante los años 1990 hasta el 30 de junio de 2000, en que Estados Unidos anunció oficialmente que tenía una población carcelaria de 1.931.850 internos. Si fuera una ciudad, el sistema carcelario de Estados Unidos sería la cuarta metrópolis más grande del país, después de Chicago.⁹

Actualmente, Estados Unidos cuenta con una población penitenciaria que asciende a 2,37 millones de reclusos, lo que representa la mayor población penitenciaria de la cual se tenga conocimiento en el mundo. Alrededor de 12 millones de personas pasan por cárceles de condado cada año.¹⁰

⁸Ibid., p.179

⁹Ibid., p.181

¹⁰ Human Rights Watch, *Informe mundial 2016: amenazas enlazadas, cómo la política del terror y la represión de la sociedad civil pone en riesgo derechos globales*, (en línea, consultado 10/07/2018 <https://www.hrw.org/es/world-report/2016/country-chapters/285002>)

2.1.2. Ronald Reagan: de la declaración a la guerra efectiva

Si bien es cierto Richard Nixon fue quien proclamó la Guerra contra las Drogas, no fue más que una guerra retórica que formaba parte de una estrategia política. La guerra literal contra las drogas comenzó con Ronald Reagan.

En 1982, Reagan declaró en un discurso público que los recursos destinados para combatir las drogas en Estados Unidos se triplicarían en relación al año 1981, señalando expresamente que se destinarían millones de dólares para financiar instalaciones carcelarias.

Durante este período además, surge una nueva droga denominada “crack”, derivada de la cocaína pero de menor valor, consumida principalmente por poblaciones marginadas, específicamente comunidades negras.¹¹

El crack fue considerado una amenaza a la seguridad nacional, otorgándole sanciones más severas a todos aquellos que comerciaban o incluso sólo portaban dicha droga.

2.1.3. Bill Clinton: ley de delitos federales de 1994

En todo el fervor de la Guerra contra el Crimen, los demócratas no tenían espacio para mostrarse condescendientes contra la delincuencia.

En este período además se suscitaron horribles crímenes, destacando el asesinato de Polly Klaas, una adolescente de 12 años que fue secuestrada de la casa de su madre en California, para luego ser estrangulada el 1 de Octubre de 1993.

A consecuencia de ello, Bill Clinton promulgó en 1994 la *Ley de delitos federales* “Violent Crime Control and Law Enforcement Act” que sostenía como cuestiones principales¹²:

- *3 strikes*: aquél que cometiera 3 crímenes violentos, sería encarcelado de por vida.
- *Sentencia mínima obligatoria*: los criminales violentos debían cumplir el 85% de su sentencia, quitando con ello la libertad condicional.

¹¹ Wacquant, op.cit., p.183

¹² Wacquant, op.cit., p.185

- *60 casos nuevos de delitos con pena de muerte*
- *30 mil millones de dólares: con el propósito de construir nuevas prisiones para 100.000 criminales violentos*
- *100.000 policías más en las calles*

De esta manera, Bill Clinton militarizó el conflicto relativo a las drogas, empleando las últimas tecnologías y tácticas, lo que es posible de percibir hasta el día de hoy, con la utilización de equipos SWAT en la persecución de este tipo de delitos.

La Ley de delitos federales de 1994 implementa muchas cosas, incluyendo los "tres strikes", sentencia obligatoria en delitos violentos, el dinero para contratar a 100.000 nuevos agentes de policía, \$9.7 en la financiación de las prisiones, y una expansión de los delitos de pena de muerte-elegibles. También dedica \$6.1 a programas de prevención "diseñados con una aportación significativa de los agentes de policía con experiencia", sin embargo, el grueso de los fondos se dedica a las medidas punitivas en lugar de rehabilitación o preventivas.¹³

Nuevamente se ve una expansión masiva del sistema penitenciario, lo que contribuyó al crecimiento exponencial de la *industria carcelaria*, que se aseguraba de mantener los niveles de reclusos a niveles altos y estables, dando paso a lo que se conoce como “encarcelamiento con fines de lucro”.

Años más tarde, Bill Clinton fue confrontado por un movimiento denominado “las vidas de los negros importan” quienes aducían que la ley del año 1994 propiciaba la encarcelación masiva de la población negra.

Luego de ello, Clinton admitió que su ley efectivamente había empeorado el problema, llegando incluso a afirmar que fue un error y un exceso.

¹³Lussenhop Jessica, *Clinton crime bill: Why is it so controversial?*, BBC News Magazine, 2016, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-36020717>)

2.2. Responsabilidad Individual como principio básico de la Guerra contra el Crimen

La nueva doxa penal llegada desde EEUU postula una definición clara y definitiva entre las circunstancias (sociales) y los actos (criminales), las causas y las consecuencias, la sociología (que explica) y la ley (que regula y sanciona). El mismo modo conductista de razonar sirve para devaluar el punto de vista sociológico, denunciado implícitamente como desmovilizador y “desresponsabilizador”-incluso es infantilizado y feminizado- a fin de sustituirlo por la retórica viril de la honestidad y la responsabilidad personal, y desviar así la atención de las abdicaciones del Estado en el aspecto económico, en el urbano, en el educativo y en el de la salud pública.¹⁴

El enfoque de responsabilidad individual resulta explícito en diversas declaraciones, entre las que podemos mencionar a modo de ejemplo:

George H.W. Bush en “Discurso a los estudiantes sobre la Guerra contra las Drogas” (1989): “Debemos alzar nuestra voz para corregir una tendencia insidiosa: la tendencia a acusar a la sociedad por los delitos, en lugar de acusar al criminal (...) Yo, como la mayoría de los norteamericanos, creo que podemos comenzar a construir una sociedad más segura poniéndonos de acuerdo, primero, en que la sociedad no es la que causa los delitos, éstos los causan los delincuentes”.

Ronald Reagan en “Observaciones en una cena del Comité de Acción Conservadora” (1983): “Es sumamente claro que nuestro problema con el delito fue provocado, en gran medida, por una filosofía social que consideraba al hombre como una creación de su entorno material. La misma filosofía liberal que vio una era de prosperidad y virtud posibilitada por el cambio de ese entorno a través de programas de gastos federales, también vio a los delincuentes como los productos desafortunados de condiciones socioeconómicas pobres o de una educación desfavorecida. La sociedad, no el individuo, decían, era la responsable de la delincuencia. Se nos acusaba a todos. Pero hoy en día existe un nuevo consenso político que rechaza tajantemente este punto de vista”.

¹⁴Wacquant, op.cit., p.37

2.3. Sensación de inseguridad social

La inseguridad social ha sido una piedra angular del sistema punitivo de origen norteamericano, sin embargo, se trata fundamentalmente de una cuestión de percepción mediática.

La criminalidad no ha cambiado tanto como la visión que tiene la sociedad sobre algunas ilegalidades callejeras, es decir, en última instancia, sobre las poblaciones desposeídas y deshonradas (por su estatus o su origen) que son sus presuntos perpetradores, sobre el lugar que ocupan en la ciudad y sobre los usos a los cuales esas poblaciones pueden ser sujetas en los campos político y periodístico.¹⁵

Se ha mezclado el temor al futuro, el miedo a la decadencia y degradación social y la angustia de no poder transmitir el estatus a los descendientes en una competencia por credenciales y posiciones que cada vez es más intensa e incierta.

De esta manera, los principales perjudicados por este tipo de política criminal son los pertenecientes a poblaciones marginales, tales como: negros, inmigrantes ilegales, indigentes, prostitutas, drogadictos, etc. aunque el crimen ha estado en descenso por más de una década.¹⁶

2.4. Cárcel y marginalidad

En realidad, al año 1995, 6 de cada 10 ocupantes de las cárceles del condado eran negros o latinos (41 y 19% respectivamente). Casi la mitad tenía un trabajo a tiempo completo al momento del arresto (49%), mientras que el 15% trabajaba “a medio tiempo u ocasionalmente” y el resto buscaba un trabajo o estaba económicamente inactivo (el 20 y el 16% respectivamente). Este astronómico índice de desempleo apenas nos puede sorprender si se considera el nivel educativo de esa población: la mitad había terminado la escuela secundaria y apenas el 13% dijo haber seguido estudios vocacionales, técnicos o académicos después de la escuela secundaria. Como resultado de su posición marginal en el mercado de trabajo no cualificado, dos tercios de los detenidos vivían en hogares con menos de 1000

¹⁵Wacquant, op.cit., p.32

¹⁶Wacquant, op.cit., p.113

dólares al mes (y el 45% con menos de 600), lo que correspondía a menos de la mitad de la línea de pobreza oficial para una familia de tres miembros ese año. Además, menos de una cuarta parte de los detenidos en cárceles recibían algún tipo de apoyo gubernamental. (...) Por otro lado, a la inseguridad material de los detenidos en las cárceles norteamericanas sólo se equipara su despojamiento social: sólo el 40% se crió con ambos padres (en comparación con el 77% del promedio nacional) y el 14% pasó la infancia en un orfanato o en una casa de acogida y más de una tercera parte admitió tener un padre o un tutor alcohólico (30%) o drogadicto (8%). Finalmente, más de la mitad tiene o ha tenido un pariente en la cárcel.¹⁷

La inseguridad material, la privación cultural, el despojamiento social, la violencia física y la salud deplorable de los habitantes de las cárceles norteamericanas concuerda con su degradada posición y condición social.

Se trata de una criminalización de la pobreza surgida posteriormente a la era de derechos civiles.

Al año 2016, las disparidades raciales siguen estando presentes en todos los niveles del sistema de justicia penal estadounidense. Resultan particularmente aberrantes las disparidades en la aplicación de leyes contra las drogas. Si bien los índices de delitos relacionados con drogas entre personas caucásicas y afroamericanas son similares, las tasas de detención, persecución penal y encarcelamiento por estos delitos son mucho más elevadas entre la población afroamericana. El 29 por ciento de todas las personas detenidas en relación con drogas son afroamericanas, a pesar de que representan apenas el 13 por ciento de la población estadounidense. La tasa de encarcelamiento de hombres negros es seis veces superior a la de los hombres caucásicos.¹⁸

2.5. Eslogan de “Tolerancia cero”

Según la mitología planetaria difundida por los institutos de política neoliberal y sus aliados del campo periodístico y el político, la policía de Nueva York logró reducir el flagelo del delito aplicando una política muy específica, llamada de “tolerancia cero”, que profesa la

¹⁷Wacquant, op.cit., p.115-117

¹⁸ Human Rights Watch, op.cit

*persecución sin tregua ni respiro de las infracciones, incluso de las menos graves, cometidas en el espacio público. Así, a partir de 1993, se suponía que toda persona atrapada mendigando o merodeando en la ciudad, escuchando la música muy alto dentro de su coche, arrojando botellas vacías o escribiendo graffitis en la calle, o incluso infringiendo una mera ordenanza municipal, sería automáticamente arrestada e inmediatamente enviada a la cárcel.*¹⁹

El principal sostenedor de esta estrategia fue William Bratton, quien sostuvo que funcionaría en cualquier ciudad de Estados Unidos y del mundo.

2.6. Teoría de las “ventanas rotas”²⁰

Existe un mito mundial consistente en la noción de que la política de tolerancia cero, supuestamente responsable del triunfo policial en la ciudad de Nueva York, se basa en una teoría criminológica científicamente probada, es decir, la celebrada “teoría de las ventanas rotas”.

Sin embargo, esta teoría fue formulada en 1982 por el ultraconservador especialista en política James Q. Wilson y su acólito George Kelling mediante un texto breve de nueve páginas publicado no en una revista dedicada a temas criminológicos y sometida al examen de investigadores competentes, sino en la revista cultural *The Atlantic Monthly*.²¹ Y nunca ha sido objeto ni siquiera de un conato de verificación empírica.

Según esta teoría, la supresión de los delitos menores limitaría la comisión de otros más graves, por lo que se vuelve deseable reprimir fuertemente las primeras manifestaciones de desorden civil, consideradas actos criminales que si son detenidos a tiempo, evitarían diversas manifestaciones delictuales de mayor intensidad.

La realidad indica que no existe ningún estudio destinado a verificar el efecto postulado por la teoría de las ventanas rotas, es más, un análisis comparativo de datos sistemáticos recabados

¹⁹Wacquant, op.cit., p.366

²⁰Wacquant, op.cit., p.371-372

²¹ Wilson James y Kelling George, *Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety*, The Atlantic Monthly nº249, 1982, p.29-38

en 196 distritos, muestra que no existe ninguna relación estadística entre los indicadores visibles del “desorden” en un área determinada y sus índices de delito (con la posible y parcial excepción de los robos).

En la conclusión de un esmerado análisis de la cuestión, el jurista Bernard Hancourt, sostiene que si el departamento de policía de Nueva York contribuyó a la disminución del delito, no lo logró restableciendo la civilidad y transmitiendo un mensaje de rechazo total a la impunidad, sino simplemente aumentando de forma generalizada la intensidad de la vigilancia.

Incluso el arquitecto de la Tolerancia cero, Jack Maple, rechaza la teoría de las ventanas rotas al señalar: (sobre la base de) informes que señalan una marcada disminución de los delitos violentos (en Nueva York) muchas personas creyeron en la noción de las “ventanas rotas” según la cual los delincuentes toman de pronto el buen camino porque recuperan el sentido de civilidad prevaleciente. Pero así no funcionan las cosas. Los violadores y los asesinos no se van a otra ciudad cuando ven que los graffitis desaparecen del metro. Los chicos que limpian parabrisas no empiezan a aceptar contratos para matar cuando detectan que hay más tolerancia con los que limpian parabrisas en las calles. La mendicidad no convierte a un barrio en la capital del homicidio (...) La política de mejorar la calidad de vida funciona para reducir el crimen porque permite que el policía atrape al maleante cuando éste no actúa, como si se atacara a los aviones del enemigo cuando todavía no actúa, como si se atacara a los aviones del enemigo cuando todavía no han despegado.

Así las cosas, el errado concepto de la seguridad surgido en EEUU y ahora difundido en toda Europa Occidental carecen de cualquier validez científica y su eficacia práctica depende de una fe colectiva sin fundamento en la realidad.²²

3. Influencia del paradigma de EEUU en Chile

En la última década, el gran experimento norteamericano de la “*Guerra contra el Crimen*” se ha impuesto como la inevitable referencia para todos los gobiernos del Primer Mundo, es decir, la fuente teórica y la inspiración práctica para el endurecimiento general de las penas, lo

²²Wacquant, op.cit., p.377

cual se ha traducido en todos los países avanzados, en un aumento espectacular de la población privada de libertad.²³

Esto, en Chile, ha traído repercusiones, que podemos observar del crecimiento sostenido que ha tenido la población penitenciaria desde el año 1974 hasta el 2018, según las estadísticas proporcionadas por Gendarmería de Chile:²⁴

AÑO	DETENIDOS		PROC/IMP(*)		CONDENADOS(*)		TOTAL RECLUIDOS	
	POBLACIÓN	%	POBLACIÓN	%	POBLACIÓN	%	POBLACIÓN	ÍNDICE BASE 100=1974
1974	3.894	26,8	6.306	43,4	4.330	29,8	14.530	100,0
1975	2.474	16,3	7.116	46,9	5.594	36,8	15.184	104,5
1976	2.112	12,4	7.579	48,1	6.077	38,5	15.769	108,5
1977	1.794	11,2	7.177	46,7	6.447	42,0	15.358	105,7
1978	1.554	10,7	6.450	44,4	6.528	44,9	14.532	100,0
1979	1.715	11,5	6.772	45,4	6.428	42,1	14.915	102,6
1980	1.836	12,1	7.272	47,7	6.122	40,2	15.230	104,8
1981	1.853	12,6	7.110	48,2	5.762	39,1	14.726	101,2
1982	1.900	11,7	7.700	46,7	6.898	41,6	16.498	114,2
1983	2.052	11,1	8.542	46,1	7.931	42,8	18.525	127,5
1984	2.081	10,8	8.617	44,8	8.524	44,2	19.222	132,2
1985	2.081	10,2	8.550	42,2	9.604	47,5	20.235	139,2
1986	2.248	10,5	9.395	44,0	9.705	45,5	21.348	146,9
1987	2.282	10,0	10.715	47,0	9.815	42,0	22.812	157,0
1988	2.330	9,6	11.204	46,0	10.820	44,4	24.354	167,6
1989	2.422	9,9	10.751	42,9	11.222	46,2	24.497	168,6
1990	2.356	10,4	9.428	41,8	10.799	47,8	22.592	155,5
1991	2.265	10,9	9.435	45,2	9.272	43,9	20.972	143,6
1992	2.121	10,5	10.282	50,8	7.854	38,8	20.258	139,4
1993	2.245	11,0	10.225	50,9	7.820	38,2	20.490	141,0
1994	2.224	10,6	10.414	49,7	8.324	39,7	20.962	144,2
1995	2.022	9,2	10.886	49,4	9.119	41,4	22.027	151,6
1996	1.920	8,1	10.699	45,4	10.948	46,5	23.567	162,2
1997	1.798	7,2	11.029	42,9	12.210	49,0	25.137	172,0
1998	1.887	7,0	11.762	42,8	12.222	49,2	26.871	184,9
1999	2.270	7,6	12.787	42,6	14.994	49,9	30.051	206,8
2000	2.391	7,2	12.622	41,2	17.017	51,5	32.050	221,5
2001	2.115	6,2	12.891	38,2	18.614	55,4	32.620	224,4
2002	2.094	6,0	13.373	38,2	19.434	55,7	34.901	240,2
2003	1.799	5,0	14.178	39,0	20.254	56,0	36.221	250,2
2004	1.039	2,9	12.965	35,6	22.370	62,5	36.374	250,2
2005	1.090	2,9	11.729	31,7	24.204	65,4	37.022	254,9
2006	256	0,6	11.566	29,2	27.615	70,1	39.417	271,2
2007	266	0,6	10.484	24,0	32.852	75,3	43.602	300,2
2008	211	0,4	11.224	22,0	37.281	76,6	48.826	336,0
2009	180	0,2	12.114	22,9	40.622	76,8	52.947	364,4
2010	156	0,2	11.604	21,2	42.868	78,5	54.628	376,0
2011	122	0,2	10.477	19,5	42.006	80,2	52.606	362,9
2012	136	0,2	11.012	21,2	40.734	78,5	51.882	357,1
2013	85	0,2	10.654	22,8	37.059	77,0	48.108	331,1
2014	45	0,1	11.276	24,8	36.280	75,2	45.501	312,2

²³Wacquant, op.cit., p.16

²⁴ Gendarmería de Chile, *Compendio estadístico penitenciario 2014*, Santiago, 2015, (en línea, consultado 10/07/2018

https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/20141105_compendio_estadistico/COMPENDIO_ESTADISTICO_2014.pdf)

**POBLACIÓN ATENDIDA AL 28.02.2018
POR SUBSISTEMA DE ATENCIÓN SEGÚN SEXO**

TIPO DE POBLACIÓN	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	
TOTAL DE ATENDIDOS	123.273	15.493	138.766	100,00 %
- SUBSISTEMA CERRADO	45.546	4.141	49.687	35,81 %
RÉGIMEN DE CONTROL CERRADO	37.387	3.506	40.893	29,47 %
REGIMEN DE CONTROL SEMIABIERTO	664	113	777	0,56 %
REGIMEN DE CONTROL ABIERTO	7.495	522	8.017	5,78 %
- SUBSISTEMA ABIERTO	51.982	8.444	60.426	43,55 %
MEDIDAS ALTERNATIVAS	4.540	1.035	5.575	4,02 %
PENAS SUSTITUTIVAS	47.442	7.409	54.851	39,53 %
- SUBSISTEMA POSTPENITENCIARIO	25.745	2.908	28.653	20,65 %

FUENTE: UNIDAD DE ESTADÍSTICA, SUBDIRECCIÓN TÉCNICA.

25

Podemos observar que en el año 1974 la población penitenciaria era de 14.530 reclusos, llegando a alcanzar en el año 2014 la cantidad de 45.501 y al año 2018 un total de 49.687 privados de libertad.

Esto nos lleva a sostener sin duda que en Chile ha habido un endurecimiento de las condenas y una orientación al castigo y a las penas privativas de libertad, lo que se trata de un fenómeno multifactorial, y destacando entre ellos “*En primer lugar, la existencia de un mayor flujo de ingresos al sistema penitenciario que no guardaría la debida correspondencia con las personas que egresan del mismo; b) En segundo término, también sería un factor que justificaría esta inflación, el hecho que algunas personas para determinados delitos ingresarían al sistema penitenciario y permanecerían largos tiempos de privación libertad en comparación a lo que sucedía en décadas pasadas, y c) Por último, un tercer factor que está conexo con los anteriores, es la falta de mecanismos eficientes que ayuden descomprimir el sistema carcelario.*”²⁶ Inmerso en todos estos factores, está el factor de las leyes que favorecen

²⁵ Gendarmería de Chile, Unidad de Estadística, Subdirección Técnica, (en línea <http://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticas.jsp>)

²⁶ Salinero Echeverría Sebastián, *¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal*, Revista *Ius et Praxis*, Vol 18, Nº1, Talca, 2012, (en línea 10/07/2018 http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100005).

a las penas privativas de libertad, bajo un sistema de tolerancia cero al delito que ha venido imperando en Chile hace ya varias décadas, y que se manifiesta claramente con la entrada en vigencia de la ley 20.000 y como expresión de la política criminal norteamericana.

Ahora bien, la política criminal denominada Guerra contra el Crimen es la antesala de la Guerra contra las Drogas, tema principal de la presente memoria, y que constituye en Chile una fuente no menor de privados de libertad, debido al tratamiento diferenciado de imputados por leyes de drogas, quienes ven muchas veces mermados sus beneficios y las garantías del debido proceso.

4. La efectividad de la Guerra contra el Crimen

De la información analizada en el presente capítulo es posible identificar claramente una necesidad de conocimiento sobre criminalidad, toda vez que no pueden estas cuestiones enmarcarse en el ámbito de lo puramente político.

El Derecho penal y la Criminología sólo adquieren sentido cuando no se limitan al estudio de cuestiones puramente normativas sino que también incorporan las circunstancias empíricas del delito.

El Derecho penal se concibe como “respuesta a la criminalidad y al delito” y precisamente por esto se justifican las limitaciones jurídicas que su empleo conlleva, ya que la criminalidad y el delito producen graves consecuencias para el individuo y la sociedad. Pero la criminalidad no es sólo objeto del Derecho penal, sino también el fundamento mismo de su justificación.

Según **Hassemer y Muñoz Conde**²⁷ el delito se concibe tradicionalmente como un “mal”, la criminalidad como una “enfermedad infecciosa” y el delincuente como un ser “dañino”. La opinión pública muestra una actitud belicosa “lucha contra el delito” y en base a ese sentimiento se elabora la política. Esta tendencia hacia una lucha sin cuartel parece casi general en ámbitos como los del terrorismo y el tráfico de drogas, constituyendo un “*Derecho penal para enemigos*”, es decir, para determinadas formas de criminalidad o determinados

²⁷ Hassemer Winfried, Muñoz Conde Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989, p.37

grupos de delincuentes, a los que se priva incluso de las tradicionales garantías de Derecho penal material y del Derecho procesal penal.

Asimismo, señalan que dos condiciones favorecen esta tendencia: un entendimiento preventivo excesivamente unilateral de los fines del Derecho penal, y la esperanza, basada en la historia de la Filosofía, de que el delito pueda ser alguna vez eliminado de la faz de la tierra.

En estas circunstancias plantean la normalidad de la criminalidad y la inexistencia de sociedades sin criminalidad.

De este modo, no hay ninguna sociedad sin delito, puesto que no hay socialización sin roles, ni expectativas de normas de conducta sin sanción. Por otro lado, la criminalidad aumenta en la medida en que lo hace el desarrollo económico y cultural de la sociedad, entendiéndose incluso como un *coste de la libertad*.

Y si el delito está tan íntimamente vinculado con el proceso de socialización de los individuos, difícilmente puede ser la “lucha” el remedio correcto, pues no se puede eliminar una parte perteneciente al proceso de socialización del todo sin que el mismo sea afectado.

Considerados así la criminalidad y el delito, la lucha contra los mismos parece ingenua e incluso peligrosa: aunque la “criminalidad” pudiera extirparse, pronto surgirían en su lugar equivalentes funcionales que depararían al afectado por ellos y a los demás, por lo menos los mismos problemas que la criminalidad nos depara hoy.

Cabe destacar en el planteamiento de los autores en orden a que el delincuente frecuentemente se adelante a su tiempo, prepara los cambios sociales y anticipa la futura moral.

Finalmente, y en atención a lo expuesto, resulta claro que existe una necesidad de replantearse el enfoque de la política criminal, comenzando con la incorporación de información seria sobre el fenómeno del delito en términos amplios y procurando un enfoque que privilegie la inclusión social por sobre la criminalización de los individuos.

“Es absurdo tratar los actos ilícitos menores mediante un instrumento tan crudo e ineficiente como la cárcel. Y es urgente que tomemos en cuenta los efectos judiciales perversos y el daño

*social causado por el reforzamiento indiferenciado de la represión penal y la expansión descontrolada de un aparato carcelario ya sobrecargado que, en su funcionamiento diario, desacredita los ideales de justicia e igualdad que se supone debería sostener”.*²⁸

No se trata de negar la realidad del delito, sino de comprender debidamente el origen del mismo, su fisonomía cambiante y sus ramificaciones, reincorporándolo al sistema global de las relaciones sociales con el significado que expresa y que ayuda a explicar su forma e incidencia. Por ello, debemos dejar de llenarnos la boca con discursos apocalípticos y abrir un debate racional e informado sobre las ilegalidades, sus mecanismos y sus significados.

²⁸ Wacquant, op.cit., p.396

CAPÍTULO II: UNA APROXIMACIÓN A LAS DROGAS

1. Concepto de “droga” y “adicción

1.1. Droga

No existe una definición unívoca de droga, sin embargo, se han dado algunas tales como:

- “En medicina se refiere a toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos. De ahí que una droga sea una sustancia que está o pueda estar incluida en la Farmacopea. En el lenguaje coloquial, el término suele referirse concretamente a las sustancias psicoactivas y, a menudo, de forma aún más concreta, a las drogas ilegales.”²⁹

- “Se refiere estrictamente a los extractos obtenidos de vegetales, dotados de actividad fisiológica o farmacológica. En la actualidad, se emplean dos acepciones alternativas: como sustancias minerales, vegetales o animales empleadas en medicina, industria, artes, etcétera; y como sustancias o preparados medicamentosos de efectos estimulantes, deprimentes o narcóticos”.³⁰

- “Toda sustancia que, introducida en el organismo vivo, puede modificar una o más funciones de éste”.³¹

²⁹ Organización Mundial de la Salud, *Glosario de Términos de Alcohol y Drogas*, 1994

³⁰ Gisbert Calabuig, J.A., *Las drogas y su problemática actual*, Estudios penales y criminológicos IV, 1981, p.39. Citado por: Gálvez Órdenes Masiel y Veliz Hidalgo Carol, *Tribunales de tratamiento de drogas, una aproximación jurídico criminológica*, tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Facultad de derecho, Santiago, 2012, p.7

³¹ Kramer J.F. y Cameron D.C., *Manual sobre dependencia de las drogas*, Informe Técnico 407, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1975, p.13. Citado por: Gálvez Masiel y Veliz Carol, *op.cit.*, p.7

- “Se considera droga a toda sustancia farmacológicamente activa sobre el sistema nervioso central que, introducida en un organismo vivo, puede llegar a producir alteraciones del comportamiento. Por tanto se incluye no sólo lo que habitualmente se entiende por “drogas” sino también determinados medicamentos capaces de producir estados de dependencia, sustancias de uso legal como el tabaco o las bebidas alcohólicas, y sustancias de uso doméstico o laboral como los solventes volátiles”.³²

- “Todas aquellas sustancias psicoactivas que se consumen con el fin de proporcionarse un estímulo, placer, relajación, etc., sin una indicación terapéutica”.³³

- “Las sustancias clasificadas como drogas lo son porque la sociedad las ha codificado culturalmente como tales entrando, además, en relación con ellas y usándolas para conseguir los efectos que se esperan de las drogas”.³⁴

- Finalmente, Chaloult³⁵, clasifica las drogas en:
 - a. **Depresores de la Actividad del Sistema Nervioso Central:** entre ellos el alcohol, ansiolíticos hipnóticos, analgésicos narcóticos, anticonceptivos, otros.
 - b. **Estimulantes de la Actividad del Sistema Nervioso Central:** Entre ellos estimulantes de vigilancia (cocaína, anfetaminas), estimulantes del humor (inhibidores de la MAO).
 - c. **Perturbadores de la Actividad del Sistema Nervioso Central:** Entre ellos alucinógenos derivados de la cannabis (marihuana, hachís, THC), disolventes volátiles, anticolinérgicos, otros.

³²CONACE, *Una niñez sin drogas*, Conace Informa número 5, Boletín del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, 1997, p.8. Citado por: Gálvez Masiel y Veliz Carol, *Op.cit.* p.7

³³ López-Ibor Aliño J.L., *Psiquiatría*, Tomo II, Barcelona, 1981, p.1179. Citado por: Gálvez Masiel y Veliz Carol, *op.cit.*, p.7

³⁴ Comas Arnau D., *El uso de drogas en la juventud*, Instituto de la Juventud, Ministerio de Cultura, Madrid, 1985, p.21 y 22. Citado por: Gálvez Masiel y Veliz Carol, *Op.cit.* p.7

³⁵Chaloult L., *Nouvelle classification des drogues toxicomanogènes, Toxicomanies*, 1971. Citado por: Gálvez Masiel y Veliz Carol, *Op.cit.*, p. 7

Resulta claro que no existe una definición unánime en la doctrina, de la misma manera que sucede en las legislaciones.

En nuestro país, la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, no define lo que se entiende por droga, sin embargo, la redacción de la norma es tan amplia que cualquier etapa productiva de las sustancias-derivados y materias primas-capaces de provocar efectos tóxicos y daños a la salud, está sujeto a una “debida autorización” y por ende, a un control estatal.³⁶

Nuestra posición sobre el concepto de droga tiende hacia la más general, es decir, cualquier sustancia que introducida en un organismo vivo, puede modificar una o más funciones de éste. El motivo de lo anterior, dice relación con una perspectiva que, como veremos más adelante, traslada el centro de interés desde la sustancia hacia la persona, toda vez que prácticamente cualquier sustancia queda comprendida en el concepto de droga y prohibirlas todas sería imposible. Asimismo, el concepto de adicción también se relaciona no tanto con la sustancia como con el sujeto que la consume, lo que exige un cambio de perspectiva en las políticas públicas sobre la materia.

1.2. Adicción

También conocida como drogodependencia, fue definida por primera vez por la **OMS** en 1964, como un estado de intoxicación periódica o crónica producida por el consumo repetido de una droga natural o sintética.

La **RAE** la define como el hábito de quien se deja dominar por el uso de alguna o algunas drogas tóxicas, o por la afición desmedida a ciertos juegos.

Se aprecia de una a otra definición una ampliación del concepto, sin embargo, a la luz de nuevas perspectivas científicas hoy podemos considerar la adicción en términos mucho más generales, y no solo restringida a la dependencia de una sustancia o a la ludopatía.

³⁶ Gálvez Masiel y Veliz Carol, *Op.cit.*, p. 8

2. Tratamiento científico de la adicción

El problema de las drogas se traduce en la idea de que éstas causan daño físico y afectan las relaciones interpersonales, razón por la cual habría que prohibirlas. Lo cierto es que no todos los consumidores de drogas son adictos, caso en el que sus relaciones interpersonales no se ven afectadas.

En estos casos, bien podríamos aducir que estamos en presencia de paternalismo por parte del Estado, que restringe la autonomía (sobre un tema tan personalísimo como el propio cuerpo) en pos del interés común, imponiendo un concepto sesgado de lo bueno y malo, que superpone un deber de beneficencia (procurar el bien para los otros) al respeto por la autonomía.

En estos casos en que no se afecta a terceros, ¿está legitimado el Estado para restringir la libertad-presupuesto básico del Estado de Derecho- de un individuo?

A nuestro juicio esto no es sino una de las tantas injerencias de la moral en la esfera jurídica.

En este sentido se pronuncia el economista Milton Friedman:

“Soy economista, pero el problema económico es estrictamente secundario. Es un problema moral. Es un problema del daño que está infligiendo el gobierno.

He estimado estadísticamente que la prohibición de las drogas produce, de media, diez mil homicidios al año. Es un problema moral que el gobierno ocasione la muerte de diez mil personas. Es un problema moral que el gobierno criminalice a gente, que puede que esté haciendo cosas que usted y yo no aprobaríamos, pero que no hacen nada que dañe a otros. La mayor parte de los arrestos por droga son por posesión de consumidores esporádicos.

Aquí tenemos a alguien que quiere fumar un cigarrillo de marihuana. Si le pillan, va a la cárcel. ¿Es eso moral? ¿Es adecuado? Creo que es una auténtica desgracia que nuestro gobierno, que se supone que es nuestro, pueda estar en situación de convertir en criminales a gente que no daña a otros, de destruir sus vidas mandándolos a la cárcel. Para mí, se trata de

*eso. La parte económica sólo se necesita para explicar por qué tiene esos efectos. Pero las razones económicas no son las razones básicas”.*³⁷

Por último, incluso si se está de acuerdo con la perspectiva paternalista, de imposición de cánones de conducta (lo que parece más justificado en el caso de las adicciones), los esfuerzos concretos no han logrado sus objetivos: no ha disminuido la oferta de drogas, ni los adictos. A su vez, el contacto con el sistema penal, no hace sino reducir las probabilidades de que un adicto se rehabilite.

En esta línea omnicomprendiva de la adicción encontramos algunos autores tales como:

2.1. Gabor Maté³⁸

El autor sostiene que lo realmente determinante en cuanto a las adicciones, son las consecuencias derivadas del estrés postraumático. El motivo por el que las personas consumen drogas, sería el aumento de los niveles de serotonina, lo que conduciría a las drogas a un medio para automedicar la depresión.

El problema de fondo se encuentra en el dolor, ya que todas las sustancias adictivas en realidad son calmantes del dolor.

Señala que lo que estamos haciendo, es encerrar a las personas por haber sido abusadas en primer lugar. Si un ser humano llega a la conclusión de que sin una sustancia no tendrá experiencias de alivio del dolor, de placer y recompensa, de amor y conexión, no es posible pretender que la deje solo por decir “no lo hagas”, mucho menos castigándolo.

A su vez, señala que las personas que padecen adicciones, tienen problemas en el mecanismo de control de los impulsos, por tanto, realmente se trata de cerebros enfermos, personas que no *pueden* resistir.

³⁷Entrevista con Milton Friedman acerca de la Guerra contra la Drogas, Foro Americano sobre drogas, 1991, (en línea consultado 10-07-2018, <http://www.liberalismo.org/articulo/350/53/entrevista/milton/friedman/acerca/guerra/>)

³⁸ Maté Gabor, *Adicciones y Correcciones*, Conferencia, Simon Fraser University, Ting fórum on Justice policy, 2011. (conferencia, en línea consultado 10-07-2018 <https://youtu.be/gOVvAP0uenY>)

Por su parte, considera ridículo sostener que las drogas provocan adicciones. Cualquier persona puede recibir grandes cantidades de droga (por ejemplo en el hospital al tener un accidente) y luego dejarla sin problema alguno. Ni la nicotina, ni la comida, ni las apuestas, el sexo, las compras o las drogas son inherentemente adictivas, pues la adicción no sucede por la sustancia.

El verdadero problema es lo que hace a alguien susceptible de volverse adicto, lo que viene determinado por la cantidad de experiencias traumáticas que en la infancia haya vivido el individuo. La condición necesaria para el desarrollo es la presencia de cuidadores que no estén estresados ni deprimidos, disponibles emocionalmente en la crianza, que es justamente lo que el adicto no tuvo. Si una persona llega a tener 6 experiencias adversas durante su vida (ya sea abuso sexual, emocional, físico, un padre en prisión, un divorcio conflictivo o cualquier otro) su riesgo de volverse adicto es 4600% veces mayor. Y son estas personas las que cuando conocen una sustancia, piensan que es la respuesta a la plegaria de la vida. Esto demuestra que la elección y la genética no tienen nada que ver.

El autor considera que las circunstancias que anulan la genética, son mucho más importantes que los genes en sí, por lo que el argumento genético y de elección son simplemente salidas fáciles que evitan que observemos lo que realmente sucede.

Las personas no necesitan tocar fondo, sino precisamente lo contrario: necesitan algo de seguridad, alguna esperanza de victoria, ser tratado como un ser humano y verse a sí mismos con algo de compasión, darse cuenta de que a pesar de todo lo vivido son personas que valen la pena. Y esa no es la clase de victoria que nuestro sistema le brinda a la gente. Los políticos prosperan creando enemigos a partir de los segmentos más abusados de la población y cuando marginalizas y criminalizas a la sociedad, la empobreces, solo asegurando que sigan siendo adictos.

2.2. Bruce K. Alexander³⁹

El autor realizó un estudio sobre la drogadicción denominado “Rate Park” en 1970 (publicado en 1980) en la Universidad Simon Fraser de Columbia Británica, Canadá.

La hipótesis de Alexander fue que las drogas no causan adicción per se, y que la aparente adicción a drogas opiáceas comúnmente observadas en ratas de laboratorio expuestas a ella es atribuible a sus condiciones de vida, y no a cualquier propiedad adictiva de la droga en sí.

El estudio consistió en poner a disposición de ratas enjauladas, un dispensador de agua pura y otro de agua con clorhidrato de morfina durante 57 días. Las ratas, sin estímulos dentro de sus jaulas, y solas, optaron día a día por el agua con morfina.

Luego, Alexander construyó el Parque de las Ratas, una zona de 8,8 m² de vivienda, 200 veces la superficie de una jaula estándar de laboratorio. Había 16 a 20 ratas de ambos sexos en la residencia, con abundancia de alimentos, bolas y ruedas para el juego, y espacio suficiente para el apareamiento y crianza de camadas.

A las ratas que habían consumido agua con morfina, las trasladó a este nuevo espacio, frente a lo cual la mayoría de ellas optó por el agua pura. De esta manera señala “los animales en muy malas condiciones, al igual que la gente en muy malas condiciones, aliviará su angustia farmacológicamente de poderlo”.

2.3. Jim Orford , Victoria Morison & Marcia Somers⁴⁰

Estos autores realizan un estudio comparativo entre el alcohol y el juego, concluyendo que el juego puede ser tan adictivo como el alcohol en cuanto que las personas que han tenido problemas con el juego presentan un vínculo en relación con el mismo tan fuerte como el

³⁹ Bruce Alexander, Beyerstein Barry, Hadaway Patricia y Coams Robert, *Effect of Early and Later Colony Housing on Oral Ingestion of Morphine in Rats*, Department of Psychology, Simon Fraser University, Burnaby, B.C., Canadá, 1970, publicado en *Pharmacology, Biochemistry & Behavior*, Vol 15, 1981, p. 571-576.

⁴⁰Orford Jim, Morison Victoria y Somers Marcia, *Alcohol y juego: Comparación y su implicación en las teorías de las adicciones*, Facultad de Psicología, Universidad de Birmingham y Departamento de Psicología, Universidad de Exeter, Reino Unido.

vínculo que en relación con el alcohol, presentan las personas a las que éste último les ha causado problemas.

El concepto adoptado de la adicción aquí es el de “fuerte vínculo o fijación excesiva” libre de los inconvenientes de conceptos como tolerancia y abstinencia, generalmente asociados a sustancias.

Este sería un descubrimiento crucial para las teorías sobre la adicción, ya que sugiere que los mecanismos que más relevancia tienen en el origen y mantenimiento de la adicción no se centran en una particularidad de ciertas sustancias químicas que actúan sobre el sistema nervioso central, sino más bien en una característica que comparten ciertas drogas y ciertas actividades que conllevan un potencial de adicción.

Bajo esta máxima, habría tantas actividades o sustancias con un potencial de adicción, que los esfuerzos por prohibirlas todas serían absurdos e inútiles.

Nos parece de importancia mencionar a estos autores, toda vez que al considerar que el problema de la adicción recae en el sujeto mismo, en sus condiciones de vida, su entorno, entre otras subjetividades, se vuelve deseable trasladar el foco de interés de la represión estatal hacia la prevención y rehabilitación de drogas. De esta manera, las políticas públicas estarían orientadas a mejorar la calidad de vida de los individuos en lugar de criminalizarlos cuando sufren de un padecimiento tan perjudicial para ellos mismos como lo es una adicción. Con ello, se visibiliza el problema desde una perspectiva multifactorial, dando la merecida atención a las necesidades tanto físicas, como psicológicas o emocionales del sujeto adicto.

3. Políticas de drogas en el mundo

Cuando hablamos de políticas públicas sobre las drogas nos referimos a una serie de principios o cursos de acción que adoptan las sociedades y gobiernos para manejar el problema asociados al uso de drogas. En específico, y como vimos, la política criminal es una parte de la política pública en que se determinan ciertas conductas como delito y a ciertas personas como delincuentes.

Las políticas públicas sobre drogas se desarrollan en función de un problema, proponen un delineamiento de acciones que impactan principalmente al consumidor, a la criminalidad asociada y a la sociedad en general.

Las sociedades han desarrollado básicamente dos formas de organizar el control del consumo, producción y comercio de sustancias psicoactivas ilícitas⁴¹:

3.1. Prohibicionismo

El modelo de la “sociedad libre de drogas” se origina en pleno siglo XX, en los Estados Unidos, denominado por sus críticos como **“sociedad libre de drogas”** **“abstencionismo”** **“prohibicionismo”** o **“Guerra contra las Drogas”** y por sus partidarios como **“reducción de oferta de drogas”**. Este paradigma fundamenta su ámbito de acción en la extirpación social total de toda forma de consumo, producción, compra y venta de cualquier sustancia psicoactiva no legalizada.⁴²

La finalidad declarada -y no necesariamente real- de la prohibición del tráfico y consumo de ciertas drogas, es la protección de la salud pública. La droga sería una epidemia moral que dañaría enormemente la salud de la sociedad toda (...) Se busca la existencia de una sociedad sin drogas, esto a través de una represión de la oferta de tal forma que los costos de traficar con estas sustancias aumenten de tal manera que no sea rentable realizar esta actividad.⁴³

A su vez, es fin de la política prohibicionista proteger el sistema financiero de la contaminación de dinero originado por el tráfico de drogas, lo que distorsionaría los mercados. También se busca evitar que los narcotraficantes tomen barrios bajo su control, desafiando la autoridad del Estado, imponiendo en ellos su propia ley.⁴⁴

⁴¹Kov Huang Jaime, *Análisis crítico de la política criminal aplicada en la ley 20.000 sobre la base del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de ilícito de estupefacientes*, tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2013, p. 155.

⁴² Sánchez Bustos Sergio, *Principales paradigmas preventivos en el día de hoy, Aportes para una nueva política de drogas*, Santiago, Editorial Tierra Media, 2012, p.25.

⁴³Paves Farías Juan y Prat Lopichich Arturo, *Análisis crítico de la ley no. 20.000*, tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2006, p. 202.

⁴⁴Ibid., p.203.

El prohibicionismo, en definitiva, es una política pública entroncada en el sistema de justicia criminal, en la que se entiende que el cambio sólo puede venir de sanciones de tipo penal, asumiendo una actitud paternalista sobre el usuario al cual propone como uno sin voluntad, débil, que le falta autodisciplina y control. Como consecuencia, se debe perseguir a los usuarios y a quienes comercian con las sustancias controladas y administrarles sanciones penales.

La premisa fundamental del prohibicionismo es la inclemencia y la agresión extrema, la punición exacerbada y que todos los eventuales caminos a tomar sean los más duros posibles, con la esperanza de que la “mano dura” solucione el problema.

Este tipo de política criminal, de orden prohibicionista, si bien se gestó en EEUU, rápidamente se expandió a otros países, con realidades muy diversas. Entre ellos podemos encontrar a Chile, Colombia, México, España, sólo por mencionar algunos.

Esta expansión del prohibicionismo, como veremos en lo sucesivo, se produce en atención a dos cuestiones fundamentales: el intervencionismo directo de EEUU en los países productores de drogas, y la responsabilidad “moral” internacional de los países productores como respuesta al tráfico de drogas a nivel mundial.

3.2. Reducción de Daños

El paradigma de la “**reducción de daños**” se enfoca en la rehabilitación de los sujetos drogodependientes por sobre la fuerte criminalización que se ocasiona con las políticas prohibicionistas.

*“El cambio fundamental en esta materia va desde considerar al usuario como una víctima, un adicto crónico y no como un delincuente o un cómplice del narcotráfico”.*⁴⁵

Así las cosas, se busca reducir los daños de abuso de sustancias psicoactivas, no planteándose como objetivo necesariamente la eliminación de su consumo.

⁴⁵ Matamala Alexis, *Extraterritorialidad: informe de la OEA: el problema de las drogas en las Américas*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014, p.34.

El término reducción de daños comenzó a ser utilizado ampliamente a partir de los intentos de detener la extensión del VIH, proporcionando material de inyección estéril a los usuarios de drogas por vía parenteral en los primeros años de la década de los 80.⁴⁶

El modelo de “reducción de daños” centra su atención en el consumidor con objeto de minimizar los daños que el consumo representa para él, su entorno próximo y la sociedad, reconociéndolo como una persona que puede y debe ser considerada como un valor a cuidar por la institucionalidad estatal (...) Al mismo tiempo, pone sobre relieve el principio de *autonomía* de las personas para decidir qué tipo de sustancias ingieren, poniendo el énfasis en la *información*, para quienes deseen experimentar el consumo, lo hagan con conocimiento de sus efectos, contraindicaciones y sus potenciales peligros. Se confía en la capacidad y juicio de las personas para decidir la cantidad y tipo de sustancias a consumir, no habiendo grandes sanciones contra el consumo y el autoabastecimiento.⁴⁷

Se acepta tácitamente la existencia de drogas ilegales en la comunidad, al tiempo que se plantea la imposibilidad de eliminarlas por completo de la misma y en consecuencia, se enfatiza en un resultado sanitario antes que una visión criminalista o moral, pero sin desconocer la importancia de la persecución del crimen organizado en la política estatal.⁴⁸

El caso paradigmático de nación que ha optado por una política de reducción de daños es Países Bajos, cuya estrategia se enfoca en el control y reducción del daño asociado al consumo de drogas, desde una perspectiva, mayoritariamente, de salud.

La llamada Ley del Opio, establecida en 1976, que comenzó con la regulación de este nuevo paradigma en la política de drogas, se basa en dos principios claves. 1. Distinción entre tipos de drogas dependiendo de su “peligrosidad” y efecto en el organismo. 2. Distinción entre la naturaleza de la infracción, diferenciando entre posesión para consumo personal o para transacciones comerciales.

La ley de opio fue reformada a propuesta de un grupo de trabajo interdisciplinario sobre drogas. *“La reforma introdujo un drástico cambio de rumbo de la política oficial en materia*

⁴⁶Kov Jaime, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁷Ibid., p.156.

⁴⁸ Sánchez B. Sergio., *op. cit.*, p.28.

de drogas, la cual se apoya desde entonces en tres pilares:

- Una estricta persecución penal de la producción y comercio con estupefacientes, en especial drogas duras, y una intervención penal igualmente estricta respecto de los denominados “delitos relacionados con la droga”
- Una política de no intervención respecto de la posesión de pequeñas cantidades de drogas duras o blandas para el propio consumo, así como respecto del comercio de la entrega de cantidades para el consumo en ciertos centros.
- La oferta de múltiples prestaciones de asistencia a los drogodependientes. Meta central de ello es – cito- “la prevención y reducción de los riesgos que para el propio drogodependiente, su ambiente inmediato y la sociedad derivan del consumo de drogas”⁴⁹

Por otra parte, los coffee shops son considerados como parte de la estrategia de reducción de daño, generando espacios controlados de consumo de sustancias.

Así, en Países Bajos, “la meta primordial de la política de drogas ya no es la lucha contra el consumo, sino principalmente – junto a la prevención- la reducción de los riesgos ligados al consumo de drogas para los consumidores y la sociedad”⁵⁰

La política adoptada por Países Bajos, si bien aún no soluciona el problema de raíz, ha presentado una baja positiva en el consumo de drogas por parte de sus ciudadanos.. Un artículo de la BBC Mundo, del 01 de Julio de 2010, señala que “El Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT), la máxima agencia en la materia de la Unión Europea (UE), avala el balance realizado por las autoridades holandesas. De acuerdo con el último informe del organismo, pese a que los holandeses despenalizaron su venta, consumen menos marihuana que los franceses y españoles. Mientras que el 5% de los holandeses de entre 15 a 64 años fumó cannabis durante el último año, los franceses y checos registraron una prevalencia del 9%, los españoles del 10% y los italianos del 14.6%. Los holandeses también están por debajo de la media europea, la cual es del 6.8%. En el panorama de la cocaína, Holanda también muestra índices menores en comparación a la mayoría de los socios europeos. El organismo con sede en Lisboa reporta que el 0.6% de los holandeses de

⁴⁹ Van Kalmthout A.M, *Aspectos de la política Holandesa en materia de drogas*, Cuaderno del instituto vasco de criminología, San Sebastián No. 2, Holanda, 1988, p.89.

⁵⁰ *ibid.*, p. 90.

entre 15 y 64 años ha usado cocaína en el último año, por debajo de la media europea, 1.2%, y distantes del 3.1 % de los españoles y el 2.3% de los británicos e italianos. Holanda también mantiene una de las tasas de mortalidad por droga más bajas de Europa, 8 por cada millón de habitantes con edades comprendidas entre 15 y 64 años. Del otro lado de la balanza, Luxemburgo encabeza la lista con 85 por millón, seguido por Estonia, Noruega y Dinamarca.”

51

⁵¹ Inder Bugarin, *Holanda, a 34 años de tolerancia con las drogas*, BBC Mundo, Amsterdam, 2010. (en línea, consultado 10/07/2018: http://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/07/100701_holanda_aniversario_marihuana_jrg.shtml?print=1)

CAPÍTULO III: LA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA CONTRA LAS DROGAS

1. Concepto y características

A grandes rasgos, podemos decir que la Guerra contra las Drogas es una política criminal prohibicionista diseñada para el combate del narcotráfico y el uso y consumo de sustancias ilícitas; que comienza en EEUU durante el gobierno de Richard Nixon para convertirse en una guerra efectiva durante el gobierno de Ronald Reagan, y que consiste en controlar y eliminar la oferta de narcóticos, a través de políticas de represión carcelaria, erradicación de cultivos y persecución exhaustiva contra los delitos de tráfico de drogas.

El bien jurídico que se protege en el tipo penal de tráfico de drogas, y que justifica las políticas criminales de orden prohibicionista, consiste en la “salud pública”, llegando a comprenderse que este tipo de actividad ilícita representa una amenaza a la seguridad nacional.

En 1989 se redefine la política en el discurso presidencial de Bush, quien lo retoma *“en su aspecto represivo, concentrando las energías bélicas en el plano externo de la guerra. El principal enemigo identificado era la cocaína – luego se extendería a la heroína-, y fue enfrentado con una estrategia basada en tres elementos: 1) presión sobre los países-fuentes de la región andina para erradicar cultivos de coca; 2) intercepción de los flujos de drogas desde el Caribe y México (interdicción); 3) aumento de la represión policial contra los consumidores, distribuidores y traficantes.”*⁵²

Así las cosas, podemos decir que se trata de una política criminal agresiva y represiva para el control del abuso de drogas, que se enfoca principalmente el control de la oferta, impuesta por EEUU para sus habitantes y para los países latinoamericanos, por ser muchos de éstos

⁵²Ciamadore Alberto, *La política antidroga de Estados Unidos. Condicionantes internos y efectos intra-hemisférico. Drogas, el conflicto de fin de siglo*, Venezuela, Editorial Cuadernos de Nueva Sociedad, 1997. P. 22.

productores de drogas ilícitas, traspasando los costos asociados de dicha política a actores externos obligados a adaptarse a una realidad muy distante de su realidad nacional.

EEUU tomó hace tiempo dos decisiones estratégicas especialmente relevantes en su lucha contra las drogas: primero, que la disminución del consumo se logra con la reducción de la oferta y segundo, que el problema de la droga se constituye como un asunto de seguridad nacional, lo que implica la militarización del conflicto.

Señala **Jaime Kov**⁵³: *“Se afirma que para proteger la salud pública, se debe evitar la difusión descontrolada de las drogas prohibidas, con lo que se debe combatir al narcotráfico como una de las máximas de la política criminal prohibicionista. Con lo que se han invertido millones y millones de dólares en compra de armamentos, entrenamiento de fuerzas de orden público, equipo y tecnología, como también en aumentar exponencialmente los cupos penitenciarios, aumentar la dotación de gendarmes a cargo de las cárceles y un sinfín de otros costos.*

Sin embargo, y a pesar de todas estas medidas, el narcotráfico no ha disminuido, sino que se ha incrementado y expandido a otros países, como sucede con los cultivos de cocaína en Colombia, Perú y Bolivia.

La piedra angular de las políticas de drogas es frenar el narcotráfico, pero lejos de lograr dicho objetivo lo único que se ha podido constatar es más muerte, más pobreza y mayor abuso de sustancias por desinformación, reclutamiento a carteles de drogas”.

En 2005 se estimaba que la Guerra a las Drogas había costado unos 12 mil millones de dólares. Este cálculo incluye los gastos internos del gobierno estadounidense que se utilizan para controlar la oferta de drogas ilegales, pagar los sueldos de empleados públicos involucrados, aumentar el encarcelamiento de infractores, pagar a autoridades de las cárceles estatales y federales, y gastos de rehabilitación. A esto hay que sumar los costos

⁵³ Kov Jaime, op.cit., p.162-164.

socioeconómicos de la Office of National Drug Control Policy (Oficina para el Control de Drogas) que fue de unos US\$ 143,4 mil millones en 1998.⁵⁴

Además, Estados Unidos también ha desarrollado costosas iniciativas internacionales que tienen como objetivo erradicar la importación de drogas ilegales. En Sudamérica por ejemplo, apoya la Iniciativa Antidrogas Andina, programa que brinda asistencia a Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú.⁵⁵

2. Contexto histórico

Se puede afirmar que la Guerra contra las Drogas ha sido la más larga en la historia estadounidense. Ha durado más de 30 años al interior de Estados Unidos y más allá de sus fronteras.⁵⁶

Sus orígenes históricos, según un grupo de expertos de la LSE,⁵⁷ se remontan hasta **1909**, en el seno de las Naciones Unidas, donde las potencias mundiales se reunieron en Shanghái para abordar el problema global de la circulación de vastas cantidades de opiáceos. Esta fue la **“Primera Conferencia Internacional sobre Estupefacientes en Shangai”**, en la que los Estados participantes resolvieron erradicar el “abuso de drogas”.

Posteriormente, en **1912** se llevó a cabo la **“Conferencia Internacional del Opio”** en la Haya, dando lugar a la Convención de La Haya de 1912 sobre Opio.

⁵⁴ Office of National Drug Control Policy, *National Drug Control Strategy Budget Summary*, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://www.whitehousedrugpolicy.gov/publications/policy/budgetsum04/index.html>.) citado por Cooper James, *Tribunales de rehabilitación de drogodependientes: un mecanismo para abordar el aspecto de la demanda, en la guerra contra las drogas*, EEUU, Editorial LexisNexis, 2007, p.1.

⁵⁵ Cooper James, op. cit., p.3.

⁵⁶ See PBS: 30 Years of America's Drug War at <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/drugs/cron/> (stating that on June 17, 1971, President Nixon named drugs as “public enemy number one in the United States” and in 1973, set up the Drug Enforcement Administration) citado por Cooper James, op. cit., p.1.

⁵⁷ Grupo de expertos de LSE en economía de políticas sobre drogas, *Acabando con la guerra contra las drogas* (en línea, consultado 10-07-2018 <http://www.lse.ac.uk/IDEAS/publications/reports/pdf/LSE-IDEAS-Drugs-Report-Spanish.pdf>)

Esto condujo al primer tratado internacional sobre fiscalización al tráfico de estupefacientes y que con los tratados internacionales en la materia concertados hasta 1972 constituyen la base jurídica del actual sistema.⁵⁸

Inicialmente no se crearon instrumentos específicos para implementar esta estrategia, sin embargo, durante las siguientes décadas los mecanismos institucionales se enfocaron casi exclusivamente en el control de la oferta, sostenido en la idea de que controlando la oferta, se podría controlar y eventualmente erradicar el consumo “no médico ni científico” de las drogas.

Durante lo que se podría considerar como el período fundacional del régimen, la mayoría de Estados, por distintos motivos, mostró una reticencia general a penalizar el uso no médico ni científico de ciertas sustancias psicoactivas, aunque la cuestión se fue convirtiendo en un motivo de preocupación cada vez más destacado.

En el año **1931** se formalizó en un tratado una **distinción entre los mercados globales lícito e ilícito**, pero este dispositivo se vio acompañado por un mercado ilícito rápidamente creciente y el impulso político se estancó mientras los EEUU adoptaban un irreductible enfoque prohibicionista ante los monopolios coloniales del opio. Hacia finales de la década de 1930, el sistema se había quedado enredado en negociaciones para controlar la producción del opio en su punto de origen.

Se creó una estructura de compromiso oligopólico, la cual determinó a un grupo de reconocidos productores para cultivar amapola opiácea destinada al mercado lícito global.

Al momento en que estallaba la Segunda Guerra Mundial, el impulso político mayormente se había desvanecido. Entonces, los EE.UU. utilizaron su capacidad de apalancamiento en tiempos de guerra, particularmente sobre sus aliados, para forzar la aceptación de importantes cambios en las políticas a nivel mundial y, hacia 1945, el tema de las drogas había sido transformado.

⁵⁸Kov Jaime, *op. cit.*, p.157.

Con esto se aspiraba a crear un sistema unificado de control de mercancías que regularía las drogas, desde la producción hasta el consumo. Seguía irresuelta, sin embargo, la cuestión de qué hacer con la adicción existente y con el mercado ilícito.

Las primeras luces sobre la cuestión de las drogas ilícitas, aparecieron con la **Convención Única de Estupefacientes de las Naciones Unidas**, firmada el 30 de marzo de **1961** por 73 países, cuyo objetivo era sustituir los diversos tratados multilaterales que existían en este campo por un instrumento único, así como reducir el número de órganos internacionales creados en virtud de dichos tratados que trabajaban en el ámbito del control de drogas, y establecer disposiciones para reglamentar la producción de materias primas para estupefacientes.

La Convención Única incorporó un enfoque más prohibicionista al uso no médico ni científico de ciertas sustancias, lo que fue acentuado respecto de tres sustancias derivadas de plantas: el cannabis, el opio y la hoja de coca.

La Convención introdujo *obligaciones penales ampliamente aceptadas para que las partes criminalizaran, en su legislación nacional, la producción y el comercio no autorizados* y extendió el régimen de fiscalización existente hasta entonces al cultivo de plantas. Así, se obligó a los ‘países en desarrollo’ a abolir todos los usos no médicos ni científicos de las tres plantas, que llevaban siglos formando parte integral de tradiciones sociales, culturales y religiosas.

Cabe destacar que también se establece mediante la Convención Única de 1961, La **Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)** que es un organismo internacional de fiscalización independiente y cuasi judicial, encargado de vigilar la aplicación de los tratados de fiscalización internacional de drogas.

Siguiendo el liderazgo de los Estados Unidos, y con el apoyo del marco de tratados y de las agencias de las Naciones Unidas, los Estados se congregaron de manera uniforme en torno a la criminalización del consumo y se dedicaron de lleno a medidas de aplicación de la ley del lado de la oferta.

La Convención Única de 1961 fundió todos los cuerpos legales existentes desde 1912, a fin de armonizar internacionalmente el sistema de fiscalización de estupefacientes.⁵⁹

Durante la década de 1970, los EE.UU. emprendieron un renovado liderazgo sobre el tema, particularmente en las Naciones Unidas y a través de la JIFE.

A partir de aquí, en el plano internacional podemos reconocer **4 importantes hitos** que dieron cabida a esta perspectiva prohibicionista:

- En primer lugar, la **Convención de 1971 o Convenio sobre sustancias sicotrópicas**, aprobada por la Conferencia de Naciones Unidas.
- En segundo lugar, la **Enmienda de 1972 a la Convención Única**.
- En tercer lugar, la **Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988**.

Esta Convención fue firmada por Chile, y en ella se manifiesta un interés político explícito, que: "...es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente convención, las partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos".⁶⁰

Esta posición se enfoca en impedir el consumo y producción de sustancias psicoactivas ilegales a nivel mundial, y detener el enriquecimiento a partir de la comercialización de las mismas, por considerarlas todas actividades peligrosas para la integridad de la sociedad y de sus instituciones organizadas.⁶¹

⁵⁹Kov Jaime, *op. cit.*, p.158

⁶⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.

⁶¹Sánchez B. Sergio., *op.cit.*, p.27.

- Por último, 10 años más tarde, en 1998, los Estados intentaron inyectar nuevas energías a los esfuerzos internacionales, proponiéndose reducir la oferta y demanda de drogas bajo el lema “**Un mundo sin drogas, ¡podemos lograrlo!**”

Desde el punto de vista mediático y comunicacional, podemos situar el **inicio de la Guerra contra las Drogas** en **Junio de 1971**, cuando el entonces Presidente de EEUU Richard Nixon lanzó una declaración en la cual señalaba a las drogas como enemigo público número 1 del país, dando inicio a una violenta campaña para erradicar el consumo de drogas.

Desde que fuera acuñada la expresión en 1971 por el Presidente Estadounidense Richard M. Nixon, la Guerra a las Drogas ha metido a millones de ciudadanos estadounidenses al sistema carcelario, la mayoría pertenecientes a las minorías étnicas. Esta guerra ha producido también, rebeliones armadas en el extranjero, y causado el derrocamiento de varios gobiernos.⁶²

3. Países productores y consumidores: una estrategia centrada en la oferta

En la economía internacional global referida al tráfico de drogas, hay **países productores** (Colombia, Perú y Bolivia si nos referimos únicamente a las “grandes cifras” y nos mantenemos en el exclusivo ámbito latinoamericano) y **consumidores** (EEUU y la UE); con el añadido que la prohibición del comercio internacional hace precisa la circulación clandestina.⁶³

También podemos mencionar **países de tránsito**, los que suelen caracterizarse por una importante debilidad estructural y una fuerte incapacidad de controlar sus fronteras nacionales; el aspirante ideal es un país con muchos kilómetros de costa, mejor con archipiélagos, nula o muy escasa capacidad de control real marítimo y aéreo y una fuerte corrupción institucional.

⁶²Cooper J., op.cit., p.4.

⁶³Álvarez García Francisco, *La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la urgencia de su legalización*, Cuadernos de política criminal segunda época 2011 N° 105, España, 2011, p.203.

Se ha entendido al interior de la política criminal de Guerra contra las Drogas, que la disminución del consumo se logra con la **reducción de la oferta**, lo que ha llevado a una intervención de EEUU en los asuntos internos de los países productores, adquiriendo especial relevancia la estrategia de fumigaciones de cultivos ilegales.

Con ello, se ha arrojado la responsabilidad del asunto principalmente a los países productores (latinoamericanos), al tiempo que se presenta a los países consumidores (EEUU) más como víctimas que como generadores del problema.

*“El componente internacional del tráfico de drogas tiende a externalizar la búsqueda de soluciones. La externalización de la lucha, a la vez que concentra recursos en áreas muy difíciles de controlar, asigna una gran parte de la responsabilidad del comercio de drogas en los países productores y de tránsito que carecerían de los recursos necesarios para controlar tales actividades. En cierto modo, ello formaliza una evasión de las responsabilidades propias por la falta de control del mayor mercado consumidor del mundo.”*⁶⁴

Lo cierto es que en la medida que se mantiene estable la demanda, como ocurre en la venta de cualquier producto, se mantiene la oferta del mismo. Así, bien podría desbaratarse un peligroso cartel, y encarcelar a sus miembros, sin embargo, ese lugar posteriormente lo ocupará otro cartel proveyendo de todas maneras las drogas requeridas por la población.

En este sentido se pronuncia Francisco Javier Álvarez García⁶⁵, al señalar que **es la demanda la gran responsable del tráfico**, y lo es hasta el punto de que las peculiaridades de aquella moldean la oferta. Un caso claro en este sentido lo ofrecen las drogas de segunda calidad (crack o paco); es evidente que en estos casos al existir una demanda de cocaína de bajo precio, por debajo del mínimo al que se puede ofertar en sus presentaciones tradicionales, los laboratorios terminan ofreciendo esas otras. Se trata, pues, de drogas fabricadas a demanda.

El resultado de las fumigaciones y del aumento del control o de la represión en una cierta zona sirve, en primer lugar y directamente, para que los lugares de cultivo se desplacen. Es

⁶⁴ Tokatlian Juan Gabriel, *En el límite, la torpe norteamericanización de la guerra contra las drogas*, Bogotá, Editorial Norma, 1997. P. 19.

⁶⁵ Álvarez G. Francisco, op.cit., p.205.

decir: si las fumigaciones suponen una disminución de los terrenos cocaleros en Colombia, ello acarreará una ampliación de esas mismas superficies en Perú o Bolivia, para de esa forma mantener la producción en los niveles exigidos por el mercado.

*Los “países productores” han visto perjudicada a sus clases campesinas, quienes se han visto forzados a soportar **fumigaciones** que han arrasado a su ecosistema y obligado al traslado de sus poblaciones, aunque no antes de contemplar la aparición de graves **malformaciones** en los recién nacidos e importantísimos **problemas de salud** para los pobladores de esas zonas.*

Para estas clases campesinas, el cultivo de la coca- que es permanente- no sólo resulta más rentable por razones de precio y producción, sino porque no se encuentra en su recolección sujeto a la estacionalidad propia de otros cultivos, por lo que estas fumigaciones tendrían un significado anti-indigenista.

*Por otro lado, esta política prohibicionista ha significado para los países productores un considerable **empobrecimiento**, pues se ven forzados a emplear una parte muy importante de la riqueza nacional en esta política antidrogas. Ello implica también llevar a cabo en sus propios países, una política fuertemente **antidemocrática**, posponiendo la cobertura de las necesidades básicas y esenciales de la población (educación, sanidad, vivienda, alimentación) para invertir en políticas de defensa (cuyo desembolso supondrá, de ordinario, cuantiosos ingresos para la industria de los países ricos que son los que aportan la mayor parte de los consumidores de la droga: EEUU y la UE).⁶⁶*

Los países productores los de tránsito, han de exigir la corresponsabilidad de los países consumidores a la hora de tratar de atajar las consecuencias del tráfico de drogas al interior de los mismos, partiendo de un argumento difícilmente rebatible: para disminuir la producción debe disminuir la demanda.

4. Intervencionismo de EEUU en la soberanía de los países productores

La influencia de la política estadounidense se remonta al período histórico posterior a la Guerra Fría, periodo en el cual los países comenzaban a cuestionar y tomar conciencia sobre la

⁶⁶ Álvarez G. Francisco, op.cit., p. 199 – 246

autonomía política tanto interior como exterior, respecto a las influencias nacionales e internacionales en cuanto a la toma de decisiones sobre conflictos que incluso trascienden el orden interno de los países, tal como ocurrió con el tema del narcotráfico.

El mundo globalizado ha traído múltiples repercusiones, destacando la interdependencia económica entre las naciones. Los países con pocos recursos, exportadores, y que en la mayoría de los casos dependen del comercio internacional, como es de esperar, son mucho más propensos a influencias externas. Es aquí donde encuentra un rol decisivo EEUU, que con su enorme poder económico y aprovechándose de su gran influencia internacional, ha decidido imponer su política criminal de Guerra contra la Drogas a todos los países susceptibles de ser manipulados por una relación asimétrica respecto a Norteamérica. *“Dado que para el realismo los Estados pequeños están esencialmente preocupados por la supervivencia, no sólo carecen de autonomía real, sino que además se encuentran condicionados por el contexto mundial en sus prácticas internacionales [...] Desde la otra orilla, los Estados con mayor poder tendrían afianzada una suerte de autonomía atemporal, dado que sus enormes recursos les permitirían una práctica autónoma prolongada e inmodificable.”*⁶⁷

Además, la falta de una política interamericana dejó paso libre a la imposición de la política Norteamericana, por medio de la firma de Convenciones sobre la materia al alero de la ONU.

Así las cosas, podemos apreciar un **intervencionismo indirecto** de EEUU, basado en la dependencia económica y el compromiso moral de los países productores, para la consecución del objetivo común e internacional de “un mundo sin drogas, podemos lograrlo”, lo que se manifestó claramente en la Convención de 1971 o Convenio sobre sustancias sicotrópicas, aprobada por la Conferencia de Naciones Unidas y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988. Esto trajo como consecuencia que la Guerra contra las Drogas se expandiera por el mundo de manera viral, especialmente en Latinoamérica, influyendo en las leyes y políticas internas de muchas naciones.

⁶⁷Tokatlian Juan, op.cit., p. 57.

En otro sentido, EEUU dio paso a un **intervencionismo directo** y material, destinando numerosos recursos a estrategias que se aplicarían directamente en los países productores.

“La norteamericanización de la Guerra contra las drogas significa que la estrategia prohibicionista de EEUU en los polos de producción, procesamiento y tráfico de narcóticos es asumida y adaptada totalmente por los centros de ofertas de estupefacientes y sustancias psicoactivas. Dicha estratagema consiste en la aceptación y aplicación de varias técnicas punitivas: la militarización de la lucha antidrogas que implica un involucramiento creciente y directo de las fuerzas armadas, en ese combate tradicionalmente de naturaleza policivo; la erradicación química de cultivos ilegales mediante el uso intensivo de herbicidas cada vez más agresivos; el incremento de la criminalización y el rechazo a la legalización como alternativa para confrontar el fenómeno de los narcóticos; la inadmisibilidad de una negociación tácita o expresa para incorporar lenta o definitivamente a la narcocriminalidad organizada a la sociedad y la extradición de nacionales como herramienta clave para doblegar el narcotráfico. En síntesis, norteamericanizar la Guerra contra las drogas conduce a transferir los mayores costos de la misma a los países productores/procesadores/traficantes, que son los que, en realidad, padecen las consecuencias más desfavorables de la demanda de estupefacientes en los epicentros de consumo como EEUU.”⁶⁸

Es así, como esta política criminal no sólo se impuso a los ciudadanos estadounidenses, sino que además se crearon estrategias para lograr una intervención internacional, teniendo como principal objetivo los países latinoamericanos, principalmente andinos, por ser éstos los productores de las drogas que posteriormente se exportaban a EEUU.

En relación a la **estrategia andina**, *“sus objetivos centrales se concentraron en a) fortalecer las instituciones políticas y su accionar en los países participantes (Colombia, Perú y Bolivia); b) aumentar la efectividad de las fuerzas armadas y policiales para combatir los distintos eslabones de la economía de la cocaína (erradicación de cultivos, control de comercio de precursores químicos, destrucción de laboratorios, interdicción de drogas, detección y penalización del lavado de dinero); c) investigar y desarticular las principales organizaciones de tráfico de drogas; d) aumentar la asistencia financiera a los países andinos*

⁶⁸Tokatlian Juan, op.cit., p.31.

en los presupuestos fiscales desde 1991 a 1994, con el objeto de disminuir el impacto negativo de las políticas antidrogas sobre la economía de aquellos países.”⁶⁹

La estrategia andina, “se constituye en un símbolo de la americanización que se inició en los 80 y se reafirma a mediados de la década de los 90, según puede observarse en la concentración de los recursos que EEUU destina al control internacional de drogas. De acuerdo a datos provistos por el Departamento de Estado, América Latina concentra en el periodo 1994-1996 aproximadamente entre el 72% y el 82% del rubro “programas por países” del presupuesto internacional antidrogas. Bolivia, Colombia y Perú concentrarían a su vez aproximadamente entre el 88% y 91% del total de fondos destinados a América Latina. De esta forma, la americanización de la lucha contra las drogas podría ser, precisamente, una sudamericanización”⁷⁰

Así las cosas, podemos apreciar cómo Estados Unidos se ha convertido en el protector de la civilización cristiano occidental, lo que le permite controlar a las demás naciones y evitar cualquier manifestación de otro punto de vista respecto del problema. Todo ello bajo el amparo de normativas e instituciones de carácter internacional.

Según indica **Francisco Javier Álvarez García** en “La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la urgencia de su legalización”⁷¹ *“Si se quieren realmente independizar los países latinoamericanos y reclamar la titularidad de su soberanía nacional, han de legalizar el tráfico de drogas en sus países; ése es el único camino”*.⁷²

Se vuelve imperioso que los países latinoamericanos se replanteen su política criminal y en particular respecto de las drogas, apuntando al ejercicio de su propia soberanía nacional por sobre el intervencionismo norteamericano.

⁶⁹Tokatlian Juan, op.cit., p 22.

⁷⁰Ciamadore Alberto, op.cit., p.22.

⁷¹Álvarez G. Francisco, op.cit., p. 199 – 246.

⁷²Álvarez G. Francisco, op.cit., p. 206.

CAPÍTULO IV: LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS EN CHILE

1. Génesis y desarrollo del prohibicionismo: contexto normativo

En Chile, también recibimos una marcada influencia de la Guerra contra las Drogas, y encontramos los primeros antecedentes del prohibicionismo en la promulgación de nuestro **Código Penal** en el año 1873, que si bien no regula el tipo en específico que se ha ido construyendo hasta hoy sobre el particular, dispone en su artículo 313 *“El que, sin hallarse competentemente autorizado, elaborar sustancias o productos nocivos a la salud o traficarse en ellos, estando prohibidos su fabricación o tráfico, será castigado con reclusión menor en su grado medio y multa de ciento a quinientos pesos.”*. Este artículo se encuentra bajo el título *“crímenes y simples delitos contra la salud pública”*, por lo que en los anales de su regulación se abordaba desde la perspectiva de la salud, de una manera inorgánica.

El problema relativo al tráfico de sustancias psicotrópicas en Chile es abordado por primera vez de manera orgánica con la promulgación de la **ley 17.934** en el año 1973, que reprime el tráfico de estupefacientes. Como podemos observar, de la propia nomenclatura que utiliza el legislador en los primeros intentos por solucionar el problema, desprendemos una orientación primaria hacia la oferta de drogas.

En el mensaje presidencial de la primera ley de drogas⁷³, se señaló que dicha regulación fue inspirada en un aumento del consumo de drogas en nuestro país por parte de la población joven de ese entonces, y atribuye sus causas a la mala estructuración de la familia y la sociedad, el capitalismo crudo, la violencia y la discriminación. Fue en base a esta

⁷³ Historia de la ley 17.934 *que reprime el tráfico de estupefacientes*, 16 de mayo 1973, Biblioteca del Congreso Nacional

vulnerabilidad de la población joven, que de acuerdo al pensamiento del legislador, los comerciantes de sustancias ilícitas aprovecharon como una buena oportunidad para expandir la venta de los psicotrópicos, considerándose a este tipo de delitos de particular peligrosidad para la sociedad y de una importancia mundial.

A lo largo del mensaje presidencial, se manifiesta textualmente la orientación de una política criminal dirigida a la represión estatal, al endurecimiento de las penas y al control del problema de los psicotrópicos exclusivamente enfocado en la oferta, pues el proyecto encaminado al tratamiento de la adicción es abordado de manera represiva y estigmatizante.

Es así como en el mensaje se señala: *“a) En primer lugar se ha tenido en consideración que el problema de los estupefacientes, en el orden penal, debe ser abordado principalmente con relación a los proveedores de tales sustancias y no con respecto a los consumidores, puesto que son aquéllos y no éstos los que aprovechando los factores que inciden en él, lo desarrollan y amplían con exclusivo ánimo de lucro y perversión social. Es el caso de los elaboradores, traficantes, proveedores, dueños de locales de consumo, etc. Los consumidores más que una sanción punitiva, requieren de un tratamiento educativo, médico o psicológico, que les permita su recuperación y su efectiva rehabilitación social.”*⁷⁴.

No obstante el mensaje presidencial de la ley le atribuye importancia al tratamiento de la adicción, en los hechos el desarrollo legislativo no abogó por crear un sistema que contribuya a la asistencia del sujeto adicto, desde la perspectiva de la salud pública y de la reinserción social.

A contrario sensu, observamos que la mayor parte de las discusiones e innovaciones se ocupan únicamente de construir tipos penales más rígidos a propósito del tráfico y sus conductas relacionadas. Así, según el mismo mensaje, *“... el proyecto procura hacer más efectiva la represión de los delitos sancionados en él estatuyéndose al efecto nuevos mecanismos preventivos y de investigación, como ocurre con la facultad concedida al juez para decretar allanamientos en los lugares en donde se sospeche la comisión de tales infracciones penales, a clausura de los locales o inmuebles en donde se consumen estupefacientes, la incautación*

⁷⁴ Ibid., p.6

*de los vehículos que son utilizados en el transporte de tales sustancias para fines delictivos, la presunción de autoría para el tenedor de implementos, utensilios y materiales con que se elaboran estupefacientes, etc.”.*⁷⁵

Así las cosas, podemos observar en el mensaje una iniciativa fuertemente represiva centrada en el control de la oferta. Y llama la atención a este respecto, que los parlamentarios en conocimiento de nuestra Carta Magna, mencionen en la discusión de la ley algo tan aberrante como *la presunción de autoría para el tenedor de implementos, utensilios y materiales con que se elaboran estupefacientes*, pues la presunción de inocencia está amparada por los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, y conforme al artículo 5 de la constitución política tienen rango constitucional.

Respecto al enfoque en el consumidor, el texto promulgado contiene una escueta regulación que dice relación con el, estableciendo en el art. 10, *“El que sea sorprendido consumiendo estupefacientes o en circunstancias que hagan presumir que acaba de hacerlo, deberá ser puesto a disposición de la justicia del crimen dentro de las 24 horas siguientes a fin de que ésta ordene un examen del afectado por un médico calificado por el Servicio Nacional de Salud para el efecto, con el fin de determinar si es o no es adicto a dichas sustancias y el grado de su adicción. La misma medida dispondrá el juez respecto del que fuere sorprendido portando estupefacientes cuando los antecedentes demuestren que lo hacía para su exclusivo uso personal. Si el examen señalare habitualidad en el consumo de estupefacientes, el juez ordenará su internación inmediata en algún establecimiento calificado por el Servicio Nacional de Salud, para su recuperación o, cuando lo estimare procedente, según las circunstancias del hecho y las personales del infractor, autorizar este tratamiento sin internación, pero sujeto a los controles médicos del Servicio Nacional de Salud. Si se tratare de consumidor que no requiera tratamiento médico, se le aplicará la medida de colaboración con la autoridad por un tiempo no superior a tres meses, debiendo el juez señalar específicamente la forma de realizarla, ajustándose en todo caso a las condiciones y obligaciones previstas en esta ley...”*⁷⁶

⁷⁵ Ibid., p.6

⁷⁶ Ibid., p.30

Es solo este artículo el que se refiere a la situación del consumidor, enfocando también el problema en el tratamiento de la adicción. Sin embargo, no es una política integradora y genuinamente radicada en la rehabilitación, pues se impuso una carga extraordinariamente alta al consumidor no adicto, cual es la colaboración con la justicia, y que por ser delator podría tener repercusiones extrajudiciales tanto para él como para su familia.

Es más, el tipo penal abarca incluso al portador, lo que evidencia que la orientación de esta disposición va encaminada a la persecución de los oferentes y se confirma al incorporar esta especie de eximente de “colaborar con la justicia”, estigmatizando estas conductas a priori como delictuales, y no reconociendo ningún ámbito de libertad a los ciudadanos que bajo la misma premisa del mensaje no se consideran delincuentes, y que consumen en el ejercicio de su libertad y la disposición de sus propios bienes jurídicos.

Por otra parte, la internación obligatoria del consumidor habitual -que no necesariamente es adicto, pues una cosa es la adicción y otra es un consumo habitual libre- es también agresiva, teniendo una connotación sancionatoria y no asistencial para el afectado.

Tampoco se consideró al consumidor no adicto y meramente recreacional, dejando de esta manera a quien se relacionaba con estas sustancias en calidad de “traficante” o “enfermo”, en circunstancias que nuestra realidad social permite atribuir también otros usos además de los criminales y adictivos. Lo anterior no hace más que dividir a la comunidad entre “buenos y malos”, generando segregación cuando el sentido de la ley era la integración y mantener el orden y la paz social.

Por lo demás, establecer pericias médicas para el caso de los consumidores implica un reenfoque presupuestario que difícilmente podría lograrse dada la insuficiencia de recursos económicos y humanos en el entramado judicial.

En otro orden de cosas, cabe destacar que a lo largo de la discusión de sala, se observó en reiteradas ocasiones comentarios de los parlamentarios que miraban también, y de manera especialmente importante, el marco internacional. Y es desde la génesis misma de la regulación de estas materias que nos percatamos cuan intrínsecamente tenemos incorporada en nuestra legislación la política de Guerra contra las Drogas importada desde Norteamérica.

A modo de ejemplo, el señor Alestro haciendo uso de la palabra, señala: “*Nosotros sabemos que tanto en Chile como en países limítrofes del norte se elaboran estos estupefacientes, y que somos parte del tráfico internacional de cocaína, que especialmente se lleva a los Estados Unidos. Por eso nosotros estamos interesados, como los otros países, desde un punto de vista moral, en acentuar más aún la vigilancia en las zonas limítrofes y fronterizas, del norte especialmente, con el objeto de evitar este contrabando y tráfico ilegal de marihuana, de cocaína y de otros estupefacientes.*”⁷⁷

El centro de esta política de Guerra contra las Drogas en su implementación en EEUU siempre fue el control de la oferta, tanto nacional como internacional, y en lo internacional encontramos principalmente el control de oferta por parte de EEUU en países latinoamericanos.

Podemos en nuestro caso ver esta directriz norteamericana materializada en el mensaje presidencial de la ley 17.934 como un *imperativo moral* para los parlamentarios, en circunstancias que a lo primero que debíamos apuntar era a nuestra realidad social, a las condiciones de vida de nuestros compatriotas, a las costumbres nacionales, etc., para determinar si es conveniente aplicar esta política criminal importada, o en su defecto apuntar a una política que sea apropiada para ello.

Sólo una vez abordada correctamente la precaria situación nacional desde una perspectiva necesariamente interna, habríamos estado en condiciones de preocuparnos de los intereses jurídicos o morales para con los países primermundistas, enfocando políticas criminales específicamente a ello. La diversidad del problema debió en su momento tender a buscar distintas soluciones, lo que habría llevado a políticas criminales de diversa orientación. Esta perspectiva omnicomprendiva podría haber satisfecho de manera más eficaz la heterogeneidad de un conflicto que hasta el día de hoy no ha logrado ser resuelto con estos lineamientos arcaicos y la atención centrada en el marco internacional y la oferta.

En esta misma línea, el señor Campos en la discusión de sala se refiere a este tema, y reconoce que en Chile no hay un porcentaje considerable de consumo de la droga que se produce, señala

⁷⁷ Ibid., p. 38.

el señor Campos: *“Tengo antecedentes de que el consumo de cocaína en Chile no es de gran volumen; es decir, el número de cocainómanos no es grande. Pero, sí, en Chile se refina la droga que viene de países vecinos. Y al decir países vecinos -sin ofender a ningún país- digo, expresamente, Bolivia. En efecto, a través de distintos pasos cordilleranos, en el norte, la cocaína llega de Bolivia en forma semielaborada, lo que se llama el "ladrillo" de cocaína, o sea, la coca semirrefinada, la que es traída a los puertos del norte, en especial a Arica, Iquique y Antofagasta, no en auto, sino simplemente a lomo de mula. Es en estos tres puertos donde se refina la cocaína, que después es exportada, en especial hacia los Estados Unidos. Los colegas deben haber leído en la prensa, no hace mucho tiempo, cómo se descubrió un contrabando de cocaína por un valor de 1 millón 200 mil dólares, que iba en un transporte chileno y que fue requisada en Miami. Gran volumen de multa, porque este tráfico permite pagar enormes sumas en dólares para que los autores de este delito puedan obtener su libertad.”*⁷⁸

Entonces, si según los mismos parlamentarios en Chile la droga que se producía principalmente se exportaba y no se consumía en el país por una demanda escasa frente a la oferta, no se explica por qué nuestras directrices regulatorias se enfocan desde un comienzo en la oferta de drogas que afectaba principalmente a EEUU y no en el tratamiento de las adicciones de nuestros nacionales.

Incluso los mismos parlamentarios reconocen que el problema se ha dado por un aumento sostenido en el consumo de drogas y se ha admitido que se debe a factores psicosociales. Sin embargo, en la promulgación de esta ley no vemos esfuerzo legislativo alguno para atacar este problema. No nos queda más que concluir que desde un comienzo se priorizaron en esta materia objetivos internacionales por sobre los nacionales.

No queremos con esta afirmación desentendernos de este problema internacional que de todos modos nos compete, simplemente queremos hacer notar cuán ineficaz es la orientación criminal de esta legislación para nuestra realidad nacional, y cuán perjudicial es para el desarrollo armónico de una sociedad heterogénea una política de amedrentamiento, pues si en nuestro país la oferta sobrepasa a la demanda (siendo por tanto exportada), lo más apropiado

⁷⁸ Ibid., p.39

sería desplazar los costosos recursos hacia el tratamiento de los consumidores adictos, lo que además conlleva a una solución mucho menos agresiva de parte del sistema penal.

Nuestra visión sobre la manera de abordar el problema fue compartida por un parlamentario durante la discusión de sala. Es en este sentido que argumenta el señor Tejeda, *“Algunas soluciones al problema, además de la intensificación del control de los cultivos ilícitos, serían: “la lucha contra ciertas filosofías que disgregan al individuo... y dar a la juventud ocupaciones que canalicen hacia realizaciones nobles su poder de acción”. “Como ven los señores Diputados, el problema es mucho más grave y mucho más complicado que el proyecto que estamos discutiendo.*

He querido traer al debate- estos antecedentes y dejar constancia de estos hechos, a fin de que se vea que hay que tomar otro tipo de medidas. Fuera de estas medidas de carácter penal, habrá que tomar medidas relacionadas con el Servicio Nacional de Salud; relacionadas, en fin, con la salud general del país, con la educación; con problemas relacionados con la misma. Todas estas cosas no están contempladas en este proyecto, que se refiere únicamente al tráfico de estupefacientes.⁷⁹

Años más tarde, durante el gobierno militar se promulgó la **ley 18.403** de cuatro de marzo de 1985, la que no realizó grandes reformas según se desprende del texto promulgado, manteniendo respecto del consumo el texto contenido en el artículo 10 de la anterior regulación.

La innovación de esta nueva legislación fue la aplicación de penas más drásticas al tráfico de estupefacientes y tipificó por primera vez la figura de asociación ilícita para el tráfico, agravando aún más la situación de los delitos en esta materia.

Con el transcurso del tiempo, *“Al retornar la democracia, el combate hacia las drogas se asume como una prioridad, siendo la marihuana uno de sus principales blancos, lo que se tradujo en masivos decomisos. De este modo, con la escasez de la marihuana, comienzan a surgir en las poblaciones nuevas drogas, de menor calidad y de más fácil acceso como la pasta base de cocaína y la marihuana prensada, que poseen aditivos altamente tóxicos. En*

⁷⁹ Ibid., p.63

Agosto de 1990, entra en vigencia el Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, con lo cual Chile debe adecuar su legislación en base a lo pactado en la citada Convención. Para ello se instala una comisión investigadora en la cámara de diputados orientada al tráfico ilícito de estupefacientes; ese mismo año se crea el Consejo Nacional para el control de Estupefacientes (CONACE).⁸⁰

Producto del trabajo de dicho organismo, en 1995 entra en vigencia la **Ley N° 19.366**⁸¹, la cual se caracteriza básicamente por ampliar y especializar las sanciones del tráfico. Por primera vez se tipifica el consumo de drogas como una falta. Dentro de las sanciones se encuentran multas de hasta 10 UTM (la cual puede ser conmutada por servicio comunitario) o la asistencia obligatoria a programas de prevención y tratamiento.

Finalmente, en la evolución de nuestra legislación como expresión del prohibicionismo, encontramos la última ley sobre drogas, la **Ley 20.000** que fue promulgada en Febrero del año 2005, y que trataremos en detalle en el capítulo siguiente. Sin embargo a este respecto cabe señalar que es la más evidente manifestación del prohibicionismo en nuestro país, aplicando un modelo centrado principalmente en la oferta.

Un pequeño repaso por su historia permite percatarse de forma inmediata las directrices de dicha normativa, y sobretodo el pensamiento de los legisladores que buscan casi de forma irracional alcanzar el paradigma de una sociedad libre de drogas.⁸² Una de las principales modificaciones que establece esta ley, es la creación de un nuevo tipo penal: la figura del microtráfico, con lo que se buscaba ejecutar sanciones diferenciadas bajo el presupuesto de la proporcionalidad de las penas (de sesenta y un días hasta quince años, dependiendo de la cantidad de droga y su toxicidad), de manera que no quedara ningún factor que pudiera evadir el infractor de su pena en base a la cantidad de droga que portaba.

Luego de analizar el desarrollo del prohibicionismo a los largo de los años en nuestras leyes de drogas, podemos mencionar como consecuencia principal de esta orientación represiva, la

⁸⁰ Lobos Palacios María de los angeles, *Políticas públicas para el tratamiento y rehabilitación de personas con consumo problemático de drogas*, tesis, (facultad de ciencias sociales, carrera de psicología), Santiago, Universidad de Chile, 2012, p.17

⁸¹Ibid., p.17

⁸²Kov Jaime, *op. cit.* p.160.

criminalización del individuo. En Chile a lo largo de los años la ley ha configurado un sistema que si bien no tipifica el consumo como delito, persigue y reprime esta conducta o estilo de vida con herramientas de orden criminal, muy atentatorias de los derechos fundamentales de ciudadanos que no son criminales, sino que ejercen su derecho a optar por la vida que les parece más adecuada a sus intereses personales.

El consumidor se ve constantemente expuesto a ser sorprendido en la calle con pequeñas cantidades de droga, puesto que cada vez que adquiera la misma puede ser sorprendido por agentes policiales y ser injustamente inmiscuido con la red de tráfico proveedora, caso en el cual se verá expuesto a ser acusado de microtráfico de drogas.

La exposición de un inocente al régimen carcelario implica, en principio, su estigmatización como delincuente, riesgo de perder su trabajo o continuidad en los estudios, su reputación, sus contactos y además genera un riesgo de vinculación con verdaderos delincuentes. situación que se agrava tratándose de jóvenes.

Lo anterior evidencia un conflicto de valores jurídicos. Por una parte, el bien jurídico que pretende proteger la Ley de Drogas consistente en la salud pública y por otra, nos enfrentamos a la afectación y amenaza que el sistema represivo produce en variados derechos fundamentales como la libertad, en sus aspectos de libertad ambulatoria (prisión preventiva y otras medidas cautelares propias del sistema procesal penal), en su aspecto de autodeterminación, muy vinculado también a la intimidad, mediante el cual cada uno puede optar por vivir la vida como mejor le plazca, siempre que no perjudique al resto y con el derecho de mantenerlo al margen del conocimiento de los otros, en su ámbito de privacidad. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico trata al consumidor de drogas ilícitas (cosa que no pasa con el consumidor de tabaco o alcohol) como un delincuente o sencillamente un enfermo.⁸³

⁸³ Ibid., p.162

Además, el hecho de que se busque sancionar el consumo de drogas, representa un extremo del prohibicionismo, puesto que la salud individual es considerada un bien jurídico disponible.⁸⁴

Por otra parte, nos encontramos con la cuestión de la adicción (que no necesariamente se presenta en todos los consumidores de drogas), y pese a que ésta se considera una enfermedad, la solución planteada se centra en el aspecto represivo y no en el aspecto médico, el centro está en la política criminal y no en la política de salud. Se ocupa la ley penal como instrumento terapéutico, lo cual es absolutamente ineficiente, pues la ley penal no educa ni puede curar enfermedades.⁸⁵

Es claro que lo fundamental cuando se está en presencia de consumidores adictos es el acceso a programas de rehabilitación, sin embargo la ley 20.000 solo representa referencias tangenciales a la rehabilitación, tomándola como pena o medida de seguridad para el consumidor, y no como una política de salud estructurada, que esté basada en el apoyo a la persona que voluntariamente quiera abandonar el consumo de drogas.⁸⁶

2. Estrategias nacionales de drogas

En Agosto de 1990, entra en vigencia el Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, con lo cual Chile debe adecuar su legislación interna en base a lo pactado en la citada Convención.

2.1 CONACE

En el cumplimiento de dicho cometido, es que se crea el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, **CONACE** que tenía por objeto asesorar al Presidente de la República en materias relacionadas con la prevención, el control y consumo de sustancias psicotrópicas, para lo cual debía recopilar antecedentes relacionados y elaborar estrategias nacionales de drogas para la población.

⁸⁴ Historia de la ley 20.000, p.274

⁸⁵ Paves Juan y Prat Arturo, *op. cit.*, p.194

⁸⁶ Paves Juan y Prat Arturo, *op. cit.*, p.188

*“Dentro de los mayores logros de Conace encontramos la elaboración e implementación, en 1993, de la primera política pública enfocada a la solución de la problemática del abuso de sustancias en nuestro país. Esta política es conocida como: **“Política y Plan Nacional para la prevención y el control de la oferta”**, la cual se implementó hasta 2002. Esta se encontraba enfocada a la prevención del consumo de sustancias y al control de la oferta, para ello el Plan Nacional entregó los lineamientos y estándares de medición para el actuar las instituciones vinculadas con su puesta en marcha, además de establecer como organismo coordinador al Consejo Nacional de Estupefacientes. En 2003, Conace implementa la **“Estrategia Nacional de Drogas 2003 – 2008”**, la cual también se encuentra enfocada en la prevención y el control de la oferta, pero también se enfoca en el control de la demanda, en fortalecer las instituciones vinculadas y en generar nexos con organismos internacionales que les permitieron tener un asesoramiento en materia del abuso de sustancias y una visión de cómo se ha enfrentado la problemática a nivel mundial.”⁸⁷*

La creación de un organismo asesor en materia de prevención y rehabilitación de drogas fue una muy buena iniciativa de origen internacional para abordar el problema de las drogas desde una perspectiva terapéutica, sin embargo esta estrategia anti drogas liderada por la CONACE en colaboración con otras instituciones se centra en una serie de objetivos estratégicos y principios rectores que van enfocados a la prevención del consumo de drogas en Chile, pero también aborda el control de la oferta, y ligado a ella, la reducción del tráfico, de la producción, del control del lavado de activos, etc.

Para ello aboga por una fortaleza en el control de la policía, en la severidad de las penas, en las modificaciones legislativas para hacer efectivos los tipos penales asociados, entre otras, perdiendo de esta manera su centro terapéutico y contribuyendo a la represión estatal desde otra arista.

Lo anterior demuestra que los esfuerzos de estas instituciones llamadas a brindar asistencia no se centran como prioridad única y fundamental en la salud pública, si no que tiene una directa

⁸⁷ Nazal María Jesús, *Drogas y alcohol: evolución de políticas públicas (1993 – 2014)*, tesis, (Universidad de Valparaíso, carrera de psicología, Valparaíso, p.162

y evidente relación con la seguridad nacional, con la represión y el castigo de los ciudadanos vinculados a este tipo de delitos.

Así las cosas, nos preguntamos: ¿qué confianza se le entrega al adicto para asistir a los programas de rehabilitación si a priori se le vincula al crimen organizado?

Con esto nuevamente nos remontamos a la política criminal de Guerra contra las Drogas y sus consecuencias, que en este caso serían la estigmatización, criminalización y encasillamiento de los usuarios de sustancias ilícitas, sean estos adictos, criminales, usuarios recreacionales o incluso medicinales.

2.2. SENDA

En el año 2011, se crea un nuevo servicio público encargado de la temática, sucesor de la CONACE. A saber, el Servicio Nacional para la prevención y rehabilitación de Drogas y Alcohol, **SENDA**.

Las nuevas estrategias realizadas por SENDA ya para el año 2011, (en relación a la **estrategia 2011-2014**), *“toman como base diagnóstica los estudios nacionales de drogas que se realizan tanto a población general (cada dos años, desde 1994) como a población escolar (que se realizan en los años impares, desde 2001, de octavo a cuarto medio). Dichos estudios son, básicamente, registros cuantitativos que buscan medir la prevalencia del consumo de las diversas drogas. Al ser catastros meramente cuantitativos, no logran aprehender la realidad multidimensional que va asociada al consumo”*⁸⁸, por lo que la manera en la que se toma la muestra para ser estudiada, no considera factores que podrían ser muy relevantes en la génesis de la adicción, que es una problemática multifactorial cuyas causas se encuentran principalmente en los sectores de bajos recursos.

Lo más reciente en materia de prevención de drogas es la **Estrategia Nacional de Drogas 2009-2018**⁸⁹, liderada por SENDA.

⁸⁸ Lobos María de los Ángeles, *op. cit.*, p.26

⁸⁹ SENDA, *Estrategia Nacional de Drogas 2009-2018*, Santiago.

Esta estrategia tiene como principal objetivo la reducción en la demanda de drogas, pero al igual que las estrategias de la CONACE, incorpora a sus objetivos el control de la oferta, cuestión de índole criminal y que a nuestro juicio no debe distraer la atención de un servicio que se dedica a la prevención del consumo de drogas y alcohol abordado desde la perspectiva de la salud y no del crimen.

Por otro lado, también menciona entre sus principios rectores la corresponsabilidad internacional, reconociendo el problema como un desafío de índole mundial, lo que nos hace vulnerables a las influencias externas que como hemos observado muchas veces no se condicen con nuestra realidad nacional.

Confirma nuestra postura de que las instituciones de prevención y rehabilitación perdieron su norte terapéutico, el hecho de que la labor realizada por los organismos encargados de la prevención del consumo de drogas y la rehabilitación de los adictos enfermos, y que pretende complementar el enfoque represivo con el preventivo, sea supervisada y dependiente directamente de el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y no del Ministerio de Salud, tal como corresponde para el caso de los servicios que se dedican a dar asistencia médica a los enfermos.

Para resumir a grandes rasgos los lineamientos de esta institución observamos el siguiente recuadro:

Criterio/ Estrategia	Política y Plan Nacional para la prevención y control de la oferta	Estrategia de Drogas 2003 - 2008	Estrategia de Drogas y Alcohol 2011 – 2014
Orientación	Enfocada hacia la prevención y control de la oferta. Ambos corresponden a elementos centrales del plan y la política. Inclusión de espacios para tratamiento y rehabilitación.	Se presenta como una actualización de la política y plan nacional de 1993, por en su enfoque está orientado a la prevención y control de la oferta.	Orientada a la prevención (trabajo, comuna, escuela). Incorporación del alcohol. Eje consumo nocivo de alcohol. Eliminación del control de la oferta.
Objetivos	El objetivo central está orientado a la prevención y control de la oferta. Unir los elementos que permitan una recuperación exitosa de individuo.	Reducción de la demanda. Reducción de la oferta. Instituciones. Cooperación internacional.	Los objetivos se encuentran divididos en drogas y alcohol. Corresponden a metas, más que objetivos estratégicos.

Instituciones	Las tres políticas que se han implementado en Chile, desarrollaron un trabajo mancomunado con el Estado y con las organizaciones de este, para asegurar el funcionamiento de las políticas.
Recursos	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Presupuesto • Creación Ministerio Público • Ley de Drogas N° 20.000
Programas	<ul style="list-style-type: none"> • Enfocados hacia la prevención • Continuidad de los programas • Abarcan a toda la población

90

Podemos observar así en este cuadro resumen cuan incorporado está el control de la oferta en los objetivos primarios de sus políticas.

Ahora bien, el actuar material de SENDA puede ser analizado desde 3 perspectivas. Por un lado tenemos los recursos destinados a la educación de los distintos grupos sociales, principalmente enfocados en colegios. Por otro lado podemos analizar sus estrategias desde la perspectiva de las campañas publicitarias que se han ido gestando a lo largo de su

⁹⁰ Nazal María Jesús, op. cit., p.164

funcionamiento. Finalmente también analizaremos lo relativo al acceso a los tratamientos elaborados por SENDA.

a. Educación

SENDA se encarga de educar acerca del problema que genera el uso de psicotrópicos en la población elaborando una serie de programas para distintos grupos sociales.

Observamos la incorporación de programas educativos en los colegios, tales como: “en busca del tesoro”, programa para niños de 3 a 6 años; “quiero ser”, para alumnos entre 5° y 8° básico; “yo decido”, para alumnos de enseñanza media.

También se realizaron materiales complementarios para el apoyo a los docentes, tales como “escuela sin drogas”, “prevenir en la escuela”, “prevención del consumo de drogas”, entre otros.



Asimismo, se confeccionó material educativo para el área laboral, y aspectos fuera del entramado educacional.

Además de los programas de educación, cada año se realizaban estudios nacionales de drogas en los distintos grupos sociales de la población para evaluar la situación del consumo de drogas en nuestro país.⁹¹

Sin embargo, en el texto de la estrategia de CONACE⁹², cuyas directrices siguen vigentes hoy en día, en el apartado de su justificación, se señala textualmente *“la gravedad de este fenómeno, radica en que la droga no solo produce severos daños en la salud de quienes la consumen. Sus consecuencias exceden el ámbito de la salud pública: deteriora a la familia y es fuente de conflictos sociales de diversa naturaleza que se expresan en violencia, corrupción y multiplicación de los delitos contra las personas y la propiedad, todo lo cual genera, inevitablemente, una sensación de inseguridad de la población y puede llegar - en el extremo - a poner en riesgo a las propias instituciones democráticas del país.”*

Como podemos observar, más allá de los programas educacionales de prevención del consumo de drogas que correctamente educan a la población, vemos en la inspiración misma de estas políticas la manifestación del prohibicionismo, pues en la justificación de estas estrategias no se considera el escenario completo que integra el consumo de drogas en nuestro país, si no que se relaciona literalmente con la corrupción, la violencia y el crimen organizado, vinculando así al consumidor directamente con la red de criminales, y ubicando estos escenarios capaces de *poner en riesgo a las instituciones democráticas*, por sobre otros factores que inciden muchos más de cerca en el consumo de drogas, como lo es la pobreza y la desigual distribución de la riqueza, el capitalismo crudo, el precario acceso a la salud de quienes no tienen recursos, lo costoso que resulta pagar una carrera universitaria como vía de escape a la pobreza y marginalización social, entre otros factores que fueron omitidos.

De esta manera, la estigmatización viene dada de las mismas instituciones que deben prestar asistencia a las víctimas de la adicción, y además se extiende a quienes ni siquiera son adictos.

Los consumidores recreacionales que están fuera de la enfermedad y el crimen son omitidos y por ende inevitablemente forman parte de alguna de estas categorías.

⁹¹ CONACE, *Catálogo de publicaciones Conace, 2000- 2009*, Área de publicaciones y comité editorial, Santiago de Chile, 2009.

⁹² CONACE, *Estrategia Nacional de Drogas 2003 - 2008*, Santiago, 1993.

Así las cosas, si bien estamos completamente de acuerdo con estos programas de educación, estos **requieren otro enfoque.**

Una educación inspirada en la política prohibicionista carece de la imparcialidad que requiere una educación de base científica, que aborde objetivamente todas las aristas de las repercusiones reales del consumo de sustancias,

Se debe considerar la existencia de personas que consumen drogas en disposición de su bien jurídico de salud individual y no son criminales ni enfermos, para que de esta manera se erradique la estigmatización y la problemática sea entendida desde la educación escolar como un tema de salud y libertad.

Además, es fundamental que se visibilice a aquellos factores sociales que no se encuentran en las categorías que aborda la educación sobre este tema, como por ejemplo la pobreza, la violencia intrafamiliar, la falta de educación, entre otras.

b. Propagandas

Además de los programas educativos, a través de los años ha habido una serie de propagandas sobre el uso y consumo de drogas en nuestro país, entre ellas encontramos: ⁹³

- año 2008 “vuelve a ser inteligente, no fumes marihuana”
- año 2009 “juntos sin drogas”
- año 2010 “un niño que consume drogas consume su infancia”
- año 2011 “la droga no solo afecta al que la usa, nos afecta a todos”
- año 2011 “el impacto dura para toda la vida”
- año 2012 “la droga no solo afecta al que la consume, también a su familia. / demasiado tarde para volver atrás, si tomas no manejes”
- año 2013 “este año queremos interrumpir los accidentes por alcohol”
- año 2014 “campana comunicacional de prevención del consumo abusivo de alcohol en jóvenes”

⁹³SENDA, en respuesta a solicitud mediante ley 20.285 sobre acceso a la información pública, oficio N°406, Santiago 16 de mayo de 2018.

- año 2015 “campana comunicacional de prevencion del consumo de drogas en énfasis en alcohol”
- año 2016 “campana comunicacional de prevencion del consumo de drogas fortaleciendo la relación entre padres e hijos”
- año 2017 “escuchar es parte de la solución”

Constatamos de manera fáctica que estas campañas son bastante sensacionalistas, generalmente hablan de accidentes de tránsito de personas bajo la influencia de las drogas y alcohol, y de afectos familiares, sin embargo ninguna de ellas se encarga de educar bajo criterios objetivos

No se da ningún tipo de información sobre los efectos de las drogas en la salud, simplemente se apela a la generación de emociones en los usuarios, lo que está por debajo de una política seria y bien elaborada, cargándose de argumentos que se dirigen directamente a las emociones.

Incluso en la primera propaganda, se genera el estereotipo de que el consumidor de marihuana es una persona incapaz de realizar labores básicas, una persona “tonta” en términos simples, y ridiculiza al consumidor de estas sustancias con indicaciones tales como: “cómo abrocharse los zapatos”, “cómo buscar el cuaderno”, “cómo hacer hielo”, mostrando a un personaje incapaz de realizar cualquier conducta cotidiana, estigmatizando a quienes necesitan asistencia, y a los que no, como tontos, incompetentes e incapaces, cuestión que sabemos en la realidad no es así, y que los usuarios de cannabis pueden ser personas perfectamente competentes, entonces ¿por qué las propagandas buscan desinformar en vez de educar?

Por último, en este acápite quisiéramos analizar una propaganda, que si bien no fue implementada por SENDA, sino por Fundación Paz Ciudadana, evidencia claramente la importación de estas políticas. Es la conocida campaña de “**Don Graff**”, cuyo eslogan era “dale un mordisco a la delincuencia” y que se importaba directamente desde Estados Unidos, donde su precedente era un perro de las mismas características de don Graff, cuyo nombre era Mc Gruff, y por lo cual la Fundación Paz Ciudadana tuvo que pagar derechos de autor a su creador norteamericano.

Estas campañas eran profundamente estigmatizantes, pues vinculan el consumo de drogas inexorablemente a la delincuencia, mostrando a los consumidores de sustancias psicoactivas radicados principalmente en los barrios de bajos recursos, delinquiendo y como sujetos peligrosos para la sociedad, insertando de esta manera la sensación de profunda inseguridad social para hacer a la población susceptible de medidas represivas que muchas veces vulneran las garantías de los ciudadanos.

Por otro lado, al observar esta propaganda importada, podemos también confirmar la influencia norteamericana en Chile y la manifestación patente del prohibicionismo y la Guerra contra las Drogas.



c. Tratamiento y rehabilitación.

Ahora bien, respecto a los programas de tratamiento y rehabilitación, éstos se dividen según grupos sociales, tal como muestra la siguiente tabla:

Programa	Público objetivo
Tratamiento para niños, niñas y adolescentes con consumo problemático de alcohol y otras drogas.	Niños, niñas y adolescentes que presenten consumo problemático de alcohol y otras drogas.
Tratamiento Integral para Adolescentes y Jóvenes con Consumo Problemático de Drogas y Alcohol, que han Infringido la Ley.	Adolescentes y jóvenes con medidas o sanciones bajo la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, tanto en medio libre como en medio privativo de libertad.
Tratamiento y Rehabilitación para población adulta (mayor de 18 años).	Hombres y mujeres (mayor de 18 años) que presenten consumo problemático de drogas y alcohol.
Tratamiento y Rehabilitación de personas adultas en situación de Calle.	Población adulta (mayor de 20 años) que presente consumo problemático de alcohol y otras drogas y que sean beneficiarias de Programas de Apoyo Psicosocial del Ministerio de Desarrollo Social.
Tratamiento y Rehabilitación a Condenados privados de libertad.	Población adulta (mayor de 18 años) que presente consumo problemático de alcohol y otras drogas y que se encuentren privadas de libertad.
Tratamiento y Rehabilitación a condenados en el medio libre	Personas mayores de 18 años, consumidores problemáticos de drogas y alcohol en cumplimiento de condena en Libertad Vigilada simple e Intensiva.

94

Así, dentro de los grupos que consideran los tratamientos se segmenta entre niños, adolescentes, adultos, adultos en situación de calle, condenados a penas privativas de libertad y condenados bajos sistema penitenciario abierto.

Respecto a la población que accede a dichos tratamientos a lo largo de los años observamos una tendencia general a un aumento, como se muestra a continuación:

Programas	Personas Atendidas									
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Tratamiento y Rehabilitación para población adulta (mayor de 18 años)	8.392	9.291	9.305	10.058	10.672	14.653	16.672	19.256	19.309	19.885
Tratamiento y Rehabilitación de personas adultas en situación de Calle	80	80	123	134	158	293	395	432	407	416
Tratamiento y Rehabilitación a condenados en el medio libre	---	---	---	---	---	--	122	365	420	491
Tratamiento y Rehabilitación a Condenados privados de libertad	1.080	1.136	1.080	1.146	1.367	1.383	988	1.123	1.030	974

Tratamiento Integral para Adolescentes y Jóvenes con Consumo Problemático de Drogas y Alcohol, que han Infringido la Ley	3.313	3.728	4.688	5.058	5.476	5.862	5.836	5.711	5.904	5.912
Tratamiento para niños, niñas y adolescentes con consumo problemático de alcohol y otras drogas.	--	--	--	--	191	660	1.006	1.159	1.214	1.433

Como podemos observar, el mayor aumento se presenta en la población adulta, llegando en 2017 a 19.885 personas sometidas a tratamiento. La tendencia por regla general ha sido a la búsqueda de acceso a tratamientos por parte de la población, mostrándose así un interés social en la solución del problema que los aqueja.

⁹⁴ SENDA, en respuesta a solicitud mediante ley 20.285 sobre acceso a la información pública, oficio N° 406, Santiago, 16 de mayo de 2018

Resulta curioso que respecto al tratamiento y rehabilitación de privados de libertad haya una tendencia a la disminución de personas que acceden a estos tratamientos, cuando sabemos que en estos casos la necesidad de la rehabilitación para propender a la reinserción social es imperativa, y deberían generarse las instancias necesarias para que las cifras de adherentes a los tratamientos aumenten y no disminuyan.

2.2.1 Efectividad de los tratamientos de rehabilitación de drogas

Según cifras proporcionadas por SENDA, disponibles desde 2015, el logro terapéutico se ha ido incrementando, tal como muestra el siguiente recuadro:

Programas	2015			2016			2017		
	Logro Terapéutico	Egresados	Abandono	Logro Terapéutico	Egresados	Abandono	Logro Terapéutico	Egresados	Abandono
Tratamiento para niños, niñas y adolescentes con consumo problemático de alcohol y otras drogas.	59,8%	503	29,7%	58,9%	491	31,2%	65,8%	543	29%
Tratamiento y Rehabilitación de personas adultas en situación de Calle	37,9%	169	48%	51,3%	152	43,8%	53,4%	178	47,7%
Tratamiento Integral para Adolescentes y Jóvenes con Consumo Problemático de Drogas y Alcohol, que han Infringido la Ley	48,1%	1.862	22%	50,2%	2.042	24,2%	52,2%	1920	23,7%
Tratamiento y Rehabilitación a condenados en el medio libre	47,5%	180	39%	60,3%	174	32%	57,7%	194	30%
Tratamiento y Rehabilitación para población adulta (mayor de 18 años)	50,7%	9.023	51,3%	55,4%	9.339	49%	57,2%	9596	47%

95

El logro terapéutico se refiere al porcentaje de personas egresadas de tratamiento que alcanzan un logro alto y un logro intermedio respecto a los objetivos propuestos.

Podemos observar en las cifras que el logro terapéutico tiende también al aumento, y esta es una regla absoluta, pues en cada una de las categorías de tratamiento el logro ha crecido llegando a aumentar en algunos segmentos hasta un 10%.

Por ejemplo entre 2015 y 2017 el aumento del logro terapéutico en la población adulta, que es la que más accede a estos programas, es de 9.023 personas a 9.556 personas, es decir un 7%, lo que a nuestro juicio demuestra una eficacia paulatina en la aplicación de tratamientos para este tipo de problemáticas psicosociales.

Así las cosas, a pesar de todas las deficiencias que presenta el sistema de prevención y rehabilitación de drogas - dados sus limitados recursos, su dependencia del Ministerio del

⁹⁵Ibid.

Interior, su eje en la reducción de la oferta, sus propagandas sensacionalistas y la falta de consideraciones en los múltiples factores que envuelven el problema -, con el paso de los años va aumentando el número de adherentes a los programas, de personas que buscan tratamiento para su adicción, y también el logro terapéutico consigue un aumento no menor respecto a los años anteriores.

Es por lo anterior que es necesario impulsar políticas más efectivas para un mayor logro terapéutico, no solo en la programación del tratamiento mismo, sino también desde la perspectiva de la educación, donde se entregue una base científica y objetiva.

Esto claramente incluye a las campañas publicitarias, que han de tener por finalidad educar y no sólo generar sensaciones y afectos en la población, más aún considerando que la emotividad no llega de la misma forma a las distintas personalidades que componen a una sociedad.

3. Estadísticas: una aproximación a los costos asociados

Los costos de la Guerra contra las Drogas han sido múltiples, tanto desde una perspectiva económica como social. Ya hemos analizado las repercusiones normativas y mediáticas del enfoque prohibicionista en nuestro país, y corresponde centrarnos en el aspecto netamente pecuniario.

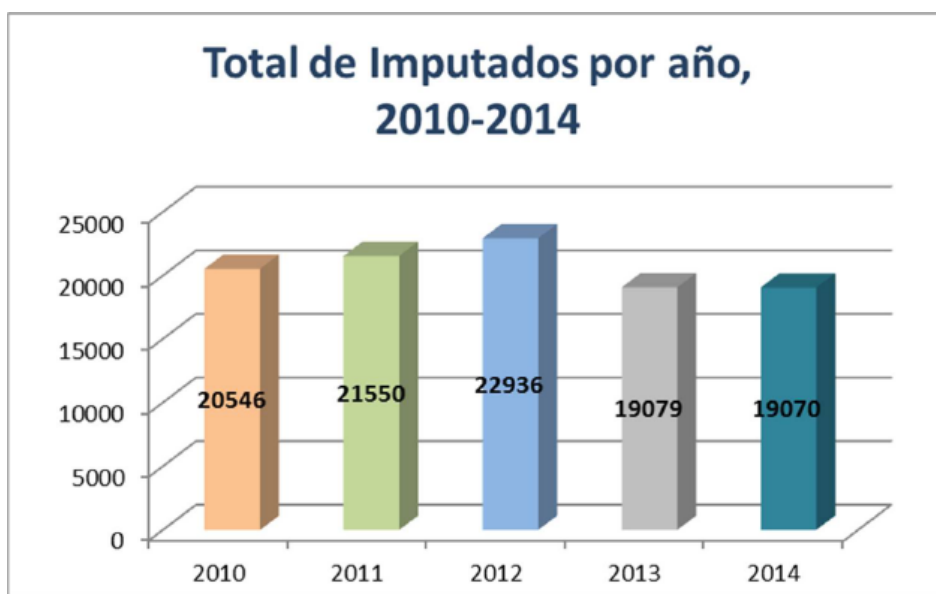
Para ilustrar el costo económico que la Guerra contra las Drogas ha significado para el Estado de Chile, hemos analizado una serie de datos oficiales entregados por Organismos Públicos, tales como la Unidad especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del Ministerio Público de Chile, Gendarmería de Chile y el Servicio Nacional de Prevención de Drogas y Alcohol.

En virtud de estos datos, podemos concluir a ciencia cierta cuánto le cuesta a Chile la lucha contra el narcotráfico, ponderando las prioridades presupuestarias que ha establecido nuestro país.

3.1. Represión

Para llegar a los costos del Estado de Chile en cuanto a represión en materia de drogas, primero hemos de analizar diversos datos, tales como:

3.1.1. Muestra (total de imputados por año por delitos de la ley de drogas)

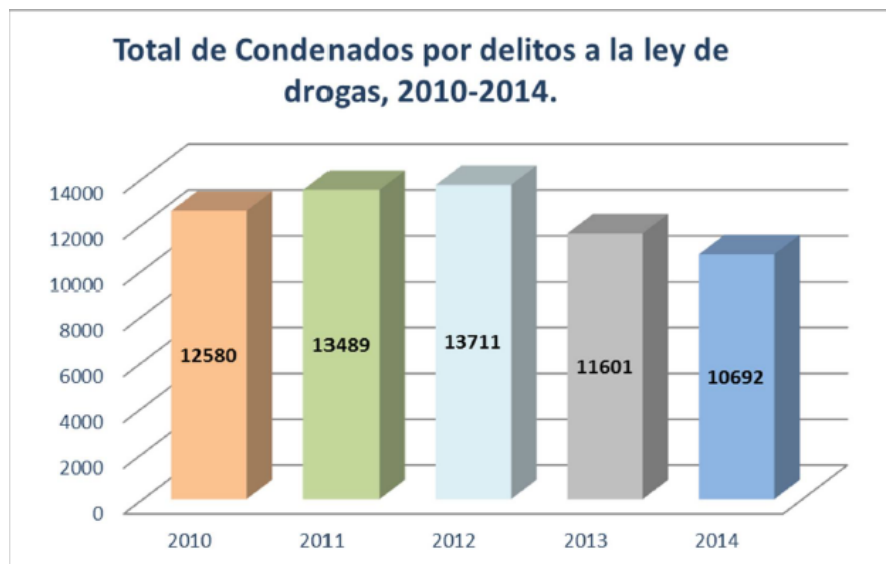


Podemos apreciar que la cantidad de imputados por delitos de ley 20.000, entre los años 2010 y 2014 en promedio asciende a 20.636 individuos.⁹⁶

Estas cifras no consideran las faltas ni las meras detenciones policiales.

⁹⁶ Ministerio público, *Informes estadísticos*, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Santiago.

3.1.2. Total de condenados por delitos de ley de drogas⁹⁷



Del total de individuos imputados por ley 20.000, podemos observar que la cantidad de ellos que fueron finalmente condenados, en el período 2010-2014 en promedio asciende a 12.414.

3.1.3. Población reclusa ley 20.000

Según Gendarmería de Chile⁹⁸, la cantidad de población reclusa por tipos penales relativos a drogas en el año 2014, asciende a:

Faltas:

- Consumo art 41 ley 19.366 → 71 personas
- Porte art. 41 ley 19.366 → 28 personas

Delitos:

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Gendarmería de Chile, *Compendio Estadístico Penitenciario año 2014*, Santiago, p.350 - 359, (en línea, consultado 16-07-2018 https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/20141105_compendio_estadistico/COMPENDIO_ESTADISTICO_2014.pdf)

- Ley 20.000 Control de microtráfico → 4.959 personas
- Tráfico ilícito de drogas art 5 → 3.642 personas
- Tráfico de estupefacientes ley 18.403 → 795 personas
- Infracción al art. 4 de la ley 20.000 → 645 personas
- Microtráfico de estupefacientes → 339 personas
- Infracción ley 20.000 control de microtráfico → 309 personas
- Ley 19.366 → 202 personas
- Asociaciones ilícitas ley de drogas art 22 → 86 personas
- Plantación de especies vegetales del género cannabis → 7 personas
- Infracción al artículo 2 de la 19.366 → 3 personas
- Elaboración, producción de sustancias psicotrópicas o drogas art 1. → 2 personas
- Desvío ilícito de precursores y sustancias esenciales art. 3 → 1 persona

En total, la cifra de **personas reclusas en recintos penitenciarios por tipos jurídicos relacionados con drogas al año 2014 asciende a 11.089.**

3.1.4. Gasto de mantenimiento de presos

Según informe entregado por Gendarmería de Chile,⁹⁹ el gasto mensual por interno corresponde a:

Año 2014 → \$517.890

Año 2015 → \$593.256

Año 2016 → \$611.618

Año 2017 → \$617.477

⁹⁹ Gendarmería de Chile, en respuesta a solicitud mediante ley 20.285 sobre acceso a la información pública, oficio n° 1309, Santiago, 1 de junio de 2018.

3.1.5. Gastos de mantenimiento de presos por delitos de drogas

Si tenemos que al año 2014 hubo 11.089 personas reclusas en recintos penitenciarios por delitos de drogas, y que para el mismo año el Estado gastó por cada uno la suma de \$517.890, entonces podemos concluir que para el año 2014, el Estado de Chile gastó **MENSUALMENTE \$5.742.882.210** (*cinco mil setecientos cuarenta y dos millones ochocientos ochenta y dos mil doscientos diez pesos*).

Si hacemos el cálculo **anual**, tenemos que para el año 2014 el gasto estatal ascendió a **\$68.914.586.520** (*sesenta y ocho mil novecientos catorce millones quinientos ochenta y seis mil quinientos veinte pesos*).

3.2. Presupuesto Nacional para Prevención y Rehabilitación de Consumo de Drogas y Alcohol

Según información entregada por SENDA mediante solicitud de transparencia¹⁰⁰, tenemos los siguientes gastos:

3.2.1. Presupuesto destinado al funcionamiento de la institución

PRESUPUESTO DESTINADO AL FUNCIONAMIENTO DE LA INSTITUCIÓN AÑOS 2012-2018

CONCEPTO	SERIE - AÑOS (Miles de \$)						
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
GASTOS EN PERSONAL	6.062.088	6.428.223	6.723.537	7.299.811	7.673.448	8.196.875	8.372.670
BIENES Y SERVICIOS DE CONSUMO	1.912.406	1.922.765	1.840.664	1.952.371	1.996.985	2.090.369	1.838.738
VEHÍCULOS	12.126	-	-	16.115	-	-	-
MOBILIARIO Y OTROS	12.242	12.597	3.345	21.848	-	20.212	5.387
MAQUINAS Y EQUIPOS	65.170	2.615	-	1.500	1.000	1.236	1.268
EQUIPOS INFORMÁTICOS	31.527	43.976	11.330	11.552	11.159	29.832	15.218
PROGRAMAS INFORMATICOS	13.079	26.488	7.210	1.000	-	4.887	5.014
TOTAL	8.108.638	8.436.664	8.586.086	9.304.197	9.682.592	10.343.411	10.238.295

En promedio, la institución gastó en funcionamiento, entre los años 2014 y 2017 un total de \$9.479.071.500 (*nueve mil cuatrocientos setenta y nueve millones setenta y un mil quinientos pesos*).

¹⁰⁰SENDA, en respuesta a solicitud mediante ley 20.285 sobre acceso a la información pública, oficio n° 406, Santiago, 16 de mayo de 2018.

3.2.2. Presupuesto destinado a campañas publicitarias

Campaña	Año	Gasto
Vuelve a ser inteligente. No fumes marihuana.	2008	\$609.467.991
Juntos sin drogas.	2009	\$77.527.600
Un niño que consume drogas consume su infancia	2010	\$281.562.734
La droga no solo afecta al que la usa, nos afecta a todos.	2011	\$491.653.948
El impacto dura para toda la vida	2011	\$8.346.052
La droga no solo afecta al que la consume, también a su familia / Demasiado tarde para volver atrás. Si tomas no manejes	2012	\$239.991.711
Este año queremos interrumpir los accidentes por alcohol	2013	\$80.000.000

Campaña comunicacional de prevención del consumo abusivo de alcohol en jóvenes.	2014	\$99.993.788.-
Campaña comunicacional de prevención del consumo de drogas en énfasis en alcohol.	2015	\$484.377.648.-
Campaña comunicacional, prevención del consumo de drogas fortaleciendo las relaciones entre padres e hijos.	2016	\$287.272.540.-
Escuchar es parte de la solución	2017	\$399.599.874

Entre los años 2014 y 2017, la institución gastó en promedio en campañas publicitarias un total de \$317.810.963 (trescientos diecisiete millones ochocientos diez mil novecientos sesenta y tres pesos).

3.2.3. Presupuesto para tratamiento y rehabilitación

	Años									
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Presupuesto Tratamiento (\$)	13.540.362.000	15.272.054.000	16.243.954.000	19.919.492.885	21.297.308.397	29.240.512.599	36.790.944.933	40.711.039.000	41.508.058.798	41.587.011.000

El promedio del presupuesto destinado a tratamiento y rehabilitación entre los años 2014 y 2017 asciende a \$40.149.263.432 (*cuarenta mil ciento cuarenta y nueve millones doscientos sesenta y tres mil cuatrocientos treinta y dos pesos*).

El presupuesto final entonces, considerando campañas publicitarias, funcionamiento de la institución, y tratamiento y rehabilitación es el siguiente:

- Año 2014: \$45.477.024.721
- Año 2015: \$50.499.613.648
- Año 2016: \$51.477.923.336
- Año 2017: \$52.330.021.874

Nos interesa analizar particularmente el presupuesto para el año 2014, ya que hemos usado este año de referencia para efectos estadísticos. Al respecto, podemos observar que en este año el presupuesto se distribuyó de la siguiente manera:

Presupuesto para el funcionamiento de SENDA: \$8.586.086.000 (*ocho mil quinientos ochenta y seis millones ochenta y seis mil pesos*)

Presupuesto campañas publicitarias: \$99.993.788 (*noventa y nueve millones novecientos noventa y tres mil setecientos ochenta y ocho pesos*)

Presupuesto para tratamiento y rehabilitación: \$36.790.944.933 (*treinta y seis mil setecientos noventa millones novecientos cuarenta y cuatro mil novecientos treinta y tres pesos*)

Total: \$45.477.024.721 (*cuarenta y cinco mil cuatrocientos setenta y siete millones veinticuatro mil setecientos veintiuno*)

3.3. ¿Cuánto cuesta realmente la lucha contra el narcotráfico?

Como vimos, si tenemos 11.089 personas privadas de libertad en recintos penitenciarios por delitos de drogas, y tomamos en consideración el gasto de mantenimiento de presos para el año 2014, que asciende a \$517.890, tenemos que para el referido año, **el Estado de Chile gastó en el año 2014** la suma de **\$68.914.586.520** (*sesenta y ocho mil novecientos catorce*

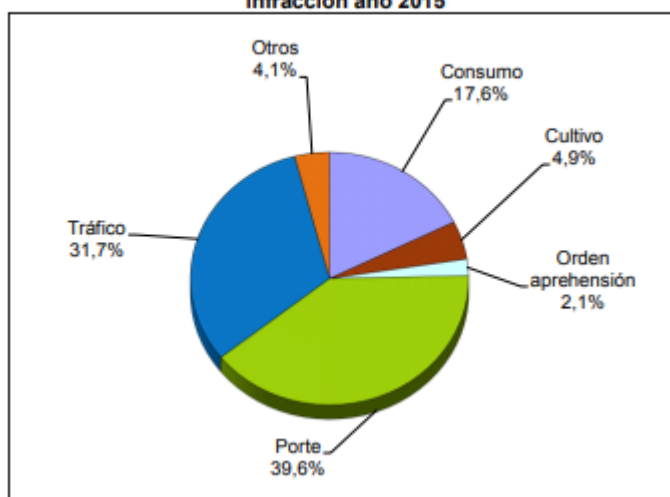
millones quinientos ochenta y seis mil quinientos veinte pesos) sólo por mantener internos en establecimientos penitenciarios.

También podemos apreciar que año a año el costo de mantenimiento de internos es mayor, llegando a \$617.477 en el año 2017. Esto demuestra entonces que el gasto por represión indudablemente aumenta con el paso del tiempo.

Además, esta suma sólo considera un aspecto del gasto que el Estado de Chile realiza en materia de represión de drogas, sin referirse a todo el proceso de persecución criminal.

Sin ir más lejos, durante el año 2015, los organismos de control policial informaron un total de 37.228 procedimientos en materia de infracción a la Ley de Drogas. De estos procedimientos, se informaron 51.089 detenciones por infracciones a la Ley de Drogas. La mayor cantidad se realizó por porte (39,6%), tráfico (31,7%) y consumo (17,6%).¹⁰¹

Gráfico 4: Distribución porcentual de detenciones según infracción año 2015



Los costos de estos procedimientos aumentan considerablemente el gasto estatal en cuanto a persecución criminal, cifra que resulta muy difícil de cuantificar, no obstante ser innegable que se utiliza una gran cantidad de recursos tanto humanos como económicos.

¹⁰¹ Ministerio de Justicia, Subsecretaría de Prevención del Delito, *Informe Nacional sobre Procedimientos Policiales por infracción a la ley de Drogas n° 20.000*, Santiago, 2016, p.4

En relación a la **prevención y rehabilitación** de drogas, el presupuesto total destinado a SENDA durante el año **2014** asciende a un total de **\$45.477.024.721** (*cuarenta y cinco mil cuatrocientos setenta y siete millones veinticuatro mil setecientos veintiún pesos*), que como vimos anteriormente se distribuye en funcionamiento del servicio, campañas publicitarias y tratamientos de rehabilitación.

Es en los **tratamientos de rehabilitación** donde se concentra la mayor parte del presupuesto, ascendiendo a **\$36.790.944.933** (*treinta y seis mil setecientos noventa millones novecientos cuarenta y cuatro mil novecientos treinta y tres pesos*), lo que representa el 80,9% del total de este año.

Luego, el 18,08% del presupuesto del año 2014 se destinó al **funcionamiento de SENDA**, alcanzando la suma de **\$8.586.086.000** (*ocho mil quinientos ochenta y seis millones ochenta y seis mil pesos*).

Respecto a las **campañas publicitarias**, cabe mencionar que en el caso del año 2014 se observa poco presupuesto destinado a ella en relación al resto de los años en estudio, ascendiendo a la suma de **\$99.993.788** (*noventa y nueve millones novecientos noventa y tres mil setecientos ochenta y ocho pesos*) correspondiente al 0,21% del total 2014.

En este punto resulta fundamental cuestionarse si las campañas publicitarias pertenecen al gasto por concepto de represión o prevención/rehabilitación.

Tradicionalmente, según se ha expuesto, las campañas se consideran un aspecto integrante de la prevención, no obstante, creemos que el contenido de las mismas, orientadas a estigmatizar y marginalizar a los usuarios de drogas, no permite tal consideración.

En este sentido, bien podemos entender que el costo de las campañas publicitarias forma parte de las políticas represivas, máxima expresión de la Guerra contra las Drogas en nuestro país, alejándose de la posibilidad de ser una herramienta útil para educar a la población y disminuir los riesgos derivados del consumo de sustancias psicotrópicas o estupefacientes.

En conclusión, el Estado de Chile gastó al año 2014 por concepto de **prevención y rehabilitación de drogas y alcohol la suma de \$45.377.030.933** (*cuarenta y cinco mil*

trescientos setenta y siete millones, treinta mil novecientos treinta y tres pesos), lo que incluye sólo el presupuesto de funcionamiento de SENDA y el destinado a tratamientos y rehabilitación, pues como mencionamos anteriormente, consideramos a las campañas publicitarias como parte integrante de las políticas represivas y no educativas.

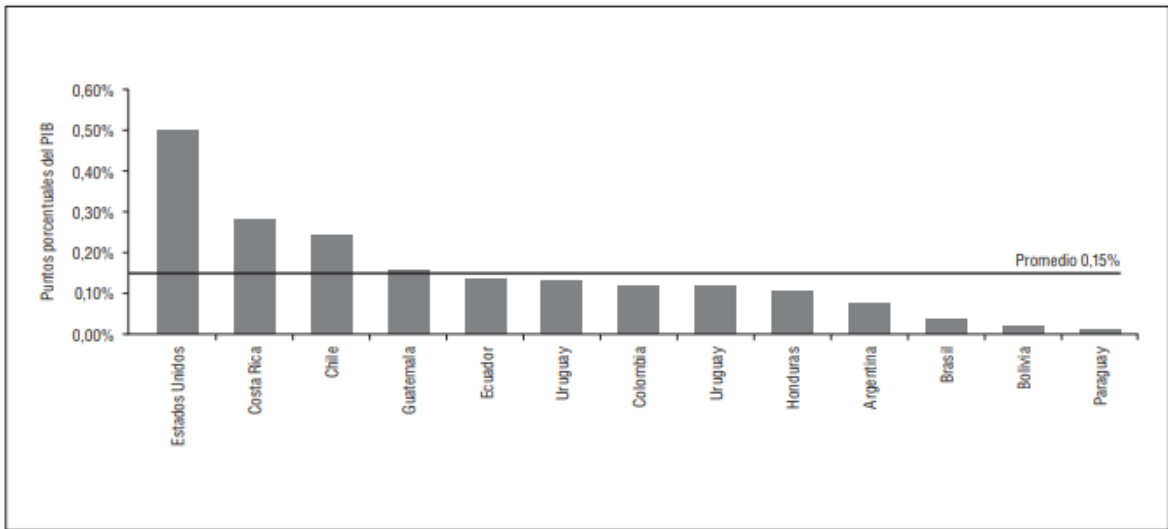
Por su parte, por concepto de **represión**, el Estado de Chile gastó en el año 2014 un total de **\$69.014.580.308** (*sesenta y nueve mil catorce millones quinientos ochenta mil trescientos ocho pesos*). Esto incluye el costo de mantenimiento de privados de libertad y las campañas publicitarias, sin considerar el gasto total de persecución criminal.

3.4. La brecha entre presupuestos

Existe entre el presupuesto destinado a la represión estatal y el destinado a la prevención y rehabilitación, una **brecha** en favor del primero de **\$23.637.549.375** (*veintitres mil seiscientos treinta y siete millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos setenta y cinco pesos*), lo que representa una brecha bastante considerable y que expresa no sólo una orientación represiva en el tratamiento de estos delitos, sino también la orientación represiva de las políticas criminales chilenas en términos generales.

En apoyo de esta premisa, según un estudio realizado por expertos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, nuestro país es el tercero porcentualmente en latinoamérica que destina mayor parte del PIB al mantenimiento de las cárceles con casi un 30%, tal como expresa el gráfico siguiente:

Gráfico 2: Gasto público en el sistema penitenciario como porcentaje del PIB (US\$ 2014)



102

Por otra parte, según las tasas de reincidencia de la población penitenciaria, ésta aún sigue siendo considerable no obstante los abultados recursos que se destinan a estos fines, así según datos entregados por gendarmería de Chile, vemos que la tasa de reincidencia de los egresados del año 2010 fue de un aproximado de 40% en el subsistema cerrado.



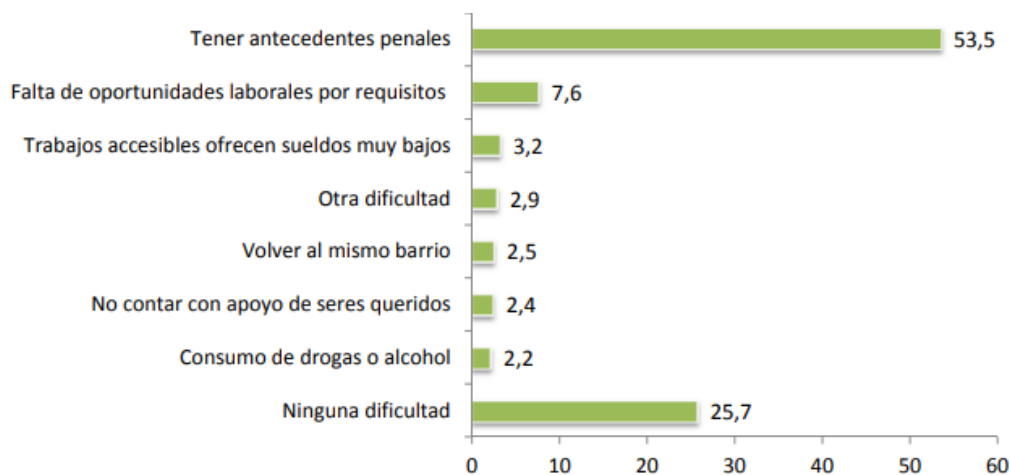
Según estos datos oficiales¹⁰³, de las 19.938 personas que ingresan al subsistema cerrado, 7.876 personas vuelven a reingresar al sistema penitenciario por reincidencia, es decir

¹⁰² Centro de Políticas Públicas UC, *Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción*, temas de la agenda pública, año 12, N°93, Santiago, 2017, p.5

prácticamente la mitad de los condenados vuelve a cometer delitos. Por otra parte, según analizamos en este mismo capítulo, para el año 2015 (sólo desde este año se ha registrado esta variante estadística), el logro terapéutico promedio de los tratamientos impartidos por SENDA fue de 48,8%, alcanzando en el caso de la población adolescente hasta un 59,9% de efectividad, logro que fue aumentando a lo largo de los años y que llegó a un promedio de hasta 57,2% en 2017 entre todos los programas que ofrece SENDA.

Así las cosas, podemos desprender de esta información que la cárcel como sistema de resocialización no es efectiva, ya que casi la mitad de los internos vuelve a cometer delitos. Por otra parte como sociedad sabemos el daño que implica en una persona su paso por esta institución, principalmente la criminalización, marginalización y discriminación en distintos aspectos de la vida, y es por ello que consideramos que la cárcel siempre debe ser la última ratio al momento de determinar la sanción a aplicar.

Esto se refleja en los datos analizados de un estudio de la Fundación Paz Ciudadana sobre marginalización, y que muestran las principales causas que dificultan la reinserción social:¹⁰⁴



Como vemos, las causas de esta imposibilidad de reinserción provienen principalmente de la estadía en prisión de las personas privadas de libertad, que son discriminadas en los trabajos,

¹⁰³ Gendarmería de Chile, *La reincidencia: un desafío para la gestión del sistema penitenciario Chileno y las políticas públicas, estudio de reincidencia de los individuos egresados en 2010*, Santiago, 2013, p.62

¹⁰⁴ Fundación Paz Ciudadana, *Exclusión social en personas privadas de libertad, resultados preliminares*, Área de justicia y reinserción, Santiago, 2015, p.30

en su ambiente social e incluso a veces familiar, y solo el 25% no tiene dificultad para reinsertarse. Asimismo se menciona el consumo de drogas como obstáculo a la resocialización.

Una vez analizados los datos que hemos expuesto y comparado en este acápite, vemos que la tasa de reincidencia penitenciaria es similar en porcentaje a la tasa de personas que no consigue el logro terapéutico en los programas de rehabilitación, sin embargo se le otorgan muchos más recursos al sistema represivo en desmedro de la rehabilitación y además contamos con una precaria atención en esta última área, ya que observamos que las políticas orientadas a esta materia también vienen influenciadas en su núcleo esencial por el estigma que nos ha hecho llevar la Guerra contra las Drogas, por lo que el tratamiento del tema desde la educación y la ciencia no es imparcial en la contribución al prejuicio, criminalización y al derecho penal del enemigo.

Es por esto que no se justifica esta brecha de miles de millones de pesos entre ambos sistemas, y como señalamos anteriormente, dado este panorama, la cárcel siempre debe ser la última ratio, por lo que consideramos imperativo un nuevo enfoque presupuestario en la política de drogas chilena.

CAPÍTULO V: LA LEY 20.000 COMO EXPRESIÓN DE LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS

1. Aspectos generales

La Ley 20.000 tipifica y sanciona un conjunto de conductas vinculadas a la elaboración, puesta en circulación y consumo de drogas estupefacientes. Según información otorgada por la Defensoría vía solicitud de transparencia, los tipos penales asociados a las drogas son los siguientes¹⁰⁵:

- Asociaciones ilícitas Ley de Drogas Art. 16 Ley N° 20.000 [ID 29]
- Consumo de drogas (Art. 41) [ID 35]
- Cultivo/cosecha especies vegetales productoras estupef. Art. 8 [ID 26]
- Desvío ilícito de precursores y sustancias esenciales (art. 3) [ID 30]
- Elaboración ilegal de drogas o sustancias sicotrópicas Art. 1 Ley N° 20.000 [ID 25]
- Facilitación de bienes al tráfico de drogas Art. 11 [ID 474]
- Microtráfico (tráfico de pequeñas cantidades Art. 4 Ley n° 20.000) [ID 247]
- Otras faltas a la Ley 19.366 [ID 37]
- Otros delitos de la Ley 20.000 [ID 38]
- Porte de drogas (Art. 41) [ID 36]
- Prescripción médica abusiva de drogas estupef.o sicotrópicas Art.6 Ley N° 20.000 [ID 33]
- Producción y tráfico por desvío de precursores Art. 2 Ley 20.000 [ID 31]
- Suministro de hidrocarburos aromáticos a menores Art. 5 Ley N° 20.000 [ID 34]
- Suministro indebido de drogas Art. 7 Ley N° 20.000 [ID 32]
- Tolerancia al tráfico o consumo de drogas Art. 12 [ID 475]
- Tráfico de especies vegetales. Art. 10 Ley 20.000 [ID 618]
- Tráfico ilícito de drogas Art. 3 Ley N° 20.000 [ID 27]

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

¹⁰⁵Defensoría Penal Pública, en respuesta a solicitud mediante ley 20.585 sobre acceso a la información pública, oficio n° 186, Santiago, 4 de abril de 2018

Los jueces, quienes en silencio de la ley han debido determinar el contenido de estos elementos, se encuentran lejos de haber llegado a un entendimiento homogéneo.

Es por lo anterior que se aumentan constantemente las figuras delictivas, se transforman en figuras delictivas simples actos preparatorios y se establecen variadas presunciones judiciales de comisión de los delitos en base a actitudes completamente alejadas del daño al bien jurídico de la salud pública.

Además, respecto al tratamiento del imputado en este tipo de delitos, se suprimen ciertas garantías procesales que se conceden a los condenados en el derecho penal moderno, como lo que sucedía con el artículo 40 de la ley 19.366 que hacía improcedente las medidas alternativas de reclusión nocturna y de libertad vigilada, situación que acertadamente fue modificada por la ley 20.000 que hace aplicable ciertas medidas.¹⁰⁶

El tratamiento de un imputado por delitos de la ley 20.000 también es distinto al tratamiento que se les da a los imputados en procesos judiciales diversos, violando nuevamente el principio de igualdad ante la ley y consecuentemente el debido proceso.

A modo de ejemplo, podemos mencionar que la ley 20.000 no permite la calificación de delito en grado de tentativa o frustrado, pues presume que el delito está consumado, poniendo al condenado en la parte alta de la pena a aplicar, desde el punto de vista del grado de ejecución del delito.

De igual modo, el artículo 39 crea la posibilidad de aumentar en 5 días la detención de una persona imputada por delitos de la ley 20.000, tratamiento jurídico distinto a la generalidad de los delitos de nuestro catálogo penal.

También es importante mencionar algunas sutilezas represivas que encontramos en el código procesal penal, como por ejemplo en el artículo 132 bis, se señala que es inapelable por el imputado la resolución que determina la ilegalidad de la detención, cuando se trata de crímenes o simples delitos de la ley 20.000 y en otros delitos de mayor gravedad.

¹⁰⁶Farías Juan y Prat Arturo, *op. cit.*, p.201

Del mismo modo tenemos el caso de la apelación de la resolución que recae sobre la prisión preventiva y dispone la libertad en estos mismos delitos, señalando el artículo 149 que en estos casos, si el imputado está detenido, no quedará en libertad hasta que esté ejecutoriada la resolución, mientras en los otros casos no es necesario que esta se encuentre firme y ejecutoriada.

Finalmente podemos destacar que en los delitos de la ley 20.000, según esta misma ley, el plazo máximo para decretar el secreto de la investigación por parte del fiscal es de 120 días, ampliables por 60 días más, mientras que en los demás delitos sólo se puede decretar el secreto por un periodo de 40 días, ampliable solo una vez por el mismo plazo y resolución fundada.

Es evidente que el imputado por delitos de drogas recibe un tratamiento jurídico y procesal más perjudicial que los imputados por otros delitos, encontrándonos nuevamente en un conflicto con los principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, haciendo de ellos nada más que algo ilusorio.

2. Orígenes de la Ley 20.000

La ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, comenzó a gestarse en el año 1999 a raíz del mensaje presidencial del Presidente de la República **Eduardo Frei Ruiz-Tagle**, que abogaba por un cambio en la legislación sobre drogas para responder a las nuevas exigencias de la realidad nacional. Esta ley fue promulgada el 2 de febrero del año **2005**.

Esta ley vino a sustituir a la ley 19.366 que regía desde el año 1994, dando una mirada más severa respecto a esta clase de delitos, estableciendo altas penas y sanciones y abogando por su cumplimiento efectivo.

Además, *“la Ley N° 20.000 se fundamenta en los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país durante la segunda mitad del siglo XX, a partir de la “Convención única de estupefacientes de 1961”, del “Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971” y de la*

*“Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988”.*¹⁰⁷

Uno de los grandes cambios que nos trajo la ley 20.000, fue el nuevo tipo penal de microtráfico, figura que antes no existía en el ordenamiento jurídico, *“esta modificación estuvo motivada por la necesidad de otorgar a los jueces la posibilidad de imponer penas más benignas a los dealers callejeros, cuyas conductas parecían no tener gravedad necesaria para hacer proporcional la imposición de la pena única de tráfico”*¹⁰⁸, sin embargo, por la falta de precisión de los conceptos utilizados en la ley 20.000, es difícil determinar cuándo se constituye este tipo penal.

Finalmente, *“En términos generales, los objetivos que se propone la Ley 20.000 involucran:*

- *Adecuar la ley a la realidad nacional e internacional.*
- *Propender a la aplicación efectiva de las penas y de forma proporcional a la gravedad y el daño de los hechos sancionados.*
- *Adecuar la ley al nuevo proceso penal y a la creación del ministerio público.*
- *Ampliar el ámbito de aplicación de las técnicas investigativas y mejorar su regulación.”*¹⁰⁹

3. Expresiones de la política criminal prohibicionista en la Ley 20.000

Como hemos señalado durante esta memoria, la ley 20.000 tiene una influencia notoriamente prohibicionista, herencia de la política criminal de Guerra contra las Drogas impuesta por EEUU, lo que se traduce en un proceso judicial mucho menos garantista para esta clase de delitos, y una legislación que discrimina y estigmatiza a esta clase de imputados.

Entre las expresiones más marcadas del prohibicionismo extremo podemos mencionar:

¹⁰⁷Sánchez Sergio, *Guardar silencio: el consumidor, el daño y el reglamento de la ley n° 20.000*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014, p.58

¹⁰⁸Defensoría Penal Pública, Centro de documentación, *Estudios y capacitación, ley 20.000: Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa*, Santiago, 2013, p.29

¹⁰⁹Cámara de Diputados de Chile, Departamento de evaluación de la ley, *Evaluación de la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Valparaíso, 2014, p.11

3.1. Ley penal en blanco

La ley penal en blanco es aquella en la que una de sus partes se integra por reglas o preceptos determinados por una autoridad distinta del legislador. Por otro lado, es también aquella que determina el supuesto de hecho y la sanción, pero abandona la precisión de estas circunstancias a una norma diferente.

“Podemos afirmar, entonces, que ley penal en blanco es aquella disposición emanada del Poder Legislativo, para crear un delito, en la cual falta la hipótesis o la sanción, o una parte de ellas, y que, por este motivo, precisa de otra disposición que la complete.”¹¹⁰

El fundamento de las leyes penales en blanco se encuentra en la permanente evolución que sufren ciertas materias en las cuales se imponen mandatos y prohibiciones penales. Lo que procura la autoridad entonces, es un ajuste permanente de sus normas a través de instancias de menor jerarquía.

La ley penal en blanco puede ser propia o impropia. En el primer caso se delega la determinación a una norma de menor jerarquía, en tanto la impropia entrega su determinación a una norma de igual o mayor jerarquía.

Es en el primer caso donde nos encontramos de frente con las limitaciones impuestas por el principio de legalidad.

El **principio de legalidad** es aquel en virtud del cual se establece que no hay delito ni sanción penal sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, en la cual además debe determinarse con precisión la clase de castigo.

Se conoce con el aforismo “nullum crimine nulla poena sine lege”

A raíz de esta concepción del principio de legalidad, se desprenden 2 formas del principio rector del derecho penal:

¹¹⁰Rodríguez Collao Luis, *Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*, Universidad Católica de Valparaíso, p.233

- No hay delito sin ley
- No hay pena sin ley

Respecto a la consagración de este principio Maurach agrega que no hay delito ni pena sin ley previa, escrita y estricta.¹¹¹

En este sentido, podemos desprender tres efectos de este principio:

En primer lugar, que sea una ley previa, implica una prohibición de retroactividad, que limita las facultades del legislador.

En segundo lugar, que sea una ley escrita, conlleva que sólo puede ser fuente legal la ley propiamente tal, dejando de lado los reglamentos, decretos con fuerza de ley, decretos leyes u otros que no tienen el carácter de ley, o sea aquellas fuentes que no tienen forma de ley de conformidad a la Constitución.

Este principio, que significa una importante limitación al juez, ya que no podría buscar más allá de lo permitido por la ley para sancionar una conducta, también lo es para el poder ejecutivo, ya que no podría crear delitos mediante reglamentos o decretos con fuerza de ley.

En tercer lugar, que la ley sea estricta, hace alusión a la prohibición expresa de analogía. No se le permite al juez recurrir a ninguna clase de normas que no esté contenida en la ley. No puede a través de un razonamiento analógico crear un tipo para una conducta atípica a partir de otra típica que se le parece. También se suele exigir redacción precisa, buena parte de la doctrina nacional considera esta exigencia implícita en “estricta”

El principio de legalidad se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política en el artículo 19 n°3 inciso 7 y 8.

Inciso 7: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

¹¹¹Náquira Jaime, Izquierdo Cristóbal, Vial Paula y Vidal Víctor, *Principios y penas en el derecho penal chileno*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2008, p.2 – 28

Inciso 8: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".¹¹²

A su vez, se encuentra también consagrado en el Código Penal, artículo 1 y 18.

Artículo 1:" Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley".

Artículo 18: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla, de oficio o a petición de parte. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades."¹¹³

Según lo determinado por el principio de legalidad entonces, la ley penal debe describir la acción u omisión que se penará bajo determinadas circunstancias, al tiempo que establece con claridad las penas respectivas.

Ahora bien, la ley 20.000 viene a vulnerar el principio de legalidad, estableciendo ley penal en blanco o tipo abierto. Esto ocurre particularmente en el artículo 63 de esta ley, que señala: *"Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1º, 2º, 5º y 8º; los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 9º, y las normas relativas al control y fiscalización de dichas plantaciones."*, dejando entonces a merced de un reglamento

¹¹² Constitución Política de la República

¹¹³ Código Penal Chileno

la determinación de circunstancias importantes que configuran el tipo penal, nada más y nada menos que la sustancia misma que se considerará para aplicar la sanción.

Es bien sabido que un reglamento es una norma de rango inferior a la ley, que depende exclusivamente del uso de las potestades del poder ejecutivo, y por tanto, nos encontramos deliberadamente frente a una ley penal en blanco.

Con ello, se está poniendo a las personas a merced de la arbitrariedad y el uso político de sanciones penales, lo que es inconstitucional.

“Fácil resulta comprender, entonces, que mientras mayor sea la precisión con que el legislador describe las figuras delictivas, mayor también será la garantía para las personas. Por este motivo, desde antiguo, los penalistas vienen repitiendo que tanto el delito como la pena deben estar establecidos en una ley, y que deben estarlo en términos muy precisos.”¹¹⁴

Ahora, en lo que respecta a la necesidad de determinar con claridad el **supuesto de hecho** en virtud del cual se establecerá una pena, el principio de legalidad también presupone limitaciones.

La ley 20.000, tipifica un abrumador y absurdo número de conductas prohibidas. A saber, no se puede: elaborar, fabricar, transformar, preparar o extraer sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Tampoco se puede: producir, fabricar, elaborar, distribuir, transportar, comercializar, importar, exportar, poseer o tener precursores de sustancias químicas destinadas a la preparación de drogas. De igual manera está prohibido: transportar, guardar o portar pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas o de materias primas que sirvan para obtenerlas. También se prohíbe: adquirir, transferir, suministrar o facilitar pequeñas cantidades de drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. También está prohibido: sembrar, plantar, cultivar o cosechar especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

¹¹⁴Rodríguez Luis, *op. cit.*, p.232

Y si estamos en presencia de un encargado de un local comercial, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile o música, recinto deportivo, establecimiento educacional u otros abiertos al público, no puede tampoco: tolerar o permitir el tráfico o consumo de drogas en dichos locales.

Como resulta obvio, la descripción de los supuestos de hecho de la ley 20.000 abarca todas las conductas imaginables relacionadas con las drogas.

Esta realidad está dominada por esta fiebre prohibicionista derivada de la Guerra contra las Drogas, haciendo caso omiso del requerimiento de precisión y justicia en las acciones u omisiones punibles.

Al respecto, el Tribunal constitucional se ha pronunciado sobre esta disposición, pero contenida en el proyecto de ley que deroga la ley 17.934, disposición que se mantiene vigente hasta hoy, y que remite a un reglamento (Decreto Supremo N° 535 en ese entonces) la determinación de las sustancias productoras de graves efectos tóxicos o de daños considerables a la salud pública.

El TC estimó que la normativa no era inconstitucional, y en su considerando quinto señaló *“Los artículos cumplen con las exigencias establecidas en el inciso final del número 3 del artículo 19 de la constitución, por cuanto el núcleo esencial de la conducta que se sanciona está expresa y perfectamente definido en el proyecto en el artículo 1 (que describe las conductas punibles y las características de las sustancias). La circunstancia que en el artículo 25 del proyecto se deje entregado al reglamento la misión de pormenorizar las sustancias o drogas a que se refiere la norma rectora en nada se contrapone con la preceptiva constitucional, ya que no podrá incluirse en el citado reglamento, lícitamente, ninguna sustancia o drogas, que no quede comprendida dentro de aquellas que genéricamente se indican en ambos incisos del artículo 1 del proyecto de ley (el artículo 1 menciona: los que sin autorización elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes, o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública).”*¹¹⁵

¹¹⁵ TC, Rol N°24, 4 de diciembre de 1984, redactado por el ministro señor Ortúzar.

Así las cosas, en sentencia de 4 de diciembre de 1984, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la cuestión de constitucionalidad para el cual fue requerido en la tramitación de este proyecto de ley, resolviendo que los preceptos legales incorporados en él son constitucionales y no afectan el principio de legalidad, por estar suficientemente descrito lo esencial de la conducta en la ley.

No obstante la apreciación de nuestro Tribunal Constitucional, dado el amplio catálogo de conductas que quedan inmersas en estos artículos y que efectivamente están descritas en la ley, consideramos profundamente peligroso derivar esta parte de la configuración del tipo jurídico a un reglamento, pues dada la importancia nacional e internacional de esta materia, a través de esta norma de rango inferior se podría más fácilmente manipular dicho catálogo o estar sujeto a influencias ejecutivas en pos de estas políticas criminales represivas,

Además, se debe considerar que se han catalogado las necesidades e influencias externas como *imperativos morales* por parte de los propios parlamentarios, por lo que en el caso del poder ejecutivo el riesgo de sucumbir a estas influencias externas para llevar una mejor relación entre estados es mayor.

Es por ello que es urgente respetar en este sentido el principio de legalidad y sus fundamentos y establecer luego de un arduo estudio y una comisión ad hoc, en una normativa del mismo rango legal, las sustancias que configurarán los tipos penales que establece la ley 20.000, dado que no resulta suficiente determinar la conducta en sí misma, pues la sustancia que configura la disposición es indispensable para aplicar la ley, y sin su especificación consideramos que el tipo que se encuentra en la ley 20.000 y anteriores es insuficiente para darlo por esencialmente determinado, entregando una parte considerable de él a un reglamento de rango inferior.

3.2. Improcedencia de la salida alternativa de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y de algunas de las atenuantes que establece nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo primero de la ley 18.216 señala lo siguiente:

Artículo 1°.- La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas: a) Remisión condicional. b) Reclusión parcial. c) Libertad vigilada. d) Libertad vigilada intensiva. e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34 f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Y en su inciso cuarto señala: “...**En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000.**”¹¹⁶

La restricción opera en dos aspectos, en primer lugar respecto del artículo 1 letra f) de la ley 18.216, que corresponde a la pena sustitutiva de **prestación de servicios a la comunidad**, ya que no aplica para los condenados por delitos contemplados en la ley de drogas, aunque el condenado tenga irreprochable conducta anterior. Y en segundo lugar, respecto a todas las penas sustitutivas, ya que no aplica a quienes hayan sido condenados anteriormente por la ley de drogas, salvo que se hayan acogido a la cooperación eficaz.

Las tres leyes mencionadas en este precepto, a saber, ley 20.000, ley 19.366 y ley 18.403, son de materias relativas al tráfico ilícito de estupefacientes, es decir, casi los únicos delitos que poseen restricciones a las penas alternativas son los delitos de drogas, (se añade también robo con violencia y secuestros agravados) lo que demuestra claramente una discriminación hacia estos imputados vulnerando con ello la igualdad de la ley.

Para ilustrar aún más la arbitrariedad de esta ley, podemos decir que un ciudadano que se ha visto afectado en calidad de imputado por la ley 20.000, por cultivar cannabis sativa en su domicilio, es mucho más reprochado por la justicia que una persona que comete parricidio, lesiones, u otro delito calificado. Esto demuestra que en el espíritu de la ley y de las leyes que

¹¹⁶ Ley 18.216

rigen nuestro ordenamiento, hay más atención a una política criminal que a la justicia y la prevención de los ciudadanos.

En el artículo 62 de la ley 20.000 se vuelve a reiterar esta circunstancia: *“No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la ley N° 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no, efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22”*

Además de esta restricción impuesta a estos imputados, tenemos la restricción del artículo 20 de la ley 20.000, el cual señala: *“En los delitos contemplados en esta ley no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el número 7 del artículo 11 del Código Penal¹¹⁷”, a su vez, esta atenuante consiste en lo siguiente: “Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”¹¹⁸, siendo a nuestro punto de vista una muralla más para propender a la resocialización de los sujetos.*

Incluso han habido iniciativas que buscan intensificar la desigualdad en el tratamiento penal de los delitos de drogas, como es el caso del **Boletín N° 6525-07** que Regula la aplicación de la atenuante irreprochable conducta anterior, cuando establece: *“Modifícase el Código Penal en el siguiente sentido:*

En el artículo 11 número 6° agréguese a continuación del punto a parte el siguiente inciso segundo.

Esta circunstancia atenuante no se aplicará en los siguientes casos: homicidio calificado, femicidio, los delitos sexuales, secuestro, tráfico de personas, asociación ilícita y los de la ley 20.000 sobre tráfico de drogas y todos aquellos crímenes y simples delitos en los cuales la víctima sea un niño.”¹¹⁹

¹¹⁷ Ley 20.000

¹¹⁸ Código Penal Chileno

¹¹⁹ Boletín No. 6525-07, que regula la aplicación de la atenuante irreprochable conducta anterior

Este proyecto asimila los delitos de la ley 20.000 sin distinguir la gravedad, a delitos de alta peligrosidad y reproche público, lo que rompe la proporcionalidad que deberían resguardar las leyes, sin siquiera distinguir, por ejemplo, si se trata de un traficante peligroso o simplemente de un cultivador de cannabis.

En conclusión, podemos observar que el interés del Estado es procurar que los condenados por ley 20.000 cumplan efectivamente la pena que les fue impuesta, poniendo restricciones a algunos de los beneficios contemplados en la ley 18.216.

A nuestro juicio, esto representa una conducta irresponsable y obstinada por parte del Estado, que insiste en mantener una política criminal arcaica y estigmatizadora que nos guía al derecho penal del enemigo, a la falta de programas de reinserción social, y una vez más, a llenar las cárceles de condenados.

Esto no se justifica ni aún en las tasas de reincidencia, pues los estudios sobre ésta han demostrado que el subsistema cerrado tiene un porcentaje considerablemente mayor de reincidencia que el subsistema semi abierto y el abierto, por lo que claramente la inspiración de estas políticas está lejos de la intención de resocializar a los ciudadanos.

Así se señala en un informe de gendarmería sobre reincidencia: *“La reincidencia expresada por subsistema da cuenta tanto de la reincidencia dentro de cada uno, como la migración entre ellos. Siendo el subsistema cerrado el que presenta la mayor reincidencia (39,5%) y el subsistema abierto la menor (10,7%). El sistema semiabierto (CET) alcanza al 20,8% y la libertad condicional el 13,8%. En relación a la libertad condicional es importante observar que en países como España, por ejemplo, los internos que salen en libertad condicional tienen una tasa de reincidencia mucho más baja (15,7%) que los que salen en libertad definitiva (51,3%). La excarcelación por libertad condicional continuaría por tanto “garante de una muy baja reincidencia penitenciaria, probablemente porque incide el perfil de personas que acceden”*.¹²⁰

¹²⁰ Gendarmería de Chile, *La reincidencia: un desafío para la gestión del sistema penitenciario Chileno y las políticas públicas, estudio de reincidencia de los individuos egresados en 2010*, año 2013, p.62

Es por ello que no resultan justificados los obstáculos de la ley a ciertos imputados para la aplicación de penas sustitutivas desde ninguna arista, constituyendo una infracción al principio de igualdad ante la ley y una conducta discriminatoria y estigmatizadora por parte del Estado.

3.3. Indeterminación del concepto “Pequeñas cantidades de drogas”

El delito de **tráfico** de drogas se encuentra consagrado en el artículo 3 de la ley 20.000 en relación al artículo 1 que sanciona al tipo penal con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Por su parte, el Artículo 4º de la ley 20.000 señala: *“El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo **pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.***

*En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título **pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.**”¹²¹*

Esta disposición pretende, como ya señalamos, establecer un nuevo tipo penal, que recibió el nombre de **microtráfico**, con el fin de dar una pena diferenciada al traficante de grandes cantidades de drogas, respecto del que trafica pequeñas cantidades de drogas, más orientado a una economía de subsistencia.

Sin embargo, el legislador “olvidó” definir a que se le llama “pequeñas cantidades de drogas”. No hay establecimiento de gramaje ni de ninguna otra forma de medida para saber si estamos ante pequeñas o grandes cantidades de drogas, dejando difusa la aplicación de este precepto.

¹²¹ Ley 20.000

Así las cosas, *“el tipo penal contenido en el artículo 4 de la ley 20.000, ha generado un caso de concurso aparente de leyes penales, puesto que la misma conducta parece estar comprendida en tres normas diferentes, debido a la imprecisión del elemento especializante “pequeña cantidad”, que ha debido ser llenado de contenido por los tribunales, llegando incluso a establecer dicho elemento como una invitación al juez a determinar el tipo penal aplicable, tomando en consideración los elementos concomitantes del caso sub lite.”*¹²²

Por otra parte, esta nueva figura ha dado lugar a importantes discusiones doctrinarias respecto al tipo penal de microtráfico, pues una parte de la doctrina considera que el artículo 4 de la ley 20.000 no es más que un tipo privilegiado del artículo 3, que se basa en la cantidad de droga incautada. Mientras que otra parte de la doctrina considera la figura de microtráfico como un tipo autónomo con sus propias características, pues el artículo 4 no contempla las acciones de *“inducir, promover y facilitar el uso o consumo de drogas”*.

Esta discusión aún no está zanjada, siendo urgente la búsqueda de un consenso, pues de lo que se determine derivarían consecuencias distintas, *“si se considera que el microtráfico no es una figura autónoma, un individuo sorprendido realizando alguna de estas conductas, siendo pequeñas las cantidades de droga incautada, de todas formas podría ser castigado de acuerdo al artículo 4”*¹²³

De lo anterior, podemos desprender que el legislador ha dejado una indeterminación sobre el concepto de *“pequeña cantidad”*, lo que ha generado discusiones doctrinarias y una aplicación subjetiva del tipo penal de microtráfico, en base a criterios considerados relevantes por los mismos jueces, lo que no permite una aplicación uniforme de la ley, y que puede devenir en arbitrariedad, afectando la certeza jurídica con la que debemos ser juzgados los ciudadanos en un Estado de Derecho.

“Cisternas señala que la indeterminación del concepto de pequeña cantidad (el cual pudo haber sido definido en términos cuantitativos rígidos , protegiendo así la seguridad jurídica y

¹²² Ruiz Delgado Fernando, *Microtráfico de drogas. Un problema concursal de la ley 20.000. Análisis crítico de algunas figuras delictuales de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas*, Alemania, Editorial académica Española, 2012, p.5

¹²³ Defensoría Penal Pública, Centro de documentación, *op cit.*, p.3

el principio de legalidad) es la forma adecuada para “encubrir la recóndita intención del legislador”, la cual habría consistido en “evitar que los individuos se escuden en una determinada cantidad para ser sancionados directamente como microtraficantes”, provocándose el efecto que actualmente “ninguna persona, ni el fiscal, ni el defensor, tengan real certeza de si el imputado será condenado como traficante o microtraficante o será absuelto por ser un mero consumidor”¹²⁴

Como solución temporal a esta problemática, creemos que debería utilizarse el principio in dubio pro reo, siendo aplicado el artículo 4 de la ley 20.000 y no el 3, cuando se trate de casos dudosos sobre el elemento “pequeña cantidad”. Esto para paliar de alguna manera la vulneración que se genera al principio de igualdad ante la ley y a la seguridad jurídica.

Sin embargo, esto es solo una solución temporal y no definitiva del problema, pues este último solo encontraría la solución en una reforma a la ley que determine el concepto difuso, lo que no necesariamente sería la especificación de un gramaje, sino que también podría incorporar otros elementos, como por ejemplo la forma de almacenamiento de la droga, las circunstancias de la incautación, etc.

En cuanto a la **jurisprudencia**, podemos mencionar los siguientes fallos sobre la materia:

Sala penal de la **Corte Suprema** en resolución de 26 de julio de 2005, que señala: *“A primera vista pudiera parecer que la cantidad de droga encontrada es escasa, pero ella no es la única comprometida en las acciones del sujeto activo y en la investigación ya que no se considera las que fueron objeto de las 2 entregas previas; además la elevada suma de dinero recuperado conlleva a estimar fundadamente que provinieron de otras transacciones contemporáneas”¹²⁵* y, en sentencia de pronunciada por esta misma sala, el 10 de agosto de 2005, considerando cuarto: *“son los jueces los que deben calificar según su criterio cuándo se*

¹²⁴ Cisternas, *El microtráfico*, citado por: Centro de documentación de la Defensoría Penal Pública, *Estudios y capacitación, ley 20.000: Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa*, Santiago, 2013, p.39

¹²⁵ CS, 26 de julio 2005, Rol 1990-05, (C. 6º), redactado por el Ministro Nibaldo Segura Peña. Citado por: Mérida Huerta omar, *Comentarios sobre la pequeña cantidad en un fallo de la Corte Suprema*, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía de Chile (en línea, consultado 10-07-2018: http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_4_Ley_20000_Comentarios_Cantidad_fallo_CS_OM.pdf), p.5

*está en presencia de tráfico o microtráfico, tomando en consideración los aspectos de hecho y circunstancias de cada acción punible que conciernan a aspectos tales como cantidad, calidad o tipo de droga, etc*¹²⁶

La misma **Corte Suprema**, conociendo de un Recurso de Casación en el fondo, con fecha 24 de octubre de 2007 señaló: *No obstante, la problemática se produce al tratar de resolver cuándo una determinada situación debe ser considerada "pequeña cantidad de droga". La ley nada dice para solucionar semejante interrogante y tal como ya se ha concluido en otras causas donde se ha denunciado idéntica contravención, difícilmente habría sido posible establecerlo en un estándar regulado caso a caso, habiéndose discutido en la formulación de la ley, no sólo sobre la cantidad de droga, sino que también sobre su pureza. Ante este silencio de la ley se debe atender a la voluntad del legislador claramente manifestada en las discusiones parlamentarias del proyecto, en el sentido de dejar en manos de los jueces la flexibilidad suficiente para que sean ellos quienes determinen en forma soberana y discrecional cuando se está en presencia de esas "pequeñas cantidades", por lo cual se decidió no fijar condiciones objetivas y expresas a este respecto.*¹²⁷

Lo mismo (textualmente) sostuvo nuestro máximo tribunal en sentencia de 17 de octubre de 2007, conociendo de Casación en el fondo.¹²⁸

Por su parte, la **Corte de Apelaciones de Valparaíso** conociendo de un recurso de nulidad con fecha 3 de octubre de 2014 señala: *“No existe una máxima de la experiencia partir de la cual se pueda establecer o calcular la cantidad de droga que una persona puede consumir en el tiempo próximo, que permita a su vez concluir que la hallada en su poder excede de dicho cálculo, lo que dependerá de las condiciones personales de cada individuo, habiendo entregado el legislador dicha ponderación, a la libre valoración de la prueba por parte de los jueces*¹²⁹

¹²⁶ CS, 10 de agosto de 2005, rol 2592-05, (C. 4°), redacción del Ministro Nibaldo Segura Peña. Citado por: Mérida Huerta Omar, Op. cit., p.6

¹²⁷ CS, 24 de octubre de 2007, Rol 2796-07, MJJ15926, redacción del Ministro Sr. Rodríguez Espoz.

¹²⁸ CS, 17 de octubre de 2007, Rol 3825-07, MJJ15810, redacción del Ministro Sr. Chaigneau.

¹²⁹ CA Valparaíso, 3 de octubre de 2014, Rol 1358-14, MJJ39143, redacción del Ministro Sr. Brito.

Corte de Apelaciones de Valdivia 8 de Abril de 2017, conociendo de un recurso de nulidad señaló: *“la obligación de los jueces radica en especificar, caso a caso, por qué un determinado hecho, dadas sus circunstancias particulares como son, entre otras, la cantidad de droga, su grado de pureza dosificación, peligrosidad y lugar geográfico de expendio, es un tráfico o tráfico en pequeñas cantidades”*¹³⁰

Alguna jurisprudencia por su parte, ha dejado de manifiesto que en la historia de la ley 20.000 es posible extraer ciertas nociones sobre cantidades de droga y sus límites. Así, la **Corte de Apelaciones de Santiago** con fecha 30 de septiembre de 2015 conociendo de apelación en un juicio abreviado señaló: *“Que, teniendo en consideración la historia del establecimiento de la Ley N° 20.000, según se desprende de lo expuesto en las páginas 237 y siguientes de la Historia Fidedigna de la ley, el tipo penal fue desarrollado por el legislador para permitir la graduación de la pena frente a quienes eran sorprendidos con unos cuantos gramos de droga, el debate de la ley, según se señala en la página 272 se trata de cantidades máximas de 100 ó 200 gramos y su creación obedeció a la necesidad de solucionar problemas de proporcionalidad de las penas en relación con la antigua ley N°19.366 , la que no contemplaba ninguna diferenciación”*.¹³¹

Así las cosas, es claro que la jurisprudencia ha empleado factores externos para la determinación del tipo penal aplicable en atención al concepto de “pequeñas cantidades de drogas”, lo que por una parte es fundamental en atención al principio de inexcusabilidad, pero por otra representa una conducta eminentemente subjetiva y arbitraria en la determinación de las penas. Por ello sigue siendo urgente que se defina por el legislador los conceptos que ha empleado en la redacción de la ley.

¹³⁰ CA Valdivia, 8 de abril de 2007, Rol 165-17, MJJ48849, redacción del Ministro don Mario Julio Kompatzki Contreras.

¹³¹ CA Santiago, 30 de septiembre de 2015, Rol 2035-15, MJJ42544, redacción por la Ministra (S) María Cecilia González Díez.

3.4. Falta de especificidad de los conceptos “exclusivo”, “personal” y “próximo en el tiempo”

En Chile, el consumo de drogas no está penado por la ley, lo que se extrae del artículo 4, 8 y 50 de la ley 20.000.

No obstante, al igual que en el acápite anterior, nos encontramos frente a un caso de indeterminación de conceptos, que esta vez, afecta a las figuras de microtráfico (artículo 4), cultivo de cannabis u otros estupefacientes (artículo 8) y consumo personal (artículo 50).

*Artículo 4º.- 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, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, **a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.**¹³²*

*Artículo 8º.- 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, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, **a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo**, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes.*

Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado.

Artículo 50.- Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1º, en lugares públicos o abiertos al público (...) serán sancionados con alguna de las siguientes penas: a) Multa de una a diez unidades tributarias mensuales. b) Asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta

¹³² Ley 20.000

días, o tratamiento o rehabilitación en su caso por un período de hasta ciento ochenta días (...) c) *Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad (...).* Se aplicará como pena accesoria, en su caso, la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados (...).

Idénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Con las mismas penas serán sancionados quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito. Se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias para la atención de un tratamiento médico.

Podemos apreciar que en la lógica de la ley, el solo porte de drogas constituye el delito de tráfico o microtráfico. Respecto del microtráfico, es decir, cuando estamos en presencia de “pequeñas cantidades de droga” existe una justificación y la actividad deja de ser delito: se debe probar que la droga estaba destinada al a la atención de un tratamiento médico o bien, al consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo.

El consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo también representa una justificación respecto del tipo penal de cultivo de cannabis u otras sustancias del artículo 8.

En estos casos, el consumo personal de drogas está permitido en los términos que establece el artículo 50.

*“Respecto de la distinción del delito de microtráfico de la figura de consumo personal, la ley permite la posesión, transporte, guarda y porte de pequeñas cantidades de droga para uso o **consumo personal exclusivo** y próximo en el tiempo. Sin embargo, no define qué se entiende por dicho uso, sino que solo aporta ciertos criterios que permiten descartarlo, en los siguientes casos:*

- *Cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito, o*

- *Cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”* ¹³³

Podemos desprender de lo anterior, que ambos criterios utilizados para determinar cuándo no es posible comprender que una cantidad de droga es destinada sólo para consumo, son un tanto ambiguos.

En el primero de ellos podemos preguntarnos ¿de qué calidad o pureza estamos hablando? ¿Qué tan pura o “pateada” debe estar la droga para considerar que es para consumo personal?. Si el consumidor obtiene la droga directamente de las manos del traficante, ¿no podría tratarse de la misma droga con igual pureza la que ambos sujetos porten? si una determinada droga es de mala calidad ¿necesariamente significa que será vendida a otro?

Respecto al segundo de los criterios podemos preguntarnos ¿quién determina en qué consiste un indicio del propósito de traficar? ¿basta una mera presunción? ¿es suficiente el criterio del funcionario policial en cuanto a las circunstancias de la posesión, guarda o porte de drogas?

Por otro lado, no hay determinación tampoco de lo que significa “**próximo en el tiempo**”, ¿estamos hablando de 1 mes, 6 meses, 1 año? A modo de ejemplo, podríamos decir que el consumidor de cannabis obtiene marihuana para todo un año en atención a lo peligroso que resulta comprar la droga, a los plazos de cosecha y al tiempo que toma su crecimiento. Entonces, imaginando que este consumidor utiliza 10 gramos por mes, y compra para todo un año, eso se traduciría a 120 gramos de marihuana, lo que podría resultar suficiente para condenar al sujeto por microtráfico.

En este escenario, ¿Para cuánto tiempo puede proveerse un consumidor sin correr el riesgo de ser tratado como traficante o microtraficante?, la ley no nos da una noción al respecto.

“Es más, establecer lo que es “consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo” queda a criterio de las fuerzas policiales o los jueces, al tener la atribución de decidir -por ejemplo- si la “calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no (les) permita

¹³³Cámara de Diputados de Chile, *op. cit.*, p.41

racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo” personal o que la cantidad, sea la que sea, puede hacer de un consumidor un traficante.”¹³⁴

Esta distinción, basada en el concepto ambiguo señalado por la ley, es sumamente trascendental para el imputado, pues depende del criterio utilizado para este concepto, el hecho de encontrarnos frente una conducta atípica (consumo), una falta (consumo en algún lugar señalado por la ley), o el delito de microtráfico que merece pena privativa de libertad.

Es tan grande la consecuencia derivada de la distinción de consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, y tan poca la precisión y delicadeza con la que el legislador ha tratado el concepto, que pareciera que estamos lejos de estar ante un sistema penal garantista.

A modo de ejemplo de **parámetros claros** con qué definir el concepto “consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo” podemos mencionar dos artículos de propuestas para anteproyecto del código penal.

La primera de ellas, de 30 de diciembre de 2013, en su art. 4 señala: *“Consumo personal. Para determinar si la tenencia de las sustancias está destinada al tráfico o sólo al consumo personal, el tribunal considerará elementos objetivos tales como la cantidad y la proyección del número de dosis susceptible de obtenerse, la calidad o pureza de la droga incautada, la forma de ocultamiento de las sustancias, la tenencia de materiales que faciliten la producción o tráfico y la condición de consumidor habitual o drogodependiente del autor.”¹³⁵*

La segunda de ellas, denominada Propuesta Medina / Ramos, establece en su art. C: *“Artículo C. Uso o consumo personal próximo en el tiempo. Se entenderá que la cantidad de sustancias corresponde a un uso o consumo personal próximo en el tiempo si es igual o inferior a las cantidades netas correspondientes a un uso o consumo diario, señaladas, a modo ejemplar, en el listado siguiente: I.- Opiáceos y sustancias farmacológicamente relacionadas. Heroína: 600 miligramos; Morfina: 2 gramos; Metadona: 240 miligramos; Buprenorfina: 2,4 miligramos; Dextroproxifeno: 600 miligramos; Pentazocina: 360 miligramos; Fentanilo: 0,1*

¹³⁴ Vergara Eduardo, *Victimización, detenciones y política de drogas en Chile*, 93 la revista de la Defensoría Penal Pública, n° 10, Santiago, 2014, p.42

¹³⁵Ramos César, *Alegato de clausura: dos propuestas para una nueva regulación de drogas*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014, p.50

*miligramo; Dihidrocodeina: 360 miligramos; Levoacetil-Meradol: 180 miligramos; Petidina: 300 miligramos; Tramadol: 400 miligramos; (...)*¹³⁶.

La **jurisprudencia**, aunque ha aplicado la causal de justificación en múltiples oportunidades, tampoco ha establecido un criterio estable sobre cuándo debe entenderse constituida, quedando a merced de los jueces la valoración de las pruebas presentadas al interior del respectivo proceso penal.

La **Corte de Apelaciones de Santiago**, en sentencia de 19 de Enero de 2018¹³⁷, acoge un Recurso de Nulidad por considerar que la sentencia impugnada incurrió en un error de derecho al no aplicar el tipo penal de tráfico de drogas a una conducta que fue calificada erróneamente como consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Esto, por estimar que la cantidad de droga en cuestión no permitía enmarcar la conducta en el tipo penal de microtráfico del artículo 4 y por tanto, no sería susceptible de justificarse en el consumo personal.

Kevin Meza Pastén fue sorprendido por personal policial mientras se encontraba viajando entre las ciudades de San Felipe y Santiago en un bus, llevando consigo de manera oculta 187 gramos brutos de marihuana. Frente a este supuesto, la Corte estableció: *“Que en relación con la decisión de declarar como atípica la conducta del imputado en base al inciso tercero del artículo 4° de la Ley 20.000, a juicio de esta Corte, el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, constituye una causal de justificación o de falta de tipicidad sólo cuando se relaciona con el transporte de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, lo que no ocurre en la especie. La cantidad de marihuana que el acusado llevaba consigo, constituye más bien un indicio de que la droga que llevaba no estaba destinada a su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.”* Por su parte, la **Corte de Apelaciones de Concepción**, con fecha 6 de Julio de 2012¹³⁸ acoge un recurso de nulidad por considerar que en el fallo inicial hubo decisiones contradictorias: por un lado se llega a la conclusión que la prueba de la defensa sólo acredita que el acusado es

¹³⁶ Ibid., p.51

¹³⁷ CA Santiago, 19 de enero de 2018, Rol 4440-17, MJJ53638, redacción del abogado integrante señor Sebastián Hamel Rivas.

¹³⁸ CA Concepción, 6 de julio de 2012, Rol 276-12, MJJ32759, redacción del Ministro Jaime Simón Solís Pino.

consumidor y por otro se concluye que los antecedentes probatorios, son insuficientes para tener por acreditada dicha condición, condenándolo por el delito de microtráfico del artículo 4.

“Esta Corte, en el análisis de esta causal, pone el énfasis en los fundamentos duodécimo y decimo tercero. Es así que en el primero, en lo pertinente, los jueces llegan a la conclusión que “La prueba de la defensa sólo acredita que el acusado es consumidor” y en el segundo concluyen “que los antecedentes probatorios reseñados, son insuficientes para tener por acreditado que el acusado es un consumidor de pasta base y no lo ampara la excepción de haber portado de 3 gramos 200 miligramos de dicha sustancia, puesto que no se acreditó que estaba destinada a un consumo próximo y personal en el tiempo”.

Las pruebas aportadas en el respectivo juicio por la defensa fueron: dichos del funcionario policial, "que al registro no le encontraron dinero y que no lo vio vender", que la incautación de la droga se produjo a causa de un control de identidad en la vía pública y la declaración de la conviviente del imputado en que señala que es consumidor ocasional de marihuana, cocaína y pasta base y la declaración de un perito que disponía “en cuanto al consumo, presenta un patrón moderado esporádico, sin que ello signifique un cuadro problemático, ni perjudicial ni adictivo”. Estas pruebas no se consideraron suficientes para acreditar el consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, por ello, la Corte acogió el recurso de nulidad ordenando repetir todo el procedimiento.

La **Corte Suprema** por su parte, en sentencia de fecha 10 de Agosto de 2008¹³⁹, ejerciendo un recurso de nulidad de oficio, absolvió al imputado del delito de microtráfico, teniendo en cuenta que las sustancias halladas eran para consumo personal.

Luis Edgardo Villarreal Sandoval fue condenado por el Primer Juzgado del Crimen de Melipilla el 18 diciembre de 2017 como autor de tráfico de sustancias estupefacientes, a cumplir una condena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y al pago de 40 unidades tributarias mensuales, sin beneficios alternativos de cumplimiento. Ese fallo fue impugnado por la defensa del condenado y confirmado por una Sala de la Corte de

¹³⁹ CS, 10 de agosto de 2008, Rol 2595-08, MJJ18403, redacción del Ministro Sr. Dolmestch.

Apelaciones de San Miguel, que le impuso, además, la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de su condena.

La Corte Suprema expone: *Que como se lee del razonamiento sexto del fallo de primer grado, los jueces del fondo tuvieron por demostrada la participación del acusado (...) con el mérito de los siguientes antecedentes: la declaración de los funcionarios policiales, la declaración reservada de autos y, en especial, el informe de fs.57, donde se indicó por testigos, que el acusado era conocido por vender droga y que no tenía un empleo estable.*

Esto, en circunstancias que una persona solicitó acogerse al beneficio de reserva de identidad, entregó a funcionarios de Carabineros antecedentes y la cantidad de 27,2 gramos de marihuana e indicó (sic) que estaría en posesión de dicha droga un individuo, señalando su domicilio, procediendo los funcionarios policiales por orden verbal del tribunal al registro del señalado inmueble, incautando una gran cantidad de semillas de cannabis sativa y marihuana elaborada, encontrando también en el automóvil que usaba el sujeto denunciado la cantidad de 0,25 gramos de marihuana en un contenedor de diario, droga que al ser pesada arrojó un total de 7,8 gramos de semilla y 27,45 de cáñamo indiano elaborado”

En virtud de todo lo expuesto, podemos decir que al igual que en el acápite anterior, estamos ante una problemática que afecta a la igualdad ante la ley, al principio de legalidad por falta de tipicidad, y a la certeza jurídica, y que debe ser subsanada con urgencia por el legislador.

3.5. Inversión de la carga de la prueba en el proceso penal

Como mencionamos con anterioridad, tanto el delito de microtráfico (artículo 4) como el cultivo de cannabis u otras sustancias (artículo 8) permiten una justificación, cuál es que el porte o cultivo de la droga en cuestión sea consecuencia del cultivo exclusivo, personal y próximo en el tiempo.

De ello podemos desprender algo de una gravedad extrema: se trata de una situación al interior del proceso penal en que la carga de la prueba se invierte, y quien debe comprobar su inocencia es el imputado, pues es él quien debe justificar que la droga portada o cultivada es para su consumo exclusivo personal y próximo en el tiempo. Esto reviste una mayor gravedad

aún cuando notamos que esta prueba permitiría diferenciar entre una conducta atípica, una falta y un delito que merece una pena privativa de libertad.

De esta manera, un sujeto que es consumidor pero no ha tenido la idoneidad para probar que efectivamente era para su consumo personal, podría estar condenado a una pena de presidio menor en su grado medio a máximo, cuando en realidad su conducta era atípica.

“Es así como, gracias a una serie de interpretaciones de la policía y de los jueces, muchas situaciones de cultivo, porte o tenencia de sustancias que son para consumo personal son también vistas como actos preparatorios al tráfico, abriendo la puerta a una lucha casi sin fin, que ha puesto tras las rejas a muchos consumidores inocentes (o cultivadores para satisfacer demanda personal), acusados como traficantes”¹⁴⁰.

Estos preceptos vienen a violar profundamente la presunción de inocencia, principio de rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Este principio forma parte del derecho al **debido proceso**, tal como lo establece el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, determinando que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad.

Esto, en virtud del mandato del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, que señala: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.¹⁴¹

¹⁴⁰Vergara Eduardo, *op. cit.*, p.42

¹⁴¹ Constitución Política de la República

La **presunción de inocencia** a su vez, se incluyó en el artículo 4° del Código Procesal Penal, el cual dispone *"Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme"*.¹⁴²

De este principio se derivan al menos 2 consecuencias:

- La carga de la prueba corresponde al Estado, y el estándar exigido en el sistema penal chileno es “más allá de toda duda razonable”
- El imputado debe ser tratado como inocente, lo que a priori no excluya la posibilidad de decretar medidas cautelares personales.

De lo anterior podemos decir que el principio de inocencia de rango constitucional se ve vulnerado por este precepto de la ley 20.000, y pugna con el artículo 4 del código procesal penal y con diversos tratados internacionales.

La **jurisprudencia** ha sido clara en entender este precepto como una inversión de la carga de la prueba.

Así lo ha manifestado en fallo de la segunda sala de la **Corte de Apelaciones de Temuco**, que acoge recurso de nulidad de 11 de enero del 2013 interpuesto por el Ministerio Público, cuando argumenta a este respecto: *“el tráfico de pequeñas cantidades de droga establece dos causales de justificación propias: a) Que el sujeto acredite, que las sustancias se encuentran destinadas al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, b) que la misma persona demuestre que las sustancias poseídas, portadas o transportadas están destinadas a un tratamiento médico (obviamente esta segunda hipótesis no es aplicable a aquellas conductas que implican una cesión de las sustancias para el consumo de terceros). Ambas exigen de parte de quien la alega un esfuerzo probatorio destinado a acreditarlas. Pues bien la Doctrina y la Jurisprudencia han establecido- como cita el requirente-, que la carga procesal de desvirtuarlas, corresponde, a quién afirme que no se encuentra en estas hipótesis. No puede entonces el Juzgado imponer un carga al acusador, que no está o está más allá de lo que dice la ley. d) Que en consecuencia se configura la causal de errónea aplicación del derecho, pues debiendo aplicar una norma no lo ha hecho y la ha eludido. Por otro lado*

¹⁴² Código Procesal Penal

debiendo ceñirse al contenido y sentido que corresponde a las presunciones que establece el artículo 4 de la ley 20.000.-, les ha dado un sentido totalmente diferente, que la hacen incurrir en este vicio.”¹⁴³

Así las cosas, consideramos que este es un precepto que debe ser eliminado y que refleja los cimientos de un sistema inquisitivo y arbitrario, que deja en desventaja al imputado, pues el Ministerio Público en la mayor parte de los casos cuenta con herramientas mucho más eficaces y con considerables recursos para producir prueba, mientras que un consumidor tendría que valerse nada más que de un buen defensor penal, limitado además por el artículo 61 de la ley en comento, y en caso de no contar con los recursos sería muy complicado para él producir una prueba contundente. Peor aún si se trata de un adicto, que tiene problemas de mayor gravedad por su adicción a las drogas, y que en vez de ser tratado en centros de rehabilitación, es primeramente tratado como culpable debiendo acreditar su inocencia.

3.6. Incompatibilidad de permitir el consumo y no la producción o cultivo

En Chile, podemos desprender del artículo 50 de la ley 20.000, que el consumo de cannabis es atípico cuando se lleva a cabo en recintos privados y sin concierto previo. Sin embargo, la misma ley en su artículo 8° sanciona con pena privativa de libertad de hasta 10 años al que careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, a menos que se probare que están destinadas al consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, caso en el cual recibe el tratamiento que el artículo 50 le da a las faltas, es decir, en el mejor escenario el cultivo sería punible como falta.

Sin embargo, *“mientras la Ley N° 20.000 permite el consumo personal, la misma ley se encarga que éste sea prácticamente imposible. Una serie de contradicciones -como no permitir el consumo concertado, el autocultivo o el porte- hacen que la ley prohíba derechos que la misma ley garantiza.*”¹⁴⁴.

¹⁴³ CA Temuco, 11 de enero de 2013, Rol 1058-12, MJJ34511, redacción del Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre.

¹⁴⁴ Vergara Eduardo, op. cit., p.42

Cabe preguntarnos ¿Cuál sería entonces la manera de conseguir drogas? Es lícito consumir, pero no cultivar, comprar, regalar, ni portarlas siquiera.

En consecuencia, notamos que estamos en presencia de disposiciones con alcances contradictorios, pues por un lado tenemos la libertad que nos otorga la propia ley para poder consumir sustancias bajo ciertas condiciones, y por otro, no tenemos acceso alguno a las sustancias que nos es lícito consumir.

El artículo 8 sanciona con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales a quienes cultivan estas especies sin la autorización del SAG y sin acreditar que eran para consumo exclusivo personal y próximo en el tiempo, sin embargo, incluso cuando se acredite esta última circunstancia (consumo personal) establece que *será sancionado* con las penas del artículo 50.

Es por este entramado de disposiciones poco armónicas que ha sido imperativa la construcción de parámetros jurisprudenciales que orienten la aplicación de estos preceptos. En este sentido la **Corte Suprema** ha tenido gran trascendencia en el último tiempo.

Dentro de los fallos de la Corte Suprema en esta materia, mencionaremos el de fecha 5 de julio de 2015, que falla sobre un recurso de nulidad interpuesto por la acusada Paulina González, que había sido condenada por el tribunal de juicio oral en lo penal de San Bernardo, como autora del delito del artículo 8 de la ley 20.000, por incautarse en su domicilio 7 plantas y 55 gramos de marihuana seca.¹⁴⁵

La Corte Suprema en su decisión absuelve a la acusada, entre los razonamientos aplicados atiende principalmente al bien jurídico protegido, cual es la salud pública, y considera que no mediando peligro para el bien jurídico que se pretende proteger, la conducta no sería punible. Así señala en su considerando séptimo *“En este entendido, dado que el daño social que el legislador tenía en vista al crear los tipo penales 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*

¹⁴⁵ CS, 5 de julio de 2015, Rol 4949-15, redacción del Ministro Sr. Cisternas.

peligro la salud y la libertad de los demás, nuestra ley de 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 psicotrópicas o de siembra, plantación, cultivo o cosecha, donde el destino de la sustancia sea el consumo personal, exclusivo y próximo de la o las mismas personas que realizan conductas antes enunciadas, no realizan el peligro general que se quiere evitar, sino a lo más, pueden poner en peligro la salud del consumidor del producto, esto es, crear un peligro individual que la propia ley entiende no relevante a efectos penales.”¹⁴⁶

La Corte Suprema incluso va más allá con la aplicación de sanciones, y descarta también la aplicación del artículo 50 de la ley 20.000 cuando se ha acreditado que era para consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, pues se ha considerado que para que dicha figura sea punible, debe estar acreditado que el consumo para el cual se disponía fuera igualmente ilícito, es decir previamente concertado o en lugares públicos. *“En razón de lo anterior, no obstante que la acusada ‘mantenía sembradas’ plantas de cannabis sativa sin contar con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero a que alude el artículo 9 de la ley N° 20.000, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del inciso 1° del artículo 8° de la Ley N° 20.000, como esta misma disposición prescribe, “sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”, sin embargo, no acreditándose que se haya concretado por la acusada el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, el consumo concertado de las drogas en un lugar o recinto privado -que por lo demás, no fue objeto de la acusación-, tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50”¹⁴⁷*

Finalmente cabe destacar respecto a esta decisión jurisdiccional en particular, el criterio que ha tenido la Corte en relación al cultivo, cuando se ha argumentado pertenecer a dos o más personas. En este sentido la Excma. Corte admite la posibilidad de que dos o más personas

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

sean dueñas de un mismo cultivo para su consumo exclusivo personal y próximo en el tiempo, siempre que los mismos que consuman sean los mismos quienes cultivaron con ese fin, y ejemplifica lo contradictoria que fue la decisión del tribunal a quo al argumentar lo contrario, estableciendo en su considerando octavo *“lo razonado por los jueces de grado ni siquiera aviene a la política-criminal prohibitiva que hay detrás de la legislación especial en estudio, pues lo que aquellos postulan conllevaría, por ejemplo, que una pareja o grupo de personas que habitan en un mismo domicilio, solo podrán evitar la sanción penal prevista en el artículo 8° si, en vez de sembrar o cultivar en conjunto una sola planta de cannabis sativa y consumir su producto, cada uno de ellos siembra y cultiva su propia planta, - multiplicándose según el número de habitantes la cantidad total de plantas y droga que podría obtenerse de las mismas- unica forma de justificar frente a una eventual persecución penal , que el destino de la droga que se obtendría de cada planta sería el consumo individual o singular de su respectivo dueño.*¹⁴⁸

De este fallo analizado tenemos tres novedades en las tendencias de la jurisprudencia, en primer lugar, atender específicamente al bien jurídico protegido, en segundo lugar, la impunidad y no aplicación del artículo 50 en relación al 8° cuando el cultivo esté destinado a la figura atípica del consumo personal (con todas sus condiciones), y en tercer lugar, la posibilidad del cultivo colectivo de especies vegetales, para un consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo.

Podemos mencionar otro fallo de la Corte Suprema de 4 de abril de 2016, en el cual también se revocó la sentencia del tribunal a quo, que había condenado al acusado en virtud del artículo 8° de la ley 20.000, argumentando que si bien el cultivo era destinado para consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, de igual forma debía ser condenado bajo la figura del artículo 8° toda vez que era cultivador y no contaba con la autorización del SAG. En este caso la Corte señala: *“Que, por último, analizado este asunto desde la óptica del riesgo que para el bien jurídico tutelado importan las acciones atribuidas al acusado, cabe resaltar que el fallo no fija hechos constitutivos de conductas I. para la salud pública susceptibles de ser reprochados, como que de las condiciones en que la plantación se mantenía fuera posible obtener una cantidad trascendente de la sustancia que permita satisfacer el consumo de un*

¹⁴⁸ Ibid.

conjunto de personas y por un período de tiempo relevante, generando de ese modo un riesgo de difusión de la sustancia no sujeta a control de la autoridad, todo ello con el objeto de dotar de contenido a la puesta en peligro del bien jurídico que declara en el considerando 9°, pero que no ha sido argumentativamente demostrada, menos aún si el fallo declara expresamente que la droga se destinaba a atenuar dolencias físicas del acusado, es decir, como parte de un procedimiento para recuperar su bienestar. Por ende, al no dar los jueces del grado por ciertas estas circunstancias u otras análogas, no es posible afirmar que la conducta del acusado C.G. 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.”¹⁴⁹

Nuevamente vemos especial consideración de parte de la Corte en el bien jurídico protegido, determinando que cuando el cultivo es para consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, no hay una afectación a la salud pública, ni aun aunque consideremos a este delito como delito de peligro abstracto, pues tampoco se puede desprender de él un riesgo para dicho bien jurídico cuando se trata de consumo personal.

Es importante reformar la ley en este sentido, para adaptarla a la realidad nacional. El dinamismo de la jurisprudencia nos ha permitido en cierta medida la protección de las garantías fundamentales en defensa de una ley arbitraria, pero será influyente en la decisión jurisdiccional el hecho de ser juzgado por un juez más o menos garantista, lo que nos lleva a un escenario de inseguridad jurídica ante tan manipulable legislación.

Es por ello que debemos atender primariamente al bien jurídico protegido, e ir desde esa base construyendo un cuerpo legal armónico, que respete las garantías que el mismo ordenamiento jurídico nos ha entregado.

Según lo analizado, podemos desprender que el cultivo para consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, en privado y sin concierto previo, ha de ser una conducta atípica, y no debe ser abordada por los artículos 8° y 50 de la ley 20.000.

¹⁴⁹ CS, 4 de abril de 2016, Rol 14863-2016, redacción del ministro señor Dham.

3.7. Contradicción normativa de la figura del Porte falta

El artículo 50 de la ley 20.000 señala lo siguiente:

Artículo 50¹⁵⁰.- Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas de que hace mención el artículo 1º, 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:[...]

Idénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.[...]

Al analizar el artículo anterior, percibimos una inconsistencia en la la ley, pues sanciona como falta el porte de drogas para consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo en lugares de libre acceso público, aunque se trate de un porte oculto que no se encuentra a la vista. Sin embargo, la figura de consumo personal no es penada por la ley, cumpliéndose ciertos requisitos establecidos en ella misma, requisitos que no le quitan el carácter de falta al porte de sustancias bajo estas mismas condiciones. De esta manera, pareciera que un acto preparatorio -portar- de una conducta lícita- la de consumir- es en sí mismo típico y antijurídico.

En la jurisprudencia se puede observar una tendencia a considerar el porte como una figura atípica. Así las cosas, podemos analizar el razonamiento del tribunal en un fallo que se pronuncia en contra del porte falta como conducta típica y antijurídica: “**La Corte de Apelaciones de Santiago**, en sentencia de fecha 11 de Octubre de 2005, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público a causa de la absolución de un imputado que fue sorprendido portando en la vía pública dos gramos de cocaína en sus pantalones, decidió mantener la absolución, razonando de la siguiente manera en su considerando tercero: “el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas ha sido sancionado en el artículo 50 de la Ley N° 20.000 sólo cuando tiene lugar en lugares públicos, y en recintos privados cuando los partícipes en la ingesta se hubieren concertado con tal

¹⁵⁰ Ley 20.000 art 50

propósito. De estas previsiones típicas, que también ponen de manifiesto que el consumo en condiciones de completa intimidad no es delictivo, no puede menos que concluirse que la razón del castigo que previenen no deriva del daño que a la salud personal pueda causar, sino del hecho de trascender tal conducta personal la esfera de intimidad que la margina de todo reproche penal, circunstancia que conduce al legislador a prohibir su ejecución en las referidas condiciones porque el carácter social de la conducta produce la situación de peligro para la salud pública que se sanciona mediante los tipos de esta ley. Por lo anterior, y habiéndose indicado ya que la conducta de consumir es atípica, resulta coherente concluir que el porte de droga en lugares públicos es constitutivo de delito sólo en caso de que la sustancia no esté destinada al consumo personal y exclusivo próximo en el tiempo - condiciones en las que se le calificará de tráfico ilícito de las sustancias-, y que en el evento de tener tal destino la conducta no es punible porque, tal como ocurre en lo tocante al consumo en lugares públicos, el motivo que lleva a imponer castigo es la trascendencia.”¹⁵¹

Más allá de los elementos que concurren para considerar una conducta como típica, atendemos a la finalidad misma de la ley para comprender la paradoja de esta figura. En este orden de ideas, si consideramos que el bien jurídico protegido en el caso de delitos de drogas es la salud pública, y considerando que el consumo personal no está penado por nuestra legislación ¿Cuál sería el verdadero fundamento que hay detrás de la punibilidad del porte de drogas para consumo personal? ¿Cuál sería la conducta peligrosa y el bien jurídico que se busca proteger?

Bajo el velo de estas figuras empleadas por el legislador, podemos observar nuevamente la política criminal entramada en su Guerra contra las Drogas, pues si lo abordamos desde la salud pública - que es el eje de estos delitos- no se observa vulneración alguna si no hay apariencia al menos del porte de la droga que pudiera incentivar el consumo masivo.

Desde una óptica más minuciosa, solo nos queda entender su antijuridicidad como una conducta ligada a otras conductas típicas como el tráfico de drogas o el consumo en lugares públicos, estando el porte inmerso en una cadena de conductas típicas que el ordenamiento jurídico pretende combatir.

¹⁵¹ Salazar Cádiz Andrés, *El porte de drogas en lugares de libre acceso público*, Ministerio público, Unidad especializada de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Santiago, p.2

“Por lo tanto al tipificar el porte de drogas, estamos hablando de una decisión de política criminal, atacar el tráfico de drogas desde su financiamiento, y la exclusión de su financiamiento se logra a través de desincentivar el consumo y como consecuencia lógica el porte para el consumo...”¹⁵²

En este sentido ha fallado la **Corte de Apelaciones de Copiapó**, en sentencia de 17 de mayo de 2007, conociendo del recurso de nulidad deducido en contra de una sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Copiapó, invocando el motivo previsto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

La sentencia recurrida absolvió a un imputado por portar 0.4 gramos de marihuana en la vía pública, dictaminando que se trata de una conducta atípica por las razones que veremos en lo sucesivo. El Fiscal recurre de nulidad argumentando que sí se constituye la falta del artículo 50 inciso 3, lo que ha producido un error de derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

La Corte de Apelaciones mantiene la decisión jurisdiccional del tribunal del tribunal a quo y al respecto argumenta en su considerandos quinto y sexto: *“Que, de esta manera, la argumentación central del señor juez a-quo, en orden a que si el porte o tenencia en lugares públicos, abiertos al público o establecimientos educacionales o de capacitación, no se realiza para consumir en esos mismos lugares, constituiría una conducta atípica, en la medida que se trataría de un acto preparatorio de una conducta lícita, resulta plenamente acertada, pues sobre la base de que los actos preparatorios son, en principio, impunes, resulta de una lógica evidente que en los casos de excepción en que los mismos son penados debe consistir en la preparación de un ilícito penal, pero en ningún caso de una conducta atípica.*

Si se pretende que el porte o tenencia en los lugares indicados constituye un acto directo de ejecución del delito, y con ello una tentativa elevada legislativamente a la categoría de ilícito penal consumado, el resultado es el mismo, en la medida que sólo podría dársele tal carácter en cuanto la droga vaya a ser consumida en esos mismos lugares, pues exclusivamente en ese

¹⁵²Ibid p.7

evento estaríamos ante un acto de ejecución inmediata y directa, al tiempo que, a riesgo de decir una obviedad, jamás puede considerarse ilícito penal el principio de ejecución de una conducta lícita.

Sexto: Que no obsta a lo que se viene señalando, la circunstancia que la figura del inciso tercero del artículo 50 de la Ley N° 20.000 sea de aquellas denominadas de peligro abstracto, es decir, a los que el legislador le basta con la ejecución de la conducta descrita en el tipo la que por sí tendría aptitud para causar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado... El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro al bien jurídico protegido." (José Cerezo Mir, Obras Completas, Tomo II, pag. 469)

En efecto, en todo caso, se requiere que, al menos potencialmente, la conducta sea peligrosa para el bien jurídico protegido. Luego, si se tiene en cuenta que en estos ilícitos el bien jurídico protegido es la salud pública y, particularmente, tratándose de las figuras de consumo, la posibilidad de difusión de tales conductas, la circunstancia de portar una cantidad de droga, en la medida que se realice de modo oculto sin que terceros tengan posibilidad alguna de percatarse de ello, ni en miras de consumirla en lugares en que estos puedan observar dichos actos, ni siquiera potencialmente pone en riesgo dicho bien jurídico digno de protección penal y, por lo mismo, sólo puede concluirse que la conducta es atípica."

153

La **Corte Suprema** por su parte también se acoge al criterio de peligrosidad que representa el porte de sustancias para la salud pública, y en virtud de esto, conociendo del recurso de nulidad de 6 de diciembre de 2016, ha revocado la sentencia del tribunal a quo, absolviendo al condenado por la figura de porte falta, por el Juzgado de Garantía de Rancagua. Cabe destacar el razonamiento duodécimo de la Corte Suprema que se refiere específicamente al bien jurídico protegido: *"Que la sustancia total incautada correspondió a 0,2 gramos brutos de un compuesto que se dice ser cocaína base. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con algún ingrediente de "corte", no es factible asegurar en concreto si lo aprehendido es verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos,*

¹⁵³ CA Copiapó, 17 de mayo de 2007, rol 54-07, MJJ9950, redacción del Ministro don Dinko Franulic Cetinic.

con real peligro del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que el acusado mantenía dosis de "algo" en lo que había cocaína, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se desconoce y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que violenta máximas básicas de un sistema acusatorio como el que nos rige”¹⁵⁴

Como podemos observar, los criterios de la jurisprudencia han marcado una tendencia a calificar el porte de sustancias para consumo exclusivo personal y próximo en el tiempo como una figura atípica. Los fundamentos apuntan al hecho de que el porte en sí mismo no es un peligro para la salud pública- que es bien jurídico que el legislador busca proteger-. Además, resulta inconsistente que un acto preparatorio de otro acto que es lícito- el consumo- sea calificado como ilícito.

Es necesario reformarnos en este sentido para lograr la certeza jurídica propia de un Estado de Derecho como el nuestro, y acotar esta figura que parece flotar entre disposiciones normativas que van en desarmonía.

Así las cosas, si se quiere sancionar el porte como una falta, para que pueda convivir con la lógica del ordenamiento, debiera éste en primer término ser manifiesto, visible, que pudiera efectivamente causar un daño a la salud pública, por el solo hecho de exhibirse, ya sea por su toxicidad o su incentivo al consumo. Incluso podría sancionarse si se pudiera probar por el acusador que la sustancia está siendo transportada para un consumo concertado, o un consumo en lugares públicos. Sin la concurrencia de estas circunstancias esta figura no parece más que un precepto arbitrario.

¹⁵⁴ CS, 6 de diciembre de 2016, rol 82304-16, MJJ47333, redacción del abogado integrante Sr. Rodríguez.

3.8. Vulneración del derecho a la defensa

3.8.1. El derecho a defensa: concepto y naturaleza jurídica

La Real Academia de la Lengua Española define “**defensa**” como: “Razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante”

El profesor Enrique Evans por su parte, conceptúa el **derecho a defensa** jurídica como el “derecho a solicitar y obtener la intervención de abogado para la defensa de los derechos de las personas, intervención que debe admitirse no sólo en los tribunales de justicia, sino en cualquier otro órgano jurisdiccional o ante cualquier autoridad”¹⁵⁵. Con ello, el autor extiende la protección de la garantía ante cualquier organismo.

Respecto de la **naturaleza jurídica** del derecho a la defensa, la manera de distinguir que se repite con mayor frecuencia es la que distingue entre *Libertades, Igualdades y Derechos*¹⁵⁶, quedando comprendido el derecho a defensa dentro de las igualdades, precisamente como igualdad ante la justicia o, como expresa la propia Constitución, “Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”

Entonces la naturaleza jurídica de esta institución es la de ser una **igualdad**, lo que nos permite conectarla con mayor facilidad a los principios de la igualdad ante la ley y al debido proceso. Que sea una Igualdad significa que con su establecimiento se pretende otorgar a todas las personas las mismas posibilidades, tanto para ejercer sus derechos como para defenderlos.

157

3.8.2. Caso paradigmático de vulneración del derecho a la defensa en la ley 20.000: Art. 61, que plantea la imposibilidad de ejercer cargos públicos y defender tipos penales de ley 20.000

El **artículo 61** de la ley 20.000 establece:

¹⁵⁵ Evans de la Cuadra Enrique, *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, 1986, p.27

¹⁵⁶ Molina Guaita Hernán, *Derecho Constitucional*, Editorial Andalién, Concepción, 1998, p.165-166

¹⁵⁷ Cea Egaña José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Derechos, Deberes Y Garantías*, Textos Universitarios, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p.149

“Los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley.

Si se tratare de actuaciones relativas a crímenes o simples delitos, la infracción de esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta su destitución o el término del contrato.

*No se aplicará la prohibición establecida en el inciso primero a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades, ni a los abogados en su desempeño como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas, y a los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, sólo en lo relativo a su actuación en dichas Corporaciones. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez de garantía o el Ministerio Público, en su caso, deberá informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley”.*¹⁵⁸

El actual art. 61 de la ley 20.000, tiene su origen en el **art. 51 de la anterior ley 19.366** (que reemplazó a la ley 20.000).

El Mensaje de dicho texto legal señala: "el tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes y sicotrópicas y su consumo indebido constituyen una seria alteración de la convivencia social y afectan de una u otra forma todas las actividades del país", agregándose que "convencido de que deben enfrentarse estos fenómenos en una acción coordinada de todos los servicios e instituciones del quehacer nacional, el Gobierno creó el año 1990 el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, órgano asesor del Presidente de la República,

¹⁵⁸ Ley 20.000

para coordinar las funciones que diferentes entidades del Estado cumplen en esta materia, buscando así obtener la mayor eficacia en sus labores, evitar la duplicidad de esfuerzos y lograr el mejor aprovechamiento de los recursos".

Artículo 51 de la ley 19.366 “Los abogados, estudiantes y egresados habilitados para actuar judicialmente que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderado o mandatario de inculcados o procesados por crímenes, simples delitos o faltas a que se refiere esta ley. Si se tratare de crímenes o simples delitos, la infracción a esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave a sus obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta la destitución o el término del contrato.

*No se aplicará la prohibición establecida en el inciso anterior a los abogados que se desempeñen como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas y siempre que no ejerzan alguna de las funciones a que se refiere dicho inciso, y a los egresados de las Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, cuando en esas calidades la respectiva Corporación les encargue intervenir en la defensa de personas naturales beneficiarias de la asistencia jurídica gratuita”.*¹⁵⁹

Según aparece de la **historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 19.366**, el referido precepto fue incorporado en atención a que se estimó "conveniente dejar establecido en la ley la prohibición que él señala, considerando la gravedad que reviste el hecho de que un abogado del Estado pudiera actuar en defensa de los implicados en este tipo de delitos".

Por su parte, el Ministro de Justicia de la época, don Francisco Cumplido Cereceda, en relación con esa disposición manifestó que "esta norma recoge experiencias observadas entre los abogados que se desempeñan como funcionarios públicos y asumen la defensa de personas en este tipo de delitos, materia en la que se han constatado ciertas irregularidades".

¹⁵⁹ Ley 19.366

En el nuevo texto legal, se mantuvo la prohibición prevista en el artículo 51 de la ley N° 19.366. Al respecto, el representante del Ministerio de Justicia explicó que la disposición pertinente es igual a la que contiene ese texto legal, la cual ha operado bien, ya que es lógico que los abogados de la Administración estén impedidos de defender, en su ejercicio profesional, este tipo de delitos.

Sin embargo, se agregó, dentro de la excepción a dicho precepto, a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades, adaptando de esta forma la disposición a la realidad jurídica e institucional vigente.

En la tramitación del proyecto de la ley N° 20.000¹⁶⁰, el Senador Chadwick observó que el precepto no contemplaba incompatibilidades ni sanciones para los contadores, médicos ni cualesquiera otros profesionales que presten servicios a personas imputadas de la comisión de alguno de los delitos contemplados en esta ley. *Le preocupó el hecho de que sólo se refiere a los abogados, en circunstancias que hay un derecho constitucional en juego, cual es el derecho a defensa jurídica de todas las personas*, que alcanza mayor relevancia con la presunción de inocencia que las ampara.

Al respecto, el Senador Espina, señaló que "los narcotraficantes buscan a estos profesionales por las conexiones que tienen, de modo que limitar su contratación es una forma de arrinconar al narcotráfico".

A su vez, el Senador Andrés Zaldívar, indicó que "se inclina por considerar que no es apropiado que los abogados que forman parte del aparato del Estado patrocinen o actúen como mandatarios en estos procesos, punto de vista que fue compartido por el **Senador Aburto**, atendido que el vínculo que tiene el abogado con el Estado lo pone en una situación moral especial".

En definitiva, la Comisión alcanzó consenso en que esta prohibición no afecta el derecho de defensa -tanto así que, si el imputado no tiene defensor, el propio Estado le proporcionará uno-, sino que lo que está en juego es el respeto que debe tener el abogado que es funcionario

¹⁶⁰ Historia de la ley 20.000

público con un Estado que asume como su obligación la de controlar el tráfico ilícito de estupefacientes.

Cabe destacar que precisamente el establecimiento de la prohibición en análisis ha tenido una **evolución legislativa tendiente a hacerla cada vez más exigente** y a restringir las excepciones expresas que respecto de ella se contemplen todo ello en atención a los altos objetivos y valores que subyacen en el interés del Estado por perseguir con eficacia los tipos penales regulados por la legislación especial en que se inserta.

Así las cosas, el fundamento para impedir que un funcionario público defienda delitos de ley 20.000 se encuentra en la consideración de la particular gravedad de estos delitos, que afecta a la comunidad toda. Esto sumado a que la probidad administrativa que rige a los funcionarios públicos, impide que un trabajador del Estado (que concentra sus esfuerzos en erradicar el narcotráfico) pueda usar sus influencias para defender un delito de este tipo; esto se aprecia en la consideración de una situación moral especial respecto de los funcionarios públicos.

Queda de manifiesto que se trata de una perspectiva que no es compartida ni siquiera por todos los parlamentarios, y que dependerá de la apreciación acerca de “la gravedad” de uno y otro tipo de delito. Esto sin perjuicio de que la apreciación en comento, sea la base del razonamiento del legislador.

Según el análisis que hemos venido realizando, a nuestro juicio resulta claro que esta limitación al ejercicio profesional, consagrada en el artículo 61 de la ley 20.000, transgrede la garantía constitucional de derecho a defensa, al establecer presiones o sanciones por el hecho de asumir la defensa de personas o delitos determinados, lo que además afecta el principio de igualdad ante la ley, que se inserta en la garantía de debido proceso, y en específico el debido proceso penal.

Esto, en el entendido de que la prohibición en comento, sólo rige para abogados defensores de tipos penales de ley 20.000, es decir, dice relación con lo estrictamente jurídico y únicamente se refiere a los delitos de drogas sin importar su peligrosidad o su disvalor social.

No hay justificación alguna para que este artículo sólo sea aplicable a los delitos sobre drogas y no a otros delitos que digan relación con la probidad administrativa y la corrupción, tales como el terrorismo, el lavado de activos, el cohecho, desviación de fondos públicos, entre otros.

Por otro lado, no se les establece esta carga al resto de los profesionales que se relacionan con estos delitos, como los médicos, asistentes sociales u otros agentes, por lo que nuevamente nos encontramos ante una disposición que carece de fundamento y discrimina arbitrariamente entre los distintos profesionales y los distintos tipos de delitos, pues la Constitución no ha priorizado por ejemplo, el derecho a salud por sobre el derecho a la defensa, y donde la ley no distingue, no es lícito para el intérprete distinguir.

En conclusión, es claro que abogamos por la derogación de esta disposición.

CONCLUSIÓN: LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS: UNA GUERRA PÉRDIDA

Para efectos de concluir sobre lo tratado en esta memoria, hemos de analizar la idoneidad de la política criminal de Guerra contra las Drogas. Para ello, lo primero que debemos preguntarnos es: ¿Se puede ganar la Guerra contra las Drogas? ¿Qué resultados se han obtenido de la implementación de la política criminal prohibicionista? ¿Ha disminuido la oferta, distribución y/o consumo de drogas? ¿Disminuyó el narcotráfico?

El análisis de estas interrogantes se desarrollará distinguiendo entre la realidad internacional y nacional.

1. Realidad internacional

En el capítulo III de esta memoria, vimos que en el marco internacional y a cargo de la ONU, se han realizado tres importantes tratados de fiscalización de drogas para lograr la cooperación internacional en el control de estupefacientes. Estos tratados son los siguientes:

- Convención sobre Estupefacientes de 1961 (enmendada en 1972)
- Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, este último fue ratificado por Chile y fue el fundamento de la creación de la CONACE.

Destaca la Convención de Estupefacientes de 1961, de iniciativa norteamericana, que vino a establecer universalmente la Guerra contra las Drogas y dejó sin efecto todos los anteriores tratados sobre la materia.

Es en este contexto donde surge esta interdependencia internacional respecto a las drogas, con un objetivo transversal a las diversas naciones: eliminar el consumo y el tráfico ilícito de

estupefacientes mediante el aumento de medidas de control, las que recaen principalmente en los países latinoamericanos.

Los tratados posteriores sirvieron para aumentar la gama de drogas consideradas ilegales y aumentar los controles represivos en la lucha contra las drogas.

Fue con el tratado de 1988 que se materializó completamente la Guerra contra las Drogas a nivel internacional. En el preámbulo de esta Convención se reconoce abiertamente la lucha contra el narcotráfico, el prohibicionismo, el desconocimiento de la libre elección, y todos los otros rasgos característicos de la Guerra contra las Drogas. El tratado obligó a los países a imponer sanciones penales para combatir todos los aspectos del narcotráfico, así como a un acuerdo sobre colaboración jurídica que incluyó la extradición.¹⁶¹

Podemos observar que la Guerra contra las Drogas es de carácter universal y liderada por EEUU, donde los países latinoamericanos son los más afectados en la ejecución de las medidas de control, y vulnerados en su soberanía nacional. Claro ejemplo de ello es la extradición en los delitos de narcotráfico para someter a jurisdicción norteamericana el juzgamiento del asunto.

1.1. Tendencia del consumo de drogas en la población mundial, ¿Han sido eficaces las medidas represivas en el mundo?

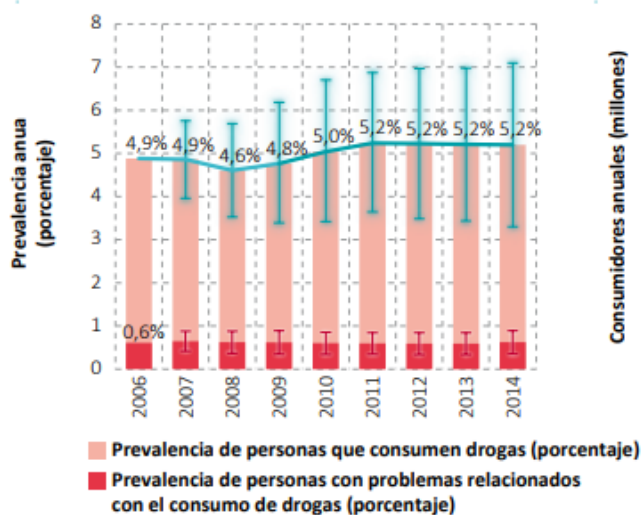
Según el informe mundial sobre las drogas del año 2017, realizado por la ONU, se señala *“En ese país (EEUU), las muertes por sobredosis, en su mayoría causadas por opioides, se triplicaron con creces durante el período 1999-2015, pasando de 16.849 a 52.404 por año, y aumentaron el 11,4% el año pasado solamente, en que alcanzaron un nivel sin precedentes. De hecho, en los Estados Unidos mueren muchas más personas cada año de resultas del uso indebido de opioides que a raíz de accidentes de tráfico o de la violencia.”*¹⁶²

¹⁶¹Convención de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.

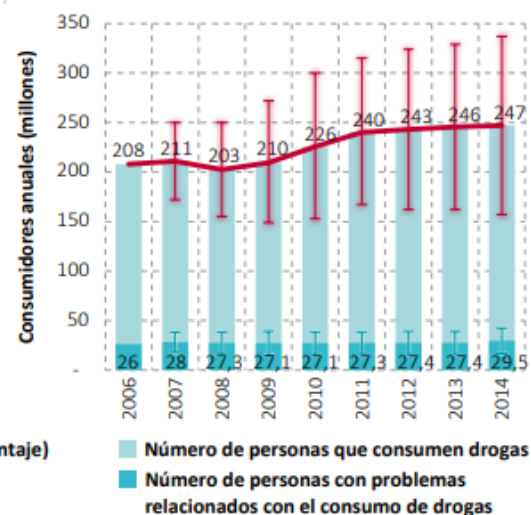
¹⁶² Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito UNODC, *informe mundial sobre las drogas 2017, resumen conclusiones y consecuencias en materia de política*, Viena, 2017, p.10

Respecto al consumo de drogas a nivel internacional, en el informe mundial sobre las drogas del año 2016 realizado por la ONU¹⁶³, se muestra un comportamiento estable entre los años 2014 y 2016:

Tendencias mundiales de la prevalencia estimada del consumo de drogas, 2006-2014



Tendencias mundiales del número estimado de personas que consumen drogas, 2006-2014

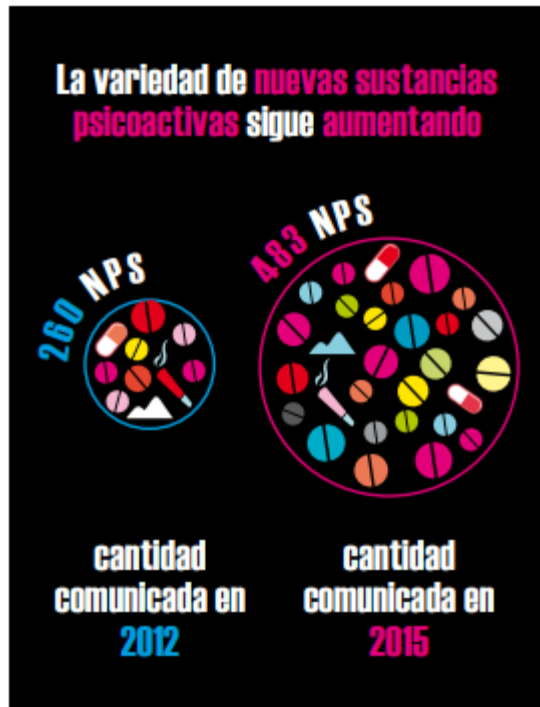


Como podemos apreciar según este informe, EEUU presenta un aumento sostenido y considerable de consumo opiáceos, y a nivel mundial, el consumo de drogas se ha mantenido estable, sin haber disminución que permita reflejar resultados positivos de esta política.

Por otra parte, el informe mundial sobre las drogas de 2017, elaborado también por la ONU¹⁶⁴, nos muestra no sólo una tendencia al alza del consumo, sino también la producción de nuevas drogas:

¹⁶³ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito UNODC, *Informe mundial sobre las drogas 2016*, resumen ejecutivo

¹⁶⁴ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito UNODC, op. cit. 2016



Podemos observar que desde el año 2012 a 2015 se han fabricado 223 nuevas sustancias psicotrópicas, que implican un enorme riesgo a la salud de las personas, porque los componentes son obtenidos en el mercado negro y su toxicidad es desconocida.

Esto es consecuencia del prohibicionismo, que frente a la tolerancia cero fomenta los mercados de drogas ilegales en el mundo y junto con ello la producción de nuevas sustancias, libres de toda regulación, que pueden poner en peligro la salud pública.

Si bien el consumo de sustancias no ha experimentado aumentos excesivos tampoco ha disminuido, cuestión que es preocupante dadas las consecuencias económicas políticas y sociales que hemos venido analizando sobre la Guerra contra las Drogas, demostrando que el costo mismo de esta política es profundamente alto para resultados estables y tendientes levemente al aumento, además del creciente mercado de nuevas sustancias psicotrópicas y el peligro que esto conlleva.

1.2. Nuevas tendencias en la población mundial

La única tendencia nueva que escapa de la lógica de la Guerra contra las Drogas es la incipiente legalización del cannabis en algunos estados de EEUU y en algunos países del mundo.

El mercado del cannabis, si bien se ha mantenido relativamente estable en los últimos años, es el más grande del mundo según los informes mundiales de drogas realizados por la ONU.

Ahora bien, la población no obstante el prohibicionismo, ha consumido crecientemente esta sustancia, y el estigma ha disminuido con el paso del tiempo, muchas veces gracias al apoyo científico de las propiedades medicinales de esta especie vegetal.

*“En 2013 el Gobierno del Uruguay promulgó una ley para reglamentar el cultivo de la planta de cannabis y la producción, la venta y el consumo de cannabis con fines recreativos. Desde entonces el Gobierno ha promulgado otros decretos y ordenanzas concernientes a la aplicación de elementos específicos de las reglamentaciones del cannabis. Entre ellos cabe señalar la reglamentación del uso medicinal del cannabis, la comercialización y venta de cannabis para uso recreativo...”*¹⁶⁵

Uruguay fue el primer país en el mundo en regular el uso medicinal y recreativo de la marihuana.

En el caso de EEUU, podemos ver también una tendencia a la regulación no prohibicionista de esta especie: ¹⁶⁶

¹⁶⁵ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito UNODC, op. cit. 2017, p.21

¹⁶⁶ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito UNODC, op. cit. 2017, p.20

1.3.1. Informe mundial alternativo sobre drogas del año 2011¹⁶⁸

Este informe realizado por un grupo de expertos, se encarga de calcular los efectos negativos que ha tenido la Guerra contra las Drogas a nivel mundial, cuestión que debería ser competencia de la ONU y que sin embargo no se ha llevado a cabo de manera sistemática. Señala este informe “ *Los considerables costos que tiene el abuso de drogas han sido muy bien documentados y tienen una connotada presencia en la agenda y el discurso político de alto nivel. En contraste, los graves impactos de las intervenciones para hacer cumplir las leyes y políticas punitivas sobre drogas son mayormente dejados de lado y exentos de análisis, pese a que el enfoque actual – el cual aspiraba a crear “un mundo libre de drogas” – ha fracasado a todas luces en sus propios términos. Este informe estima que la aplicación de la prohibición de las drogas a nivel global cuesta al menos \$100 mil millones de dólares al año y que, lejos de eliminar el consumo, suministro y producción de drogas, ahora existen hasta 300 millones de consumidores en todo el mundo, quienes contribuyen a un mercado global del orden de los \$330 mil millones de dólares al año.* ”

En este mismo informe, el ex presidente de Brasil Fernando Henrique Cardoso ha señalado: “*Calcular los Costos es una iniciativa importante y oportuna. La fallida guerra contra las drogas ha empoderado al crimen organizado, desestabilizado a los gobiernos, violado los derechos humanos y devastado vidas humanas por doquier.*”

Incluso según este informe, “*en años recientes la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ha reconocido que el sistema prohibicionista actual tiene una serie de “consecuencias negativas imprevistas” que incluyen: la creación de un enorme mercado criminal; el desplazamiento de la producción y el tránsito de drogas hacia nuevas áreas (el efecto globo); la desviación de recursos del sector salud al de seguridad (aplicación de la ley); el desplazamiento hacia el consumo de nuevas drogas; y la estigmatización y marginalización de las personas que consumen drogas.*”

¹⁶⁸ Rolles Steve, Murkin George, Powell Martin, Kushlick Danny y Slater Jane, *Informe mundial alternativo sobre drogas*, año 2011. (en línea, consultado 10-07-2018 <http://www.unodc.org/documents/ungass2016//Contributions/Civil/Count-the-Costs-Initiative/AWDR-exec-summary-Spanish.pdf>)

Se señalan aquí como principales consecuencias de la Guerra contra las Drogas entre otras cosas:

- a. El desperdicio de miles de millones de dólares que lleva un impacto en las economías de los países. Se estima un cálculo aproximado superior a los \$100 mil millones de dólares.
- b. Socavamiento del desarrollo y la seguridad y el fomento del conflicto por la alta estigmatización y criminalización derivado del uso de sustancias.
- c. Deforestación y contaminación, producida por las técnicas de erradicación de cultivos, si que estas hayan servido siquiera para reducir la oferta de drogas.
- d. Generación de delincuencia y enriquecimiento de los criminales a partir de el mercado negro de drogas que se hace creciente a pesar de la prohibición.
- e. Amenaza a la salud, dada la altas tasas de estigmatización y el miedo de la población para tratar sus adicciones por temor a ser tratados de criminales. O la necesidad de actuar al margen de la ley y utilizar drogas tóxicas o implementos precarios como agujas contaminadas.
- f. Socavamiento de los derechos humanos, pues las legislaciones anti drogas han venido a infringir garantías fundamentales como la libertad en la disposición de bienes jurídicos disponibles, o los procesos judiciales cargados de parcialidad. También forman parte de estas infracciones los castigos desproporcionados en casos de consumo o porte por ejemplo.
- g. Promoción de estigmas y criminalización, *“emplear el sistema judicial penal para resolver un problema de salud pública no sólo ha demostrado ser ineficaz sino que también resulta una práctica socialmente corrosiva que promueve la estigmatización y la discriminación, particularmente de poblaciones más vulnerables.”*

1.3.2. Francisco Javier Álvarez García en *La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la urgencia de su legalización*¹⁶⁹

Establece que la estrategia centrada en la oferta (países productores) utilizada por EE.UU. ha resultado fallida por 3 razones:

- a. Los precios de la cocaína se han mantenido estables y bajos en EE.UU. a lo largo del tiempo.

¹⁶⁹ Álvarez G. Francisco, op.cit., p.199 – 246.

- b. Se ha conseguido un aumento de la calidad de la cocaína (por el aumento de competencia entre los mismos distribuidores), lo que la ha vuelto incluso más atractiva.
- c. El mercado ha puesto a disposición de los consumidores, sustitutivos más baratos pero mucho más peligrosos para la salud.

1.3.3. Juan Pavés y Arturo Prat en *Análisis crítico de la ley N.º 20.000*¹⁷⁰

Señalan como impedimentos para ganar la Guerra contra las drogas:

- a. La debilidad de los Estados directamente afectados en la guerra, ya que su organización jurídica está dada por una realidad externa y no propia.
- b. El recrudecimiento de la violencia, las sociedades de los países involucrados se van militarizando cada vez más para ganar la guerra.
- c. No afecta a las organizaciones el capturar alguno de sus miembros, ya que la organización se reproduce nuevamente.
- d. La imposibilidad de detener la producción o el consumo: sería necesario destruir todo el Amazonas para erradicar los cultivos de coca lo que no es posible por el daño ecológico que generaría; tampoco es posible detener la producción legal de coca en Bolivia y Perú, ya que ello requeriría reprimir con fuerza al campesinado de estos países. Por otro lado, la demanda no se detiene con la prohibición, ya que las sanciones pondrían en tela de juicio a los Estados consumidores.
- e. Impopularidad de la guerra, por las consecuencias que provoca la militarización de la sociedad que afecta los derechos humanos, aumenta la violencia, criminaliza a amplios sectores de la población y trae aparejado un gasto increíble de recursos.

Así las cosas, es claro que el modelo centrado en la oferta no es idóneo, de la misma manera que no lo es la mano de hierro del derecho penal para hacer frente a situaciones de consumo de drogas.

¹⁷⁰ Pavés Juan y Prat Arturo, op. cit., p.52

1.3.4. Thomas Szasz, en su libro titulado *Nuestro derecho a las drogas*,

Hace referencia este autor al enfoque que se le da al tratamiento de la adicción, y desarrolla la tesis de que no es correcto ni idóneo que estas políticas públicas estén a cargo del Ministerio del Interior y no del Ministerio de Salud, como cualquier otra patología. Señala Szasz “ *en la sociedad americana actual hay dos tipos de enfermedades y dos tipos de tratamientos. El primer tipo de enfermedad, ejemplificado por el sida, es descubierto por los facultativos; el segundo tipo, ejemplificado por el abuso de drogas, es administrado por mandato de los legisladores y decretado por los jueces. De modo análogo, el primer tipo de tratamiento —que ejemplifica la extirpación quirúrgica de una vesícula biliar— es aconsejado por los facultativos y autorizado por los pacientes competentes; el segundo tipo —que ejemplifica la participación en un programa de tratamiento de drogas ordenado por un tribunal— es impuesto por jueces a los acusados o convictos de violar las leyes sobre drogas. Personalmente, repudio la validez científica de colocar en la misma categoría una conducta que infringe alguna norma y una dolencia física —aceptando a ambas, en pie de igualdad, como enfermedades—. Y también repudio la legitimidad moral de equiparar el sometimiento forzoso de un convicto a una intervención impuesta por cierto tribunal con la participación voluntaria de un adulto libre en una intervención médica —aceptando ambas cosas, en pie de igualdad, como tratamientos.*”¹⁷¹

La adicción debe ser vista como una enfermedad desprovista de los estigmas delictuales de los que hoy en día se encuentra cargada. No podemos olvidarnos que la salud individual es un bien jurídico disponible, y como ciudadanos tenemos libertad de acción sobre nuestras conductas cuando éstas se encuentren dentro de nuestra esfera individual de acción. En el mismo sentido con una educación de base objetiva sería posible eliminar los prejuicios morales en pos de una vida libre y debidamente informada.

Este autor reconoce entre otros, los siguientes problemas de la Guerra contra las Drogas, según sus consideraciones políticas y filosóficas:

¹⁷¹ Szasz Thomas, *Nuestro derecho a las drogas, en defensa de un mercado libre*, New York 1992, p.20

1. *El derecho a mascar o fumar una planta que crece silvestre en la naturaleza, como el cáñamo (marihuana), es previo y más básico que el derecho a votar.*
2. *Un gobierno limitado, como el de Estados Unidos, carece de legitimidad política para privar a adultos competentes del derecho a utilizar las sustancias que elijan, fueren cuales fueren.*
3. *Las limitaciones al poder del gobierno federal, tal como se establecen en la Constitución, se han visto erosionadas por una profesión médica monopolística que administra un sistema de leyes sobre receta médica que, en efecto, ha retirado del mercado libre muchas de las drogas deseadas por las personas.*
4. *De aquí que resulte útil debatir si debe producirse una escalada o una desescalada en la Guerra contra las Drogas, sin primero trabar combate con el complejo mental popular, médico y político sobre el comercio de drogas, generado durante casi un siglo de prohibiciones sobre drogas.*

[...] mientras no estemos dispuestos a trabar combate con las implicaciones paternalistas profundas, y las peligrosas consecuencias antimercado de las leyes sobre receta médica, que discuto en este libro, estamos predestinados a la impotencia frente a nuestro llamado problema con las drogas.”¹⁷²

Encontramos sustento en este autor en lo relativo al reconocimiento de la libertad necesaria para autogobernarnos y el abandono del paternalismo estatal para tomar nuestras propias decisiones. El rol estatal no debe ser reprimir, sino ser un medio al alcance del ciudadano para proteger sus derechos y garantías, y para gobernar el orden social, cuestión que está muy alejada de la decisión personal de consumir y proveerse de drogas para uso médico o recreacional.

1.3.5. Mauricio Bedoya Jimenez, en su análisis de los costos de la Guerra contra las Drogas,

Concluye su total fracaso y aboga por un cambio de paradigmas. Señala *“Ha resultado evidente que la lucha contra las drogas ilícitas ha fracasado; herramientas como la*

¹⁷² Ibid p.28

erradicación de cultivos o la interdicción no han dado los resultados esperados. Para un cultivador resulta sencillo reubicar sus cultivos, el sustituir un insumo por otro no es complicado, es bastante fácil. Cuando se “elimina” del mercado un cartel de drogas aparece otro nuevo e incluso, como en el caso de Colombia, aparecen muchos más. Esta lucha no solamente se ha perdido, también ha generado consecuencias negativas: pérdidas humanas y de recursos naturales, desviación de recursos estatales de inversión social, aparición de pequeños grupos delincuenciales denominados Bacrim y las consecuencias derivadas de estos. La política obtusa de crimen y castigo que hoy gobierna la lucha contra las drogas debe dejar a un lado la criminalización de los consumidores de drogas y los agricultores que participan en el cultivo de drogas; esta política ha tenido resultados nefastos al llenar las cárceles de los países con reclusos que no son los causantes del consumo de las drogas, lo que termina agravando los problemas. El aumento de la población carcelaria por delitos contra las drogas no ha tenido efecto alguno ni en la disminución de los cultivos de las drogas ni en su consumo, más sí en el aumento de problemas relacionados con la salud como es el caso del VIH. Los recursos despilfarrados con este enfoque errado son enormes. [...] Las estadísticas relacionadas con la erradicación de cultivos, los arrestos, las incautaciones o encarcelamientos deben ir acompañados de otros indicadores como la salud pública, la reducción de los daños, reducción de la violencia y aumento del bienestar y demás, que permitirán reorientar las políticas de drogas hacia una dimensión más humana y menos “guerrerista”. Es hora de introducir cambios a las legislaciones vigentes relacionadas con el control de las drogas. Las orientaciones realizadas por la ONU por medio de convenciones confeccionadas hace más de 50 años necesitan ser ajustadas a las nuevas realidades mundiales. El contexto en el cual fueron creadas, ya no tiene nada que ver con el mundo globalizado que hoy nos gobierna.”¹⁷³

Este autor colombiano analiza distintos factores de la realidad colombiana para demostrar el fracaso de esta Guerra, tales como el consumo por edad a través de los años y el comportamiento de los cultivos ilícitos, los cuales no manifiestan mejora no obstante la dura guerra que se ha declarado a esta problemática.

¹⁷³ Bedoya Jiménez Mauricio, *La lucha contra las drogas: el fracaso de una guerra, comienzo de una nueva política*, revista *Drugs and Addictive Behavior*, Vol. 1 N°. 2, Colombia, 2016, p.250

Esto no hace sino demostrar que la Guerra contra las Drogas ha producido daños transversales a las realidades sociales de los distintos países, y es urgente visualizar este problema a nivel internacional e idear un cambio de paradigmas desde los mismos tratados internacionales que han venido a declarar esta Guerra.

2. Realidad nacional

En nuestro país la realidad no es muy distinta: la Guerra contra las Drogas ha fracasado desde múltiples perspectivas, tales como:

2.1. El fracaso respecto al consumo y acceso a las drogas

Podemos concluir que la política implementada, a pesar de la vasta asignación de recursos que se le ha destinado, de la rigurosidad cada vez más drástica de los tipos penales que a ella se ligan, de las campañas estigmatizantes por parte de los organismos llamados a la prevención, y de toda la serie de sucesos y transformaciones que ha traído esta guerra en nuestro país, no ha podido cumplir los objetivos que se ha propuesto.

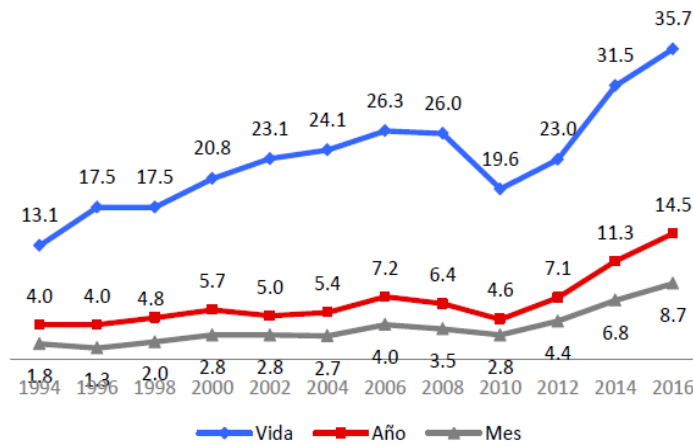
Esto, por cuanto no se observa variación importante respecto del consumo y acceso a las drogas, según aparece de manifiesto en los últimos estudios de drogas de la población general realizados por SENDA.

En estos estudios se miden factores tales como el consumo de drogas en la población, percepción de riesgo y exposición a la oferta de estas sustancias, y es en base a sus resultados que podemos concluir que la Guerra contra las Drogas es una guerra perdida, y como toda derrota en una gran batalla, deja a su paso las consecuencias del rigor y las víctimas directas de su imposición.

En el décimo segundo estudio de SENDA, que toma como muestra aleatoria la población del año 2016, se estudia el consumo de sustancias en base a las tres drogas más comunes en la población: marihuana, cocaína y pasta base.

Respecto a la marihuana, el estudio nos expone un aumento en su consumo en los últimos años:

Gráfico 1: Evolución Prevalencias de Consumo de Marihuana, Chile 1994-2016 (%)



174

En el análisis de la situación expuesta, SENDA concluye que se trata de un aumento de características significativas, y señala: *“Las declaraciones de “consumo de marihuana en el último año” marcan una tendencia ascendente en la década de los 90, para establecerse en una prevalencia peak de 7,2% en 2006 y luego descender hasta establecerse en 2010 con prevalencias bajo el 5%. No obstante, los reportes desde 2010 a la fecha dan cuenta de un aumento sistemático del consumo de esta droga en el país. La prevalencia de “consumo alguna vez en la vida” sube de 31,5% en 2014 a 35,7% en 2016, mientras que la prevalencia de “consumo en el último mes” varía 1,9 puntos porcentuales respecto al estudio anterior llegando a 8,7%. Por segundo estudio consecutivo, estos son los mayores valores reportados en toda la serie y en ambos casos representan un aumento significativo respecto al estudio anterior. Este aumento significativo se observa por tercer estudio consecutivo en ambas prevalencias.”*¹⁷⁵

Así las cosas, respecto a la marihuana, no solo ha fracasado a través de este método la disminución en el consumo, sino que contrariamente a todo pronóstico, el consumo de marihuana aumentó considerablemente desde el año 2010 a la fecha.

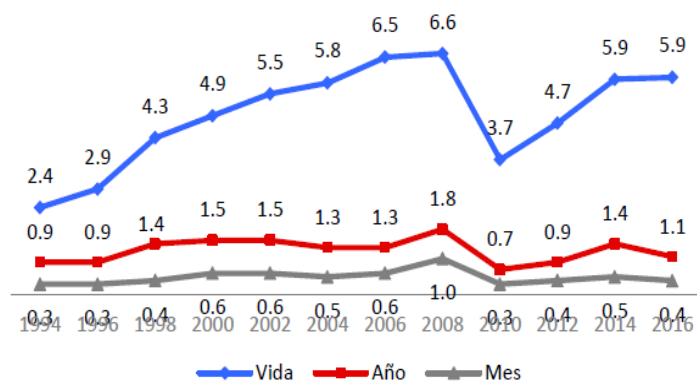
¹⁷⁴ SENDA, *Décimo segundo estudio nacional de drogas en población general de Chile 2016*, Observatorio chileno de drogas, Santiago, 2017, p.30

¹⁷⁵ SENDA, op. cit., 2016, p.30

Por otra parte, respecto al consumo de cocaína y pasta base, el estudio ha arrojado variaciones insignificantes.

En el caso de la cocaína se observa el siguiente comportamiento:

Gráfico 2: Evolución Prevalencias de Consumo de Clorhidrato de Cocaína, Chile 1994-2016 (%)



176

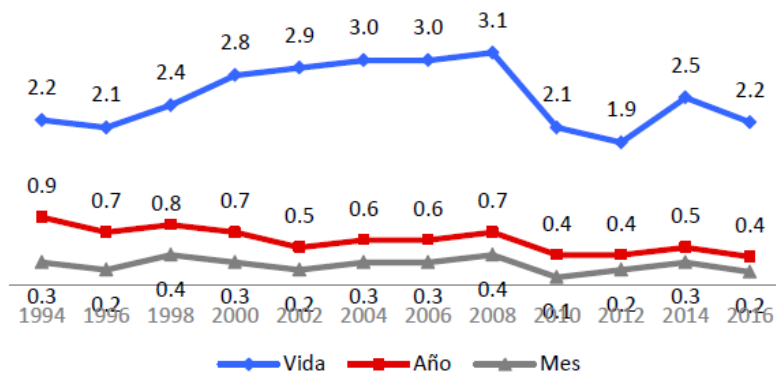
Observamos a partir de este gráfico un descenso en el año 2010, pero nuevamente entre 2010 y 2016 se puede observar un aumento en las cifras. “Las declaraciones de “consumo de cocaína en el último año” vuelven a los niveles de 2010, pasando de 1,4% en 2014 a 1,1% en 2016, siendo esta diferencia no significativa. De esta manera, la magnitud del consumo de cocaína se mantiene entre los menores valores observados en la serie de estudios.”¹⁷⁷

En cuanto al consumo de pasta base, este presenta un comportamiento similar al de la cocaína a través de los años:

¹⁷⁶ SENDA, op. cit. 2016, p.30

¹⁷⁷ SENDA, op. cit. 2016, p.30

Gráfico 3: Evolución Prevalencias de Consumo de Pasta Base, Chile 1994-2016 (%)



178

Como exponemos, tampoco se perciben variaciones significativas de consumo de pasta base en la población general. Señalan los expertos: *“Luego del aumento significativo en la prevalencia de “consumo de alguna vez en la vida” de pasta base del estudio 2014, se observa una disminución de este indicador de 0,3 punto porcentual llegando a 2,2% en 2016, diferencia que no es estadísticamente significativa”*¹⁷⁹

Así las cosas, a partir de los datos estadísticos proporcionados por el Observatorio Chileno de Drogas, podemos concluir que el consumo de marihuana ha tenido un aumento significativo en los últimos años.

Respecto a la cocaína y la pasta base, si bien no se observa un aumento en desmedro de esta política, los recursos que se están utilizando, y el costo social de la misma superan con creces el cumplimiento de los lineamientos que la Guerra contra las Drogas pretende, haciendo de ésta una política altamente costosa e ineficaz para terminar por completo con el tráfico y consumo de drogas en Chile.

Si dicha política fuera eficiente, es claro que existiría a lo menos un decrecimiento con características significativas en los datos estadísticos, cuando en la realidad ha sido

¹⁷⁸ SENDA, op. cit. 2016, p.34

¹⁷⁹ SENDA, op. cit. 2016, p.34

simplemente constante, y en el caso de la marihuana no cabe duda el total fracaso de todos los medios represivos y disuasivos de la Guerra contra las Drogas.

2.2. El fracaso respecto a la percepción de riesgo

Por percepción de riesgo entendemos al porcentaje de la población general que concibe como riesgoso el consumo de las sustancias que forman parte de la muestra.

A este respecto se observa el siguiente comportamiento entre los años 2000 a 2016:¹⁸⁰

Proporción que declara gran riesgo respecto al consumo (%)

	2000	2002	2004	2006	2008	2010	2012	2014	2016
Diario de tabaco	85,5	84,7	82,1	82,0	83,1	83,0	85,6	85,7	84,0
Cinco o más tragos de alcohol al día	86,4	85,7	84,9	83,0	85,4	85,3	87,9	86,9	88,0
Tres o más tragos de alcohol al día									36,0
Experimental de marihuana				46,6	51,8	48,1	46,8	34,4	29,2
Frecuente de marihuana				88,3	84,2	78,9	79,0	67,2	62,8
Experimental de cocaína				69,4	74,5	69,6	74,2	73,7	71,6
Frecuente de cocaína				97,2	95,3	94,0	94,8	94,5	93,7
Experimental de pasta base				77,2	81,1	78,2	81,6	82,7	82,8
Frecuente de pasta base				97,6	96,2	95,3	95,4	95,4	94,4

Analizando los datos proporcionados, podemos desprender un descenso importante del porcentaje de personas que considera riesgoso el consumo de marihuana, tanto experimental como frecuente, bajando en ambos casos con respecto al año anterior un aproximado de 5%, y demostrando con ello una vez más la ineficacia de la política de drogas Chilena en otra de sus aristas.

Sobre el consumo de cocaína y pasta base, se observa respecto al año anterior, una disminución de la percepción del riesgo no significativa, sino más bien estable, pero para los efectos de este análisis crítico de todas maneras nos parece relevante, y refleja claramente que las campañas publicitarias sensacionalistas y la educación entregada sobre consumo de drogas han tenido un rotundo fracaso a la hora de disuadir a la población sobre el riesgo que implica el consumo de sustancias psicotrópicas.

¹⁸⁰ SENDA, op.cit. 2016, p.44

2.3. Fracaso respecto a la disponibilidad de drogas

Por disponibilidad de drogas entendemos la proporción de la población que declara haber recibido un ofrecimiento de droga durante el último año respecto de las mismas sustancias que hemos venido analizando.

En cuanto a la marihuana, este estudio demuestra que la disponibilidad de la droga, es decir la oferta, ha aumentado significativamente en los últimos años:

Proporción de individuos que declaran haber recibido a lo menos un ofrecimiento de marihuana en el último año (%)

Serie	Total	Sexo		Tramos de edad				Nivel Socioeconómico			
		Hombre	Mujer	12 a 18	19 a 25	26 a 34	35 a 44	45 a 64	Bajo	Medio	Alto
2002	13,9	19,9	8,1	19,9	31,1	17,1	7,2	2,2	14,3	12,5	14,6
2004	15,1	20,0	10,4	21,7	35,3	17,4	7,9	2,8	15,6	13,2	16,7
2006	16,0	20,9	11,1	21,5	33,2	20,1	10,6	3,9	14,7	14,8	19,1
2008	15,8	21,0	10,6	25,2	34,7	18,6	7,3	3,8	17,1	13,9	16,9
2010	10,3	13,9	6,7	13,6	25,2	12,8	6,7	2,3	12,4	8,5	11,1
2012	15,7	20,7	10,7	22,9	32,7	18,9	8,3	5,8	16,5	15,8	15,1
2014	18,6	22,2	15,2	25,3	35,4	27,5	13,9	8,2	20,2	17,7	18,7
2016	22,9	28,2	17,6	26,2	47,7	32,0	16,2	10,2	21,9	20,2	25,6

El aumento de la oferta ha sido transversal al sexo, nivel socioeconómico y edad, pues en todos los segmentos se presenta un aumento del ofrecimiento de marihuana.

Respecto a la cocaína, también encontramos un aumento en la oferta:

Proporción de individuos que declaran haber recibido a lo menos un ofrecimiento de cocaína en el último año (%)

Serie	Total	Sexo		Tramos de Edad				Nivel Socioeconómico			
		Hombre	Mujer	12 a 18	19 a 25	26 a 34	35 a 44	45 a 64	Bajo	Medio	Alto
2002	4,4	7,1	1,8	3,1	9,6	7,1	3,3	0,9	4,6	4,5	3,8
2004	5,2	7,7	2,9	3,7	12,2	8,4	3,7	1,1	5,6	4,6	5,3
2006	5,0	7,4	2,6	3,6	8,6	8,5	5,1	1,4	5,5	5,2	4,0
2008	6,4	9,6	3,2	6,2	12,1	9,0	4,3	3,1	7,5	6,0	5,5
2010	3,0	4,8	1,1	2,2	6,0	5,4	2,6	1,0	4,5	2,3	2,8
2012	4,8	7,1	2,5	3,9	9,8	7,5	2,6	2,6	6,3	5,2	3,5
2014	5,2	7,2	3,2	4,7	9,1	7,9	4,9	2,7	7,5	5,6	3,6
2016	6,1	9,0	3,2	3,8	11,6	9,5	5,6	3,3	8,1	6,4	4,9

El aumento no es tan grande como en el caso de la marihuana. En este caso aumenta casi un 1% en relación al año anterior.

Respecto a la pasta base, la proporción del ofrecimiento de la droga se ha mantenido estable respecto al año anterior:

Proporción de individuos que declaran haber recibido a lo menos un ofrecimiento de pasta base en el último año (%)

Serie	Total	Sexo		Tramos de Edad				Nivel Socioeconómico			
		Hombre	Mujer	12 a 18	19 a 25	26 a 34	35 a 44	45 a 64	Bajo	Medio	Alto
2002	2,8	4,7	1,0	2,8	5,7	3,9	2,4	0,7	4,1	2,1	1,4
2004	3,9	5,7	2,2	4,8	7,9	4,7	3,1	1,0	5,6	3,1	2,0
2006	4,0	6,1	2,0	3,5	6,0	5,4	4,3	2,0	5,5	3,9	2,0
2008	3,9	5,8	2,1	4,7	7,7	4,4	3,3	1,5	5,4	3,4	2,7
2010	2,6	4,2	1,2	2,5	5,5	3,6	1,9	1,3	4,9	2,1	1,9
2012	2,8	4,4	1,2	2,6	5,0	4,1	1,7	1,8	4,5	3,1	1,5
2014	2,7	4,0	1,4	2,7	3,8	3,7	2,6	1,8	4,7	2,8	1,5
2016	2,8	4,4	1,2	2,6	4,8	3,3	3,0	1,7	5,2	3,2	1,3

En este caso, solo aumentó 0,1%.

Analizada entonces la información de estos acápites, podemos concluir el total fracaso de la Guerra contra las Drogas en nuestro país.

En primer lugar ha habido un aumento significativo y transversal en el caso de la marihuana, tanto en su consumo, como en la oferta de dicha sustancia. Además también hubo un descenso significativo en la percepción del riesgo entre los años 2014 y 2016.

En cuanto a la pasta base y la cocaína, el comportamiento de la población ha sido similar, el consumo se ha mantenido estable, la percepción del riesgo ha descendido en una proporción no significativa, y la oferta ha sido un poco más importante en la cocaína que en la pasta base, aunque ninguna de estas variantes ha presentado cambios de consideración.

Como vemos, en ninguno de los tres aspectos a evaluar, a saber: el consumo, la percepción del riesgo y la oferta de drogas, ha habido tendencias a favor de la eficacia de esta política criminal. No ha habido ninguna disminución de consumo entre 2014 y 2016, ni tampoco de la oferta. Además ha habido una disminución en la percepción del riesgo de utilización de estas sustancias. En el caso de la marihuana, cabe destacar, todas las variantes presentan cambios importantes en relación al año anterior y en contra de la efectividad de estas medidas represivas.

2.4. Gastos excesivos, prioridades mal enfocadas

Como vimos a lo largo de esta memoria, los costos de la Guerra contra las Drogas implican una gran parte del presupuesto nacional.

Los cálculos nos indican que en la fase represiva se gastó para el año 2014 a lo menos **\$69.014.580.308** (*sesenta y nueve mil catorce millones quinientos ochenta mil trescientos ocho pesos*), y en la fase preventiva y de tratamiento, en este mismo año se gastó **\$45.377.030.933** (*cuarenta y cinco mil trescientos setenta y siete millones, treinta mil novecientos treinta y tres pesos*). La suma de ambas cifras, que representa el costo total que lleva la aplicación de esta política criminal es de **\$114.391.611.241** (*ciento catorce mil trescientos noventa y un mil millones seiscientos once mil doscientos cuarenta y un pesos*).

Sin embargo, la cuantiosa asignación de recursos públicos que se ha destinado a este fin no resulta justificada, lo que queda de manifiesto al analizar los datos estadísticos que miden las variables que este gran presupuesto pretende abordar.

Como vimos en el acápite anterior, no ha disminuido el consumo de drogas; es más, en el caso de la marihuana ha aumentado considerablemente. Tampoco ha habido una disminución del narcotráfico, pues la oferta de drogas en el tiempo se ha mantenido estable e incluso ha aumentado significativamente para el caso de la marihuana. Finalmente la población cada vez percibe como menos riesgoso el uso y consumo de dichas sustancias.

Así las cosas, no nos queda más que concluir que los enfoques y las prioridades que esta política se ha atribuido son totalmente ineficientes y no cumplen los roles propuestos.

Ha quedado constatado que la cárcel no ha sido un mecanismo eficaz ni para erradicar el narcotráfico ya existente, ni tampoco para prevenir la comisión de estos delitos por la población, dada las altas tasas de reincidencia en la población penitenciaria y la estabilidad de la oferta de drogas en los últimos años.

Por otra parte, respecto a los tratamientos, hemos visto que se ha logrado aumentar progresivamente el logro terapéutico en sus resultados, sin embargo constatamos que la base misma de la prevención y del tratamiento está también contaminada de esta fiebre prohibicionista, por lo que la educación, los tratamientos y la publicidad vienen con un enfoque erróneo desde sus cimientos, careciendo de la objetividad que estos temas requieren.

Dicho lo anterior es que creemos que el presupuesto es considerable pero las estrategias son deficientes y es necesario elaborar una política pública de drogas acorde a la realidad chilena.

Teniendo el presupuesto suficiente para tratar esta temática, no nos queda más que abogar por un nuevo enfoque presupuestario, orientado al apoyo al individuo, a su rehabilitación y a la disminución de los daños generados por la adicción a las drogas.

2.5. Fracaso en el apoyo al individuo: Estigmatización de los usuarios a través de cárcel y campañas

La Guerra contra las Drogas ha estigmatizado a la población desde los dos aspectos que pretende abordar. Por un lado el encarcelamiento excesivo basado en el paradigma de una sociedad libre de drogas, los tipos penales rígidos, la tolerancia cero frente a las conductas relacionadas a las sustancias psicotrópicas, entre otras cosas, no hacen más que producir daño en la población y segregar a los ciudadanos.

A través de datos estadísticos por ejemplo, constatamos que la resocialización se ve profundamente impedida en su mayor medida por la existencia de antecedentes penales, los que provocan la imposibilidad de encontrar un trabajo, la discriminación en el barrio y en la sociedad misma por haber pasado por la cárcel y esa sensación de antisocialidad, de no ser parte de este sistema. A causa del daño psicológico, el sujeto continúa aislándose y reconociéndose como antisocial, lo que en gran parte de los casos lo lleva a permanecer en el círculo delictivo y finalmente reincidir.

Por otra parte, también hay un gran estigma en el aspecto preventivo y rehabilitador, pues como vimos, la educación carece de una base objetiva y científica por estar cargada de prejuicios y adoctrinamientos externos, y las campañas publicitarias que salen en la televisión y pretenden llegar a toda la población, de todas las edades, están también cargadas de falacias y resultan totalmente sensacionalistas.

Estas propagandas vinculan inmediatamente el uso y consumo de sustancias con la delincuencia, con el crimen organizado y con la seguridad interior del Estado mismo. Sin ir

más lejos, no olvidemos que en el mensaje presidencial de las legislaciones de drogas se señala que es un peligro incluso para las instituciones democráticas del país.

De esta manera también se segrega la sociedad, se discriminan los sectores de bajos recursos, se utiliza el miedo, el prejuicio, el sensacionalismo y amarillismo popular para convencer a la gente desde una perspectiva emocional y subjetiva y no desde la perspectiva científica que requiere esta temática.

El Estado ha reconocido una esfera libre del ciudadano para disposición de sus propios bienes jurídicos, pero a la vez influye en el libre consentimiento de los actos privados a través de la manipulación mediática.

Incluso recientemente, el 19 de Junio de 2018 se ha legalizado el uso recreativo de la marihuana en Canadá, mientras que en Chile salen propagandas como “vuelve a ser inteligente, no fumes marihuana”, fiel reflejo de la desinformación que se quiere producir.

Así las cosas, esta realidad ha sido profundamente dañina para sociedad, se ha manipulado el libre consentimiento de los actos propios y se ha intervenido en la disposición de bienes jurídicos disponibles. Se ha criminalizado, llenado las hacinadas cárceles de más y más condenados, y se ha puesto el estigma de delincuente en quienes hacen uso de su libertad en la esfera privada. Lo anterior viene a romper la paz y armonía social, dividiendo a sus miembros y estancando el progreso nacional.

Más grave aún se vuelve todo esto que hemos venido analizando si recordamos que las cifras no indican ningún resultado favorable que justifique la aplicación de esta política criminal que tan dañina ha sido para sociedad chilena.

2.6. Fracaso en el contenido normativo

De acuerdo a lo estudiado en el capítulo V de este trabajo, podemos concluir que al interior de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se dan situaciones gravemente atentatorias a ciertas garantías fundamentales del Estado de Derecho, tales como el debido proceso, la igualdad ante la ley y el derecho a defensa.

La ley 20.000 se muestra como una ley poco garantista para los ciudadanos. En primer lugar, sus imprecisiones normativas no han permitido más que la manipulación de los tipos penales por parte de los organismos represores, vulnerando profundamente la certeza jurídica mínima a la que se aspira en un Estado de Derecho. *“la consecuencia de esta indeterminación es, como ha señalado Cisternas, la incapacidad por parte del imputado y el resto de los operadores del sistema de prever la gravedad de la sanción que recaerá sobre el individuo acusado de traficar, con las implicancias ya descritas para la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Por otro lado, y particularmente en relación a la defensa técnica de los imputados, dificulta la elaboración de una estrategia que optimice de manera adecuada los intereses del inculgado, en particular por las relevantes notas de incertidumbre sobre los factores que determinarán en el juez la decisión sobre la calificación jurídica de la conducta imputada.”*¹⁸¹

La indeterminación conceptual y la falta de certeza jurídica que aqueja a los tipos penales que se establecen en la ley 20.000 es aberrante, y demuestra la falta de dedicación por parte del legislador en la propia redacción de la ley.

Cuestiones como la ley penal en blanco, la indeterminación de conceptos, la inversión de la carga de la prueba, la restricción de beneficios penales, la restricción a la defensa jurídica de los imputados en el artículo 61 de dicha ley, y todas las lagunas legales que se muestran, representan a todas luces una expresión de la política criminal de Guerra contra las Drogas impuesta por EEUU para ellos mismos y para los países latinoamericanos, olvidándose de asistir a los ciudadanos adictos y llenando las cárceles de condenados que muchas veces han caído en prisión por criterios arbitrarios y poco objetivos.

Llama la atención en este escenario, la inversión de la carga de la prueba como vulneración evidente de la presunción de inocencia que se encuentra en los tratados internacionales ratificados por Chile y la discriminación en el trato de los imputados cuando se ha de aplicar la ley 18.216, que no se justifica como excepción al principio de igualdad ante la ley, también de rango constitucional.

¹⁸¹ Defensoría Penal Pública, Centro de documentación, *op. cit.*, p.49

Tampoco hay justificación alguna para dificultar el derecho a la defensa al poner en una lista negra de la Contraloría General de la República, a los abogados que participen como defensores en este tipo de causas, con el objeto de que no puedan ejercer cargos públicos, entre otras arbitrariedades e inconsistencias.

Se puede observar total descuido del legislador en la redacción del tipo, cuando en el artículo 50 de la referida ley, hace punible el consumo de sustancias psicotrópicas en forma grupal previamente concertada, pero el mismo consumo grupal no es penado si éste no ha sido previamente concertado.

Lo mismo sucede con el hecho de que el consumo atípico esté permitido y se sancione duramente cualquier forma de aprovisionamiento, o la circunstancia de establecer conceptos que son fácilmente manipulables como “pequeñas cantidades de drogas”, sin establecer gramaje o cantidad alguna, ni siquiera un parámetro de comparación, pues sabemos que las cosas pueden ser infinitamente grandes o pequeñas en sí mismas.

De igual forma, la ley no da ningún parámetro para establecer cuando nos encontramos frente a un consumo exclusivo personal y próximo en el tiempo, que es la única forma de eximirse de las sanciones penales privativas de libertad para justificar una acción libre y atípica en disposición de los bienes jurídicos disponibles.

Cuestiones como éstas nos demuestran la poca seriedad de esta ley y nos permiten concluir categóricamente el fracaso de la técnica legislativa utilizada, toda vez que no existe adecuación entre la normativa interna y las garantías establecidas por nuestra Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile.

Es necesario visualizar esta problemática nacional para tener claridad sobre la cuestión, y buscar así una pronta solución, que no se puede llevar a cabo sin una renovación de la política criminal y una modificación a la ley 20.000 que permita que se respeten las garantías fundamentales con las cuales Chile ha asumido un compromiso.

2.7. Evolución social en otro sentido

La ley debe encargarse de regular las acciones de los ciudadanos en pos del mantenimiento del orden público y la paz social, pero no puede desconocer los cambios sociales que se han ido gestando con el pasar del tiempo. Por el contrario, son justamente estos cambios sociales los que han de propiciar las reformas legislativas, lo que nos lleva a plantear la necesidad de que sea la ley la que se adapte a los cambios sociales y no pretender cambiar a la sociedad mediante normativas.

Sabemos que vivimos en una sociedad dinámica, donde la moral y las buenas costumbres se transforman en nuevos paradigmas a medida que van cambiando las generaciones.

Hoy por hoy, no resulta posible desconocer el cambio en la perspectiva sobre el uso de drogas, y particularmente sobre el uso de marihuana, tanto recreacional como medicinal, lo que se ve reflejado de diversas formas, tales como:

Podemos apreciar el **surgimiento de diversas instituciones** de carácter privado promotoras del uso del cannabis medicinal, tales como **Fundación Daya** o **Mamá Cultiva**, quienes han cumplido un rol político mediático no menor en cuanto a la visibilización del problema relativo a la política de drogas.

En este sentido, la necesidad de tratamiento de determinadas patologías, tales como epilepsia refractaria, esclerosis múltiple, alzheimer, fibromialgia, parkinson, entre muchas otras, con cannabis, es decir, la discusión sobre cannabis medicinal, ha venido a representar una suerte de puerta de entrada para una discusión más profunda sobre política de drogas.

Además, en el último tiempo, se ha producido una aparición y expansión masiva de los denominados “**Grow-Shop**”, tiendas especializadas en productos relativos al cultivo de marihuana, lo que incluye semillas, sustratos, fertilizantes, aparatos de medición, etc. Incluso, más recientemente, han aparecido tiendas dedicadas al cultivo de otras especies vegetales, tales como hongos o cactus.

En esta misma senda, hemos visto gestarse a la **marcha Cultiva tus Derechos**, la que año tras año convoca una cantidad increíblemente multitudinaria de personas de todas las edades, etnias y clases sociales. A saber el año 2018 se estima que hubo alrededor de diez mil personas participando del evento. Algunos han afirmado que se trata de la marcha más multitudinaria de todo el mundo.

Finalmente, es del todo relevante mencionar que se han promovido dos importantes **iniciativas normativas** en la materia:

- **Boletín 11327-11**, Proyecto de ley que Modifica el Código Sanitario para incorporar y regular el uso medicinal de productos derivados de cannabis: Se trata de un proyecto de ley que pretende modificar el Código Sanitario con el fin de permitir el cultivo de cannabis para el tratamiento de enfermedades, previa orden médica que así lo determine, generando una protección para quienes cultivan con fines medicinales. Este boletín fue ingresado el 12 de Julio de 2017 y aprobado en general por la cámara de Diputados el 22 de Marzo de 2018 por 103 votos a favor, 1 en contra y 11 abstenciones. Actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional.
- **Boletín 9471-11 refundido con el 9496-11**, Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario y la Ley 20.000, que sustituye la Ley 19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, con el objeto de legalizar el autocultivo de cannabis para el consumo privado y despenalizar su expendio y cultivo para fines medicinales: Este proyecto, de carácter más amplio, permite el porte de un máximo de 10 gramos para consumo privado sin autorización previa y el cultivo personal que no exceda de seis plantas o de un total de un metro cuadrado en interior con luz artificial, además de la tenencia de un máximo de quinientos gramos, en un mismo y único domicilio. Además, no se restringe al cultivo de cannabis, sino que a todo tipo de plantas, fungis o especies vegetales con efectos psicoactivos, y determina como fines válidos para cultivar los espirituales, medicinales y recreativos. Este proyecto fue ingresado el 23 de Julio de 2014 y fue aprobado en general por la Cámara de Diputados el 7 de Julio de 2015, con 68 votos a favor, 39 en contra y 2 abstenciones. Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional, puesto que volvió a la Comisión de Salud para emitir segundo informe.

Así las cosas, es del todo claro que la sociedad evolucionó en un sentido inverso al deseado por la política criminal de Guerra contra las Drogas, llegando incluso a dar espacio a la gestación de iniciativas legales que pretenden modificar la ley 20.000 y el Código Sanitario. Esta orientación parece ser la única plausible para conseguir que la norma represente la sociedad en que vivimos.

A lo largo de esta memoria hemos visto un costoso gasto estatal para financiar esta política, hemos visto propaganda sensacionalista y discriminadora, también hemos observado rígidos tipos penales encaminados al castigo, y luego de todos estos abrumadores resultados nos preguntamos ¿por qué se sigue implementando una política criminal tan dañina para la armonía, convivencia y paz social, si los resultados demuestran su total fracaso?

PROPUESTAS: UNA NUEVA POLÍTICA DE DROGAS PARA CHILE

1. Cambio en la política criminal de drogas: de prohibicionismo a reducción de daños

Después de un vasto análisis de la problemática relativa a las drogas, nuestra principal propuesta es un cambio de paradigma en la política criminal imperante, abandonando el camino del prohibicionismo para adentrarnos en una **política criminal de “reducción de daños”**.

A lo largo de esta memoria, analizamos esta política de drogas, cuyo principal exponente podemos encontrarlo en Países Bajos (Holanda), país que ha conseguido resultados positivos, expresado en la disminución en el consumo de drogas y la escasez de reos en las cárceles.

Los **dos ejes centrales** que han de llenar de contenido esta nueva perspectiva en cuanto a política criminal son: **centralidad en la salud pública y disminución de la respuesta punitiva** y carcelaria frente al problema de las drogas.

Es importante dejar de manifiesto que si bien la política criminal prohibicionista señala como su fundamento la protección de la salud pública, esto no es más que un enunciado carente de asidero en la realidad, puesto que bien sabemos que su foco ha estado en abordar el problema como una cuestión de seguridad nacional.

Un enfoque de salud pública no dice relación con el castigo sino con el individuo y la minimización de las consecuencias indeseadas del uso de drogas para la sociedad.

Francisco Becerra, Subdirector de la Organización Panamericana de la Salud, señaló:

“Para la salud pública, el abordaje del uso de sustancias y sus consecuencias, se centra en la persona y su derecho a la salud. Esto se da desde una dimensión colectiva que incluye a consumidores y no consumidores, en sus contextos sociales, con diferentes grados de vulnerabilidad. Esta complejidad demanda intervenciones dentro de un amplio rango, las cuales tienen al sector salud como eje central, pero requiriendo de una respuesta coordinada multisectorial, con participación de la sociedad civil.

El enfoque de salud pública se centra en la persona consumidora como alguien con una enfermedad que requiere de tratamiento médico y apoyo psicológico, el cual debe ser extendido a su entorno familiar y en ocasiones al laboral. De igual manera, la despenalización del individuo consumidor es fundamental a fin de poder dar tratamiento a su adicción, la cual debe ser considerada como una patología que requiere ser tratada de manera integral a fin de apoyarle para su reinserción familiar y laboral.

La OPS tiene el compromiso de fortalecer el enfoque de salud pública en el abordaje del uso de sustancias psicoactivas en las Américas, haciendo accesibles los recursos para prevenir y tratar los problemas relativos al uso de sustancias de forma oportuna y con calidad, y facilitando una completa reintegración social. Esta constituye una meta que va en armonía con la visión del acceso universal a la salud”¹⁸².

Esto se condice con la **perspectiva científica de la adicción** que desarrollamos latamente a lo largo de estas páginas, en que se entiende que ha de trasladarse el centro de interés desde la sustancia hacia la persona y su entorno para solucionar el problema de la adicción.

Ahora bien, respecto del segundo eje central de un modelo de reducción de daños, cuál es la disminución de la respuesta punitiva y carcelaria frente al tema de las drogas, es decir, la **descriminalización del individuo**, entendemos que en todos aquellos casos en que el consumo de drogas no represente adicción, y no produzca daños a terceros, se trata de una cuestión estrictamente moral que debe dejarse en manos de cada individuo libre. Cabe destacar

¹⁸²Becerra Francisco, Subdirector Organización Panamericana de la Salud, *Por una Política Hemisférica de Drogas de Cara al Siglo XXI*, Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos, Documento preparado por la Secretaría General para la 46 Asamblea General Extraordinaria de la Organización de los Estados Americanos (OEA) Ciudad de Guatemala, 2014, p.14

en este punto, que-como dijimos- la salud individual es un bien jurídico disponible, y por tanto, excede a las facultades del Estado ejercer paternalismo en estos casos.

De esta manera, si bien el consumo de drogas en Chile no es típico y antijurídico, es necesario que los actos preparatorios que permiten el consumo sean totalmente legalizados y regulados, figuras como el porte/falta y el cultivo deben ser reguladas de manera orgánica y lógica para no hacer del consumo algo meramente ilusorio. En este sentido es que se ha manifestado la mayor parte de la jurisprudencia considerando muchas veces que bajo ciertas circunstancias el porte y el cultivo no son punibles, no obstante el texto de la ley.

A mayor abundamiento, en este mismo sentido, encontramos los consensos establecidos en el **Informe sobre el problema de las drogas en las Américas**¹⁸³, elaborado por la OEA, el que nuestras Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno encargaron elaborar en la Sexta Cumbre de las Américas celebrada en Cartagena de Indias, Colombia, en abril de 2012.

El encargo, comunicado por el Presidente de la Cumbre, Juan Manuel Santos, fue categórico: había que elaborar un informe abierto, completo, que develara los claroscuros de lo actuado hasta el momento en materia de drogas, sin ocultar los temas sensibles y sin temor a romper tabúes, para abrir el camino a nuevas formas de encarar el fenómeno¹⁸⁴.

En sólo 16 meses, el Informe logró abrir la puerta a una discusión abierta, tan franca como inédita sobre todas las opciones disponibles en la búsqueda de políticas más eficaces para enfrentar el problema de las drogas en el continente.

En cuanto al fondo del asunto, se llegó a **4 consensos**:

- **El problema de drogas se debe abordar con un enfoque de salud pública**

¹⁸³ Organización Panamericana de la Salud, *Por una Política Hemisférica de Drogas de Cara al Siglo XXI*, Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos, Documento preparado por la Secretaría General para la 46 Asamblea General Extraordinaria de la Organización de los Estados Americanos (OEA) Ciudad de Guatemala, 2014.

¹⁸⁴ Becerra Francisco, op. cit.

Se entendió que era absolutamente contradictorio tratar al drogodependiente como un enfermo y, al mismo tiempo, penalizarlo por su consumo o por haber cometido un delito relacionado con éste. Por la misma razón, se insiste en que se debe buscar activamente alternativas al encarcelamiento para las personas que constituyen el último eslabón de la cadena de distribución. Al mismo tiempo, se esgrime que la opción de la despenalización del consumo personal –ya adoptado por 12 países de nuestro hemisferio- debía estar bajo consideración seria como opción para aquellos que no lo han hecho.

EL criterio en cuestión recibe el nombre de “enfoque de salud pública”, y se señala que es aquel que ha terminado por imponerse como consenso en nuestros países y entre nuestros Estados.

- **Se deben implementar reformas judiciales orientadas a proveer alternativas al encarcelamiento**

Se señala que la aplicación de leyes severas sobre drogas ha disparado la tasa de encarcelamiento en muchos de nuestros países, contribuyendo a un grave hacinamiento en las cárceles. Por otro lado, el consumo no se detiene en el umbral de nuestras prisiones, con lo que el problema de raíz en ocasiones no se aborda (ni se trata cuando hay dependencia de drogas) en ninguna de las fases del proceso judicial y/o penal.

- **El delito organizado transnacional es un actor principal en el problema de drogas**

Se señaló en el Informe, que además del daño a la salud, el proceso de producción, tráfico, venta y consumo de drogas ha generado un negocio ilícito que atenta contra la seguridad, el bienestar humano y material de nuestros ciudadanos y contra la integridad de nuestras instituciones. El Informe agrega que tal actividad ha propiciado el surgimiento o fortalecimiento de gigantescas redes criminales transnacionales, que han terminado por expandir sus acciones a otras áreas delictivas a un grado que lleva a pensar que ni siquiera la desaparición de esa economía ilegal podría poner ya fin a su acción criminal.

Existe consenso en nuestra región que esas redes criminales, que hemos tipificado como delito organizado transnacional, deben ser prevenidas y combatidas en un contexto de cooperación internacional.

- **Es indispensable fortalecer las instituciones judiciales y de orden público**

Se señala en el Informe que en muchos países de nuestro hemisferio, pero particularmente en aquellos que pueden ser caracterizados como de tránsito de drogas controladas, existe una importante debilidad de las instituciones del Estado, que es agudizada por la acción corruptora de las propias organizaciones criminales y que permite que esas organizaciones acentúen el uso de la violencia como forma principal de operación de sus actividades.

En esas condiciones, se entiende entonces que la violencia se convierte en el único instrumento para resolver las disputas con sus competidores y para imponer su poder sobre la comunidad y muchas veces sobre el propio Estado.

En conclusión, considerar al adicto como una víctima, no como un delincuente, y postular que la despenalización del consumo de drogas debe ser la base de cualquier estrategia de salud pública, además de plantear la necesidad de legalizar el consumo de marihuana fueron algunas de las más importantes sugerencias que la OEA hizo a sus Estados miembros a través del “Informe sobre el problema de las Drogas en las Américas”¹⁸⁵.

A su vez, grupo de **expertos de London School of Economics and Political Science**, en economía de las Políticas sobre drogas señalan en su informe *Acabando con la Guerra contra las Drogas*¹⁸⁶ que es hora de redirigir los recursos masivamente hacia políticas efectivas basadas en evidencias, apuntaladas por un riguroso análisis económico.

Aducen que Las Naciones Unidas han intentado aplicar durante demasiado tiempo un enfoque represivo de “receta única para todos” y que este organismo debe ahora liderar la defensa de un nuevo marco de cooperación internacional basado en la aceptación fundamental de que políticas diferentes funcionarán para países y regiones distintos.

¹⁸⁵ Matamala Alexis, op. cit., p.33

¹⁸⁶ Grupo de expertos de LSE en economía de políticas sobre drogas, op. cit., p.2-14

Esta nueva estrategia global sobre drogas debe basarse en principios de salud pública, reducción de daños, reducción de impactos creados por mercados ilícitos, expansión del acceso a medicinas esenciales, minimización del consumo problemático, experimentación regulatoria rigurosamente monitoreada, y un decidido compromiso con los principios de derechos humanos.

Este grupo de expertos, parten de la base que un sistema global que predominantemente estimula políticas que transfieren los costos de la prohibición hacia países más pobres de producción y tránsito, tal como lo hace el sistema actual, resulta ser un medio ineficaz e insostenible para controlar las drogas en el largo plazo, y es por ello que los Estados pueden empezar a embarcarse en una nueva estrategia mediante:

- El **establecimiento de prioridades dramáticamente nuevas para recursos**, abandonando la aplicación de la ley y la interdicción, y orientándose hacia políticas centradas en la salud pública para la reducción de daños y la provisión de tratamiento. La prioridad debe recaer en garantizar que los servicios para tratamiento y reducción de daños reciban plenos recursos para cubrir las necesidades.
- La **medición rigurosa y el reporte del gasto total** derivado de las políticas sobre drogas en los presupuestos nacionales, y la identificación de las áreas donde se dirige este gasto.
- El **diseño de medios más efectivos para mitigar los daños** causados por los mercados de drogas.

De esta manera, señalan que la base del asunto ha de ser la participación en la experimentación regulatoria amplia y vigorosamente monitoreada para desarrollar la base de evidencia empírica alrededor de este tema, y el discernimiento de cuáles políticas funcionan y cuáles no. Las decisiones de regularizar el cannabis en los EE.UU. (a nivel sub-nacional), y en Uruguay y Canadá (a nivel nacional) constituyen un paso positivo en este sentido. La experimentación regulatoria referida a nuevas sustancias psicoactivas (NPS) también resultará provechosa.

A estas alturas la conclusión se nos presenta como obvia: es imperioso reevaluar la política criminal que ha imperado hasta hoy, y realizar avances en un sentido diverso, que apunte hacia

un cambio de paradigma en que se privilegie a la salud por sobre la criminalización, lo que debe ir acompañado de una reestructuración presupuestaria que permita llevar a cabo los cambios requeridos.

2. Un nuevo enfoque presupuestario

Para llevar a cabo el cambio de paradigma en la política criminal, es necesario que se produzca un cambio en la destinación de recursos.

En el IV capítulo de la presente memoria, basado en estadísticas oficiales, revisamos en extenso los costos que el prohibicionismo representa para el Estado de Chile y distinguimos entre el presupuesto destinado a **prevención y rehabilitación** de drogas por una parte, y a **represión** por otra.

En cuanto al costo por concepto de **represión**, se incluyen los costos de mantención de los individuos en la cárcel, y las campañas publicitarias que se han realizado para “desincentivar” el consumo, sin considerar aquellas cifras empleadas en procedimientos judiciales que no terminan en reclusión.

Concluimos que el Estado de Chile, sólo por concepto de mantenimiento de presos en cárceles y financiamiento de campañas publicitarias, gastó en el año 2014 **\$69.014.580.308** (*sesenta y nueve mil catorce millones quinientos ochenta mil trescientos ocho pesos*).

En cuanto a **prevención y rehabilitación** de drogas en cambio, según datos del año 2014, se gastó **\$45.377.030.933** (*cuarenta y cinco mil trescientos setenta y siete millones, treinta mil novecientos treinta y tres pesos*).

Lamentablemente es muy difícil cuantificar los gastos totales que la Guerra contra las Drogas representa para el Estado de Chile, sin embargo, lo que sí es evidente es que el costo es elevadísimo al tiempo que no cumple sus objetivos.

Por otra parte, también es claro que el presupuesto destinado a prevención y rehabilitación de drogas no es suficiente, y que no existen mecanismos institucionales apropiados para que los individuos adictos logren rehabilitarse a través del sistema judicial chileno. Por otro lado, la

brecha que existe entre el presupuesto destinado a la prevención y el destinado a las represión es de todos modos a considerar.

Un cambio de paradigmas que considere al consumidor como ser humano ejerciendo su autonomía, a un adicto como enfermo y no como criminal, y que esté orientado a disminuir los daños más que moralizar a la sociedad, debe necesariamente destinar menos recursos a la esfera punitiva (sólo criminalizar a aquellos individuos que realmente representen un riesgo para la sociedad y particularmente a la salud pública) y más a la prevención y rehabilitación.

3. Reforma a la ley 20.000

3.1. Determinación de conceptos

Es de vital importancia que el legislador ate los cabos sueltos de la actual legislación en materia de drogas, y venga a poner fin a la ambigüedad normativa.

A lo largo de la memoria hemos analizado indeterminaciones conceptuales en artículos sumamente trascendentales para el juzgamiento de los sujetos, lo que ha provocado vulneración de garantías constitucionales reconocidas tanto nacional como internacionalmente.

Es por ello que para comenzar con un cambio de paradigma hay que también comenzar con cambios legislativos que se ajusten a las nuevas realidades sociales, y la ley 20.000 debe ser blanco de modificaciones sustanciales, pues es evidente expresión del prohibicionismo. El sentido del derecho, según nuestra opinión, debe consistir en la regulación de conductas ya establecidas para lograr una mayor armonía en la convivencia de los ciudadanos, y no debe ser un instrumento de control para establecer una moral determinada.

En concreto, creemos que es necesario de manera urgente precisar ciertos conceptos que utiliza la ley para dar mayor certeza a los tipos penales aplicables. Consideramos imperiosa la necesidad de especificar los siguientes conceptos:

- En primer lugar, a qué se refiere el legislador cuando establece que el sujeto será imputado por microtráfico y no por tráfico, cuando porte “**pequeñas cantidades de drogas**”, obteniendo una pena más benigna.

Es necesario que el legislador especifique a que se refiere con “pequeñas cantidades” de drogas, porque tan sólo la precisión de este concepto puede determinar el tipo penal aplicable con su consecuencia no menor en cuanto a las penas.

- La segunda cuestión que a nuestro juicio requiere especial urgencia, es la determinación de los conceptos “**exclusivo personal y próximo en el tiempo**”, que se encuentran en la misma situación del concepto de “pequeñas cantidades”, es decir indeterminado, y la sola significancia de este concepto permitiría eximirse de una pena por determinar esta sola circunstancia si la conducta que se juzga es o no típica.

“Aquí conviene, entonces, reflexionar acerca de la técnica usada por el legislador de la Ley N° 20.000, que en su artículo 4° señala que cuando se justifique que el consumo es personal y próximo en el tiempo no será sancionado. Entonces, la deficiente técnica legislativa impide al ciudadano concretar lo que se supone quiso expresar el legislador: la legitimidad del consumo”¹⁸⁷

Por otra parte, consideramos que la ley debe establecer **más que un criterio de cuantía** para determinar si se trata efectivamente de un consumidor y no de un microtraficante. De esta manera, además del establecimiento de un gramaje, debería también establecer la influencia que debe tener en el criterio judicial, la manera en que se porta la droga, por ejemplo, si esta se encontrara dosificada, o la pureza de ésta, entre otros factores que nos permitan definir el destino real de la droga.

Así las cosas, *“la intensificación de la persecución penal de fenómenos delictivos concretos - como el microtráfico- y las herramientas privilegiadas que la Ley N° 20.000 entrega a la persecución penal exigen una clara determinación de cuáles son las conductas objeto de investigación y juzgamiento. Sin fronteras claras entre lo lícito e ilícito, más persecución sólo*

¹⁸⁷ Schubert Georgy, *Duda Razonable. Las diversas dimensiones del debate sobre la ley N° 20.000*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014, p.5

tendrá expresión en el ámbito de lo indeterminado, incrementando la arbitrariedad en la aplicación de la ley.”¹⁸⁸

Finalmente, queremos incorporar dentro de los cambios importantes, que se modifique el **artículo 63 de la ley 20.000**, pues no se le puede otorgar a un **reglamento** la potestad de definir, “las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1º, 2º, 5º y 8º de la ley.”¹⁸⁹ , “*El reglamento de la ley se encuentra en el decreto 867 de 2007, y en él se encuentran tipificadas tanto sustancias psicoactivas como precursores químicos para su elaboración. También se establece un procedimiento administrativo para obtener permiso del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) para cultivar especies vegetales que sean psicotrópicas.*”¹⁹⁰

Al delegarle la especificidad de un tipo penal a un reglamento, estaríamos frente a una **ley penal en blanco**, como lo explicamos en su oportunidad, lo que pugna nuevamente con garantías como el principio de legalidad. Es bien sabido que la misma ley es la que debe determinar con claridad la conducta típica, y no delegar esta tarea a un reglamento, y además esto se traduce en permitir la manipulación del poder ejecutivo en temas legislativos.

En este mismo sentido se pronuncia Eduardo Vergara, que señala: “*La Ley N° 20.000 no puede seguir siendo usada como una herramienta de control social principalmente hacia jóvenes, mujeres y quienes menos tienen. En el caso de quienes merecen castigo, la prioridad debe ser velar por la proporcionalidad de las penas. Esto es importante para proteger a los más vulnerables y asegurar que personas no sufran de castigos injustos, excesivos o violaciones a sus derechos por haber incurrido en actividades como el simple uso de drogas o el transporte de éstas para su uso o venta al por menor. Como principio, la penalización debe ser determinada respecto del grado del daño que un comportamiento causa sobre otros en la sociedad. Pero por sobre la idea de velar por el principio mismo, la desproporcionalidad en la penas es uno de los causantes de la alta población penal. Gran parte de las personas detenidas o condenadas por delitos relacionados con la Ley 20.000 simplemente no deberían*

¹⁸⁸ *ibid.*, p.7

¹⁸⁹ Ley 20.000

¹⁹⁰ Sánchez Sergio, *op. cit.*, p.58

estar en la cárcel o incluso -en muchos casos- siquiera deberían haber sido detenidos o castigados”¹⁹¹

3.2. Eliminar la inversión de la carga de la prueba

En el capítulo V también abordamos esta discriminación legislativa de la ley para con el imputado por delitos de drogas.

Como señalamos en su oportunidad en extenso, el artículo 4° de la ley 20.000 establece en resumidas cuentas que se castigará con pena de cárcel al portador de pequeñas cantidades de drogas, **a menos que éste pruebe que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo**¹⁹²

“A la falta de certeza jurídica respecto de las consecuencias penales asociadas a ciertas conductas se suma la alteración de la carga de la prueba que contiene actualmente nuestra legislación, ya que quien señala que porta droga para su consumo personal y próximo en el tiempo debe desplegar toda la actividad probatoria para acreditar que ese porte está efectivamente orientado al consumo.

Lo anterior erosiona el estado de derecho. La ley debe ser clara en la definición de las conductas punibles porque, de no hacerlo, además de la lesión que significa para principios básicos de justicia, condiciona la definición de una política criminal en este sentido. Se puede debatir posteriormente cuáles serán los criterios -si cuantitativos o cualitativos- que se utilizarán para determinar en concreto los alcances de la conducta, pero la certeza jurídica no puede seguir ausente de la definición legal”¹⁹³

Como ya señalamos, esto representa un precepto inconstitucional, que pugna con la **igualdad ante la ley**, pues esta inversión no ocurre en otros procesos. También pugna con la **presunción de inocencia**, pues se trata al imputado como culpable hasta que demuestre lo contrario.

¹⁹¹ Vergara Eduardo, op.cit., p. 45

¹⁹² Ley 20.000

¹⁹³ Schubert georgy, op. cit., p.7

Por otro lado, como señalamos en el capítulo correspondiente, sabemos que el Ministerio Público tiene mucha más idoneidad probatoria que cualquier persona no letrada en derecho y muchas veces sin recursos para pagar por un buen abogado. Incluso, muchos de ellos podrían ser adictos que necesitan rehabilitación y sin embargo son reprimidos por el sistema penal.

No debemos olvidar que la presunción de inocencia es de rango constitucional por estar establecida en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y la ley 20.000 está contrariando la Carta Magna cuando rompe esta presunción para dar por culpable al sujeto hasta que no le demuestre al gran entramado del estado persecutor, que la sustancia que porta tiene 3 características que ni siquiera están definidas por el legislador: consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo.

Todo esto no parece más que un círculo vicioso y un punto sin retorno para quienes han sido imputados por este tipo de delitos.

3.3. Derogar Art. 61 ley 20.000

Como vimos en su oportunidad, la garantía procesal que más se ve vulnerada con la aplicación de este precepto normativo es la del Derecho a Defensa, pues a aquellos abogados que defiendan delitos relacionados con drogas se les restringe el libre ejercicio de la profesión, impidiéndoles ejercer en cargos públicos mientras siga vigente el patrocinio de imputados por ley 20.000.

Lo anterior afectaría al derecho de defensa porque muchos de los profesionales optarán por no defender imputados por ley 20.000 por temor a las represalias y por no ver mermadas sus oportunidades laborales, lo que reduce considerablemente la oferta de servicios jurídicos a estos ciudadanos, dificultando obviamente el acceso a una buena defensa técnica y a la elección de un abogado de confianza, sin restricciones legales.

También señalamos que el fundamento de este precepto descansaría en la probidad administrativa de los funcionarios públicos y de la posible influencia que estos podrían ejercer respecto de individuos relacionada con el narcotráfico.

De todas formas, no creemos que sea un fundamento válido para restringir garantías esenciales como el derecho a defensa y la igualdad ante la ley, pues se basa prácticamente en una cuestión que debería ser una aptitud moral del profesional.

Por otra parte, esta restricción no opera ni para médicos, ni para trabajadores sociales, ni para mandatarios no judiciales, ni para ningún otro cargo en el cual los profesionales se relacionen con estos imputados. De esta manera, pareciera que la real intención de esta limitante es dificultar la buena defensa y la salida de los imputados en prisión preventiva o las sentencias absolutorias, cuestión que calza perfectamente con este afán prohibicionista que hemos venido analizando.

Entonces, cabe preguntarnos: ¿Realmente el legislador está preocupado por la probidad administrativa y el tráfico de influencias? A nuestro juicio parece contradictorio y nuevamente refleja lo absurda que resulta la aplicación de la política criminal de Guerra contra las Drogas en nuestro país.

Respecto a este precepto legal, se presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por un abogado que había sido destituido de sus funciones como profesor en la Universidad de Valparaíso basada en este artículo.

“En relación con las alegaciones esgrimidas por el requirente, el voto de mayoría desestimó la vulneración de la garantía de la libertad de trabajo, la que fue descartada sin argumentación, del mismo modo que la prohibición de la discriminación arbitraria y el derecho a defensa jurídica. Para ello, recurrió a la noción de justicia o igualdad formal: la ley puede hacer diferencias de trato cuando las circunstancias son distintas; de este modo, si un abogado está o no vinculado con la administración del Estado, puede recibir un tratamiento distinto. Luego, el Tribunal recurrió a la historia de la ley para fundar sus conclusiones: lo que se buscaba con el mentado artículo 61 era no contradecir los intereses fundamentales del Estado. En resumen, para justificar la conformidad de la prohibición legal establecida sobre los abogados de la administración pública con los derechos fundamentales invocados, el Tribunal recurrió a una injustificada relación entre "el bien jurídico protegido por el precepto legal, la gravedad y condena moral de los delitos involucrados en la

prohibición y la libertad de configuración normativa que ostenta el legislador en la determinación de los contenidos legislativos"¹⁹⁴.

Como podemos observar, el voto de la mayoría ha sido precariamente argumentado, dando patrones más morales que propiamente jurídicos, y que no se condicen con la realidad legislativa de nuestro país, ya que hay muchos otros delitos que podrían romper con la probidad administrativa, pero no se les establece prohibición alguna. Ejemplo de ello podrían ser los delitos de extrema gravedad, relacionados con el lavado de activos, la corrupción, el terrorismo, la colusión entre empresas, la estafa, la desviación de caudales públicos, entre otros.

Así, nos parece que la argumentación es escueta y errónea, y al ser un pronunciamiento del TC ya no hay otros mecanismos para recurrir ante tal arbitrariedad, dejándonos desprotegidos ante los errores del legislador.

3.4. Eliminar sanción al porte falta

Si el consumo de drogas se encuentra permitido, lo lógico es que se permita su ejercicio, lo que no puede llevarse a cabo si está sancionado el porte como falta. Como lo desarrollamos anteriormente, se produce una cuestión bastante particular en este caso, toda vez que estaríamos frente a una conducta que es accesoria y que está tipificada como falta, de otra conducta que es impune, como lo es el consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo.

Así las cosas, si el bien jurídico protegido es la salud pública, y el consumo personal no atenta contra ésta, ¿Por qué sí lo haría el porte para dicho consumo?

Pudimos concluir a lo largo de este trabajo, que se trata de otro interés que está detrás del supuesto bien jurídico protegido, y que sería boicotear el tráfico de drogas, a través de la punitividad de conductas que podrían derivar de ello, como lo es el porte, pues se presume que podría haberse comprado dicha cantidad a un sujeto que distribuye sustancias ilícitas.

¹⁹⁴ Couso Salas Javier, Coddou MacManus Alberto, *La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional: un desafío pendiente*, Estudios constitucionales volumen 8 n° 2, Santiago, 2010, p.395

De todas maneras, esta solución es inconsistente, ya que la ley castiga en otros preceptos normativos el narcotráfico y las conductas relacionadas a él, por lo que, resulta innecesario además castigar a quien va a consumir sin incurrir en ninguna falta, la droga que porta.

Incluso, vimos en nuestra jurisprudencia nacional, una tendencia a no considerar punible el porte falta cuando este era destinado para su consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, como ya mencionamos los fundamentos apuntan al hecho de que el porte en sí mismo no es un peligro para la salud pública- que es bien jurídico que el legislador busca proteger-. Además, resulta inconsistente que un acto preparatorio de otro acto que es lícito- el consumo- sea calificado como ilícito.

Así las cosas, abogamos por eliminar esta figura de porte como una falta cuando no se pueda probar por el Ministerio Público que la droga no era para consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo, (si se subsana la infracción a la presunción de inocencia y las indeterminaciones conceptuales), y de esta manera dejaría de existir este tipo penal toda vez que al portar una cantidad de droga que no sea para estos fines, ya se constituirá otro tipo penal como microtráfico o tráfico de drogas.

3.5. Igualdad de trato entre los imputados

Finalmente, y para concluir con este acápite, queremos insistir con la necesidad de que tanto la política criminal de drogas, como la ley 20.000 deben modificarse para dar una mirada más garantista e igualitaria a los imputados, lo que comprendería todo lo mencionado con anterioridad, a saber: la determinación de conceptos en la ley 20.000, la completa y precisa tipificación en la ley penal, que se deje sin efecto el precepto que invierte la carga de la prueba, y la derogación del artículo 61.

Por otro lado, la igualdad debe provenir de algo mucho más abstracto que la mera legislación, por lo que debemos orientar la política de drogas hacia un sistema más rehabilitador que represivo. Por ello, no debieran mermarse las posibilidades que se les dan a todos los imputados, como lo es la **atenuante de reparación del daño** causado y la **prestación de servicios en beneficio de la comunidad**.

Incluso, como apoyo a lo que hemos estado concluyendo, en la revista 93 de la Defensoría Penal Pública se ha señalado *“Desde la Defensoría Penal Pública hemos observado en cada caso concreto los graves problemas sustantivos que presenta la legislación. Dificultades en la determinación de las conductas punibles y el abuso con que se ejercen las amplias facultades que la ley entrega a los agentes de persecución penal, especialmente respecto de la investigación de los ilícitos de la ley de drogas, afectándose principios básicos del sistema de justicia como lo son la presunción de inocencia y el debido proceso.”*¹⁹⁵

Es necesario entonces, no discriminar en virtud del delito cometido para obtener los beneficios de la ley 18.216, pues constituye un mecanismo eficaz para la resocialización. Es el sistema cerrado el que tiene las mayores tasas de reincidencia, bastante considerables en comparación con el sistema semi abierto y abierto, por lo que no se justifica de manera alguna la restricción a estas salidas como parte de una política criminal.

3.6. Legalización del cultivo para uso medicinal y recreacional del cannabis

Hoy en día, el autocultivo para consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo es sancionado con las penas del artículo 50 de la ley 20.000. La jurisprudencia como vimos, ha formado un criterio en el cual se ha determinado impune un autocultivo cuando se ha realizado con estas características.

Como ya mencionamos, existen actualmente dos proyectos de ley que dicen relación con el cultivo de especies vegetales: uno para consumo privado, recreacional y medicinal (boletín 9471-11 refundido por el 9496-11) y otro que sólo regula lo relativo al cultivo con fines medicinales (boletín 11327-11).

Nos adherimos completamente estos proyectos que se encuentran en actual tramitación. El boletín 9496-11 se basa según se dejó constancia en su iniciativa, en el libre desarrollo del ser humano y su elección respecto a los bienes jurídicos disponibles. Es destacable el considerando 9 y 10 en este sentido:

¹⁹⁵ Schubert Georgy, *op. cit.*, p.5

9° Que las dificultades e imposibilidades impuestas al autocultivo de la cannabis y de otras especies vegetales y fungis con efectos psicoactivos para consumo personal y privado, no se orienta a proteger el bien jurídico de la salud pública, por el contrario han comprometido la Salud Pública al forzar conductas que dañan la integridad psíquica e impiden artificialmente el acceso a una medicina posible.

10° Que cualquier tipo penal que atente o prohíba a las Personas el consumo y/o el cultivo cannabis y otros vegetales o fungis con efecto psicoactivo, cuando son empleados en prácticas personales para la atención, cuidado y cultivo de la Vida en su integridad material y espiritual, implica desconocer y descalificar la capacidad intrínseca e inalienable de decidir cómo desarrollar y orientar la propia vida

Esperamos que estos proyectos reciban pronta aprobación para avanzar en las necesidades jurídicas actuales de la población, pero también es importante hacerse cargo de todo el catálogo de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, para determinar a ciencia cierta si es posible la producción de otras drogas que no tengan la categoría de “especie vegetal” y cuya producción pueda ser necesaria para fines científicos o médicos.

3.7. Determinación de criterios objetivos para la obtención de la autorización del SAG para el cultivo de especies del artículo 1 del Decreto 867

En el Decreto 867 se señalan los requisitos y antecedentes que deben ponerse a disposición del SAG para la obtención de un permiso de producción del catálogo de sustancias establecidas en el artículo 1. Sin embargo, no se señalan los fundamentos mismos que son necesarios para esgrimir una solicitud, los cuales podrían ser de diversa índole, tales como fines recreacionales, medicinales, de investigación, etc. No hay un parámetro objetivo que permita la petición, y en virtud del cual se pueda reclamar una denegación.

Es por lo anterior que es necesario establecer un criterio, de rango legal, que determine en qué casos y formas específicas es posible obtener tal autorización, considerando además que el

consumo de sustancias psicotrópicas es atípico, y que sin embargo el SAG ha otorgado escasas autorizaciones para la elaboración de sustancias frente a un sin número de solicitudes.

En el caso de la marihuana y las especies vegetales, esto quedaría zanjado con la aprobación de los proyectos de ley que hemos analizado, pero no nos podemos olvidar del gran catálogo de sustancias que quedan en la incertidumbre sobre la posibilidad de su producción, y que muchas veces es necesaria con fines investigativos o terapéuticos.

BIBLIOGRAFÍA

Autores

1. Álvarez García Francisco Javier, *La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la urgencia de su legalización*, Cuadernos de política criminal segunda época 2011 N° 105, 2011.
2. Becerra Francisco, Subdirector de la Organización Panamericana de Salud, *Por una política hemisférica de drogas de cara al siglo XXI*, informe de drogas de la OEA, 16 meses de debates y consensos, documento preparado por la secretaría general extraordinaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), Guatemala, 2014.
3. Bedoya Jiménez Mauricio, *La lucha contra las drogas: el fracaso de una guerra, comienzo de una nueva política*, Revista Drugs and Addictive Behavior, vol 1 N°2, Colombia, 2016.
4. Benavides Benalcázar Merck, *El derecho a la defensa en el proceso penal*, Ecuador, 2013.
5. Bewley-Taylor David y Jelsma Martin, *Cincuenta años de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes: una relectura crítica*, Serie reforma legislativa en materia de drogas Transnational Institute (TNI) N°12, Amsterdam, 2011.
6. Bruce Alexander, Beyerstein Barry, Hadaway Patricia y Coams Robert, *Effect of early and later colony housing on oral ingestion of morphine in rats*, Department of psychology, Simon Fraser University, Burnaby BC, Canadá, 1976, Publicado en Pharmacology, Biochemistry & Behavior, vol 15, 1981.
7. Calabiug Gisbert, *Las drogas y su problemática actual*, Estudios penales y criminológicos IV, 1981.
8. Cámara de Diputados de Chile, Departamento de evaluación de la ley, *Evaluación de la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Valparaíso, 2014.

9. Cea Egaña José Luis, *Derecho constitucional chileno, derechos, deberes y garantías*, Textos universitarios, Facultad de Derecho Universidad Católica, Santiago, 2004.
10. Centro de documentación de la Defensoría Penal Pública, *Estudios y capacitación, ley 20.000: Tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa*, Santiago, 2013.
11. Centro de investigaciones criminológicas de la Justicia Penal, Universidad Central, *Nova criminis – visiones criminológicas de la justicia penal N°8*, Santiago, 2014.
12. Centro de políticas públicas UC, *Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción*, Temas de la agenda pública, año 12, N°93, Santiago, 2017.
13. Chalout L., *Nouvelle classification des drogues toxicomanogènes toxicomanies*, 1971.
14. Comas Arnau D., *El uso de drogas en la juventud*, Instituto de la juventud, Ministerio de cultura, Madrid, 1985.
15. Ciamadore Alberto, *La política antidroga de Estados Unidos. Condicionantes internos y efectos intra-hemisférico. Drogas, el conflicto de fin de siglo*, Venezuela, Editorial Cuadernos de nueva sociedad, 1997.
16. CONACE, *Catálogo de publicaciones Conace 2000-2009*, Área de publicaciones y comité editorial, Santiago, 2009.
17. CONACE, *Estrategia Nacional de Drogas 2003-2008*, Santiago, 1993.
18. CONACE, *Estudios sobre asociación, delito y drogas en la población infractora*, Santiago, 2007. (en línea, consultado 10/07/2018 <http://es.slideshare.net/franciscojestrada/estudios-sobre-asociacin-delito-y-drogas-en-poblacin-infractora>).
19. CONACE, *Una niñez sin droga*, Conace informa N°5, Boletín del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, Santiago 1997.
20. Cooper James, *Tribunales de rehabilitación de drogodependientes: un mecanismo para abordar el aspecto de la demanda, en la guerra contra las drogas*, Estados Unidos, Editorial LexisNexis, 2007.
21. Couso Salas Javier, Coddou MacManus Alberto, *La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional: un desafío pendiente*, Estudios constitucionales vol 8 N° 2, Santiago, 2010.

22. Defensoría Penal Pública, Centro de Documentación, *Estudios y capacitación, ley 20.000, tráfico, microtráfico y consumo de drogas: elementos jurídicos y sociológicos para su distinción y defensa*, Santiago, 2013.
23. Defensoría Penal Pública, oficio N°186 de 4 de abril de 2018, Santiago, en respuesta a solicitud mediante ley 20.285 sobre acceso a la información pública.
24. Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública a través de Universidad Diego Portales, *Ley 20.000: Tráfico, microtráfico y consumo de Drogas: Elementos Jurídicos y sociológicos para su Distinción y Defensa*, Santiago, 2013.
25. *Entrevista con Milton Friedman acerca de la Guerra contra la Drogas*, Foro Americano sobre drogas, 1991, (en línea, consultado 10-07-2018 <http://www.liberalismo.org/articulo/350/53/entrevista/milton/friedman/acerca/guerra/>)
26. Fundación Paz Ciudadana, *Drogas en Chile: Diagnóstico y Políticas, Actualización del estudio Políticas y programas de prevención y control de drogas en Chile*, Santiago, 2006.
27. Fundación Paz Ciudadana, *Exclusión social en personas privadas de libertad, resultados preliminares*, Área de justicia y reinserción, Santiago, 2015.
28. Fundación Progresía, *Una nueva política de drogas para Chile, Seguridad Ciudadana, derechos civiles y salud pública*, Santiago, 2012.
29. Gálvez Órdenes Masiel y Veliz Hidalgo Carol, *Tribunales de tratamiento de drogas, una aproximación jurídico criminológica*, tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2012.
30. Gendarmería de Chile, *Compendio estadístico penitenciario 2014*, Santiago, (en línea, consultado 10-07-2018 https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/20141105_compendio_estadistico/COMPENDIO_ESTADISTICO_2014.pdf)
31. Gendarmería de Chile, *La reincidencia: un desafío para la gestión del sistema penitenciario Chileno y las políticas públicas, estudio de reincidencia de los individuos egresados en 2010*, Santiago, 2013.
32. Gendarmería de Chile, oficio N° 1309 de 1 de junio de 2018, Santiago, en respuesta a solicitud mediante ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

33. González Díaz Mario, *Derecho a defensa en la legislación Chilena*, tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales), Universidad Arturo Prat, Facultad de derecho, Iquique, 2005.
34. Grupo de expertos de LSE en economía de políticas sobre drogas, *Acabando con la guerra contra las drogas*, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://www.lse.ac.uk/IDEAS/publications/reports/pdf/LSE-IDEAS-Drugs-Report-Spanish.pdf>)
35. Günther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1996.
36. Hassemer Winfried, Muñoz Conde Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989.
37. Hermosilla Juan Pablo, *Es una falacia que la ley n° 20.000 proteja la salud de las personas*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014.
38. Human Right Watch, *Informe mundial 2016: amenazas enlazadas, como la política del terror y la represión de la sociedad civil pone en riesgo derechos globales*, (consultado en línea 10/07/2018: <https://www.hrw.org/es/world-report/2016/country-chapters/285002>).
39. Inder Bugarin, *Holanda, a 34 años de tolerancia con las drogas*, BBC Mundo, Amsterdam, 2010. (en línea, consultado 10/07/2018 http://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/07/100701_holanda_aniversario_marihuana_jrg.shtml?print=1)
40. Juárez Bribiesca Armando, Medina Ramírez Marco Antonio, *Política Criminal (México y Chile)*, Revistas jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México.
41. Kov Huang Jaime, *Análisis crítico de la política criminal aplicada en la ley 20.000 sobre la base del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de ilícito de estupefacientes*, tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2013.
42. Kramer J.F. y Cameron D.C., *Manual sobre dependencia de las drogas*, Organización Mundial de la Salud, informe técnico 407, Ginebra, 1975.
43. Lobos Palacios María de los Ángeles, *Políticas públicas para el tratamiento y rehabilitación de persona con consumo problemático de drogas*, tesis, (facultad de ciencias sociales, carrera de psicología), Universidad de Chile, Santiago, 2012.

44. López-Ibor Aliño J.L., *Psiquiatría*, Tomo II, Barcelona, 1981.
45. Lussenhop Jessica, *Clinton crime bill: why is it so controversial?*, BBC New Magazine, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-36020717>)
46. Matamala Alexis, *Extraterritorialidad: informe de la OEA: el problema de las drogas en las Américas*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014.
47. Maté Gabor, *Adicciones y Correcciones*, Conferencia, Simon Fraser University, Ting fórum on Justice policy, 2011.
48. Mercedes Ana, *Un aporte interpretativo en torno a las drogas y su papel en las relaciones entre Colombia y EEUU*, Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1989.
49. Mérida Huerta Omar, *Comentarios sobre la pequeña cantidad en un fallo de la Corte Suprema*, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía de Chile (en línea, consultado 10/07/2018 http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_4_Ley_20000_Comentarios_Cantidad_fallo_CS_OM.pdf)
50. Ministerio de Justicia, *Informe nacional sobre procedimientos policiales por infracción a la ley de drogas n° 20.000*, Subsecretaría de prevención del delito, Santiago, 2016.
51. Ministerio Público, *Informes estadísticos*, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Santiago.
52. Molina Guaita Hernán, *Derechos constitucionales*, Concepción, Editorial Andalién, 1988.
53. Moreno Leonardo, *Tabla de emplazamiento: tribunal tratamiento de drogas (TTD): iniciativa de alto vuelo a la que se le impide despegar*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014.
54. Náquira Jaime, Izquierdo Cristóbal, Vial Paula. y Vidal Víctor, *Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2008, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>)
55. Nazal María Jesús, *Drogas y alcohol: evolución de políticas públicas (1993-2014)*, tesis, (carrera de psicología), Universidad de Valparaíso, Valparaíso.
56. Nogueira Alcalá Humberto, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*, Revista Ius et praxis N°11.1, 2005, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://vlex.com/vid/consideraciones-presuncion-inocencia-43415768>)

57. Office Of National Drug Control Policy, National Drug Control strategy Budget summary, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://www.whitehousedrugpolicy.gov/publications/policy/budgetsum04/index.html>.)
58. Oficina de las Naciones Unidas sobre la droga y el delito UNODC, *Informe mundial sobre las drogas 2017, resumen, conclusiones y propuestas en materia de políticas*, Viena, 2017, (en línea, consultado 10/07/2018 https://www.unodc.org/wdr2017/field/WDR_Booklet1_Exsum_Spanish.pdf).
59. Oficina de las Naciones Unidas sobre la droga y el delito UNODC, *informe mundial sobre las drogas 2016, resumen ejecutivo*, (en línea, consultado 10/07/2018 https://www.unodc.org/doc/wdr2016/WDR_2016_ExSum_spanish.pdf).
60. Orford Jim, Morison Victoria y Somers Marcia, *Alcohol y juego: Comparación y su implicación en las teorías de las adicciones*, Facultad de Psicología, Universidad de Birmingham y Departamento de Psicología, Universidad de Exeter, Reino Unido.
61. Organización Panamericana de la Salud, *Por una política hemisférica de drogas de cara al siglo XXI*, informe de drogas de la OEA, 16 meses de debates y consensos, documento preparado por la secretaría general extraordinaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), Guatemala, 2014.
62. Paves Farías Juan y Prat Lopichich Arturo, *Análisis crítico de la ley no. 20.000*”, tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.
63. Quintana Ojeda Juan, *La defensa penal en el nuevo ordenamiento procesal penal Chileno*, Revista de Derecho N° Especial, Universidad Austral, Valdivia, 1999.
64. Ramos Cesar, *Alegato de clausura: dos propuestas para una nueva regulación de drogas*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014.
65. Rodríguez Collao Luis, *Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.
66. Rolles Steve, Murkin George, Powell Martin, Kushlick Danny y Slater Jane, *Informe mundial alternativo sobre drogas*, 2011, (en línea, consultado 10-07-2018 <http://www.unodc.org/documents/ungass2016//Contributions/Civil/Count-the-Costs-Initiative/AWDR-exec-summary-Spanish.pdf>)

67. Ruiz Delgado Fernando, *Microtráfico de drogas. Un problema concursal de la ley 20.000. Análisis crítico de algunas figuras delictuales de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas*, Alemania, Editorial Académica Española, 2012.
68. Salazar Cádiz Andrés, *El porte de drogas en lugares de libre acceso público*, Ministerio público, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Santiago.
69. Salinero Echeverría Sebastián, *¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal*, Revista Ius et Praxis, Vol 18, N° 1, Talca, 2012, (en línea, consultado 10/07/2018 http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100005).
70. Sánchez Sergio, *Guardar silencio: el consumidor, el daño y el reglamento de la ley 20.000*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N°10, Santiago, 2014.
71. Sánchez Bustos Sergio, *Principales paradigmas preventivos en el día de hoy, Aportes para una nueva política de drogas*, Santiago, Editorial Tierra Media, 2012.
72. Sapra Banl, *Canadá, el segundo país del mundo en legalizar la marihuana*, CNN Mundo, 20 de junio de 2018, (en línea, consultado 10/07/2018 <https://cnnespanol.cnn.com/2018/06/20/canada-el-segundo-pais-del-mundo-en-legalizar-la-marihuana/>).
73. Schubert Georgy, *Duda Razonable. Las diversas dimensiones del debate sobre la ley N° 20.000*, 93: La revista de la Defensoría Penal Pública N° 10, Santiago, 2014.
74. SENDA, *Décimo segundo estudio nacional de drogas en población general de Chile, 2016*, Observatorio Chileno de Drogas, Santiago, 2017, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/InformeENPG2016.pdf>)
75. SENDA, *Estrategia Nacional de Drogas 2009-2018*, Santiago, (en línea, consultado 10/07/2018 <http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/2015/08/Estrategia-Nacional-2009-2018.pdf>).
76. SENDA, oficio N°406 de 16 de mayo de 2018, Santiago, en respuesta a solicitud mediante ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

77. Silva Sánchez María Jesús, *Política criminal en el cambio de siglo*, México, ABZ Editores, 2002.
78. Szasz Thomas, *Nuestro derecho a las drogas, en defensa de un mercado libre*, New York, 1992.
79. Tokatlian Juan Gabriel, *En el límite, la torpe norteamericanización de la guerra contra las drogas*, Bogotá, Editorial Norma, 1997.
80. Urrutia Daniel y Rodríguez José, *Drogas, diagnóstico y proyecto de reforma*, tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2000.
81. Van Kalmthout A.M, *Aspectos de la política Holandesa en materia de drogas*, Cuaderno del instituto vasco de criminología, San Sebastián N° 2, Holanda, 1988.
82. Vergara Eduardo, *Victimización, detenciones y política de drogas en Chile*, 93: La Revista de la Defensoría Penal Pública N°10, Santiago, 2014.
83. Wacquant Loic, *Castigar a los Pobres, el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2009.
84. Wilson James y Kelling George, *Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety*, The Atlantic Monthly N°249, 1982.

Jurisprudencia

1. TC, rol n°24, 4 de diciembre de 1984, redacción del ministro Sr. Ortuzar.
2. CS, 26 de julio de 2005, rol n°1990-05, (C.6°), redacción del ministro Sr. Nivaldo Segura.
3. CS, 10 de agosto de 2005, rol n°2592-05, (C.4°), redacción del ministro Sr. Nivaldo Segura.
4. CS, 24 de octubre de 2007, rol n°2796-07, MJJ15926, redacción del ministro Sr. Rodríguez Espoz.
5. CS, 17 de octubre de 2007, rol n°3825-07, MJJ15810, redacción del ministro Sr. Chouigneau.
6. CA Valparaíso, 3 de octubre de 2014, rol n°1358-14, MJJ39143, redacción del ministro Sr. Brito.

7. CA Valdivia, 8 de abril de 2017, rol 165-17, MJJ48849, redacción del ministro Sr. Mario Kompatzki.
8. CA Santiago, 30 de septiembre de 2015, rol n°2035-15, MJJ42544, redacción de la ministra suplente Sra. María González.
9. CA Santiago, 19 de enero de 2018, rol n°4440-17, MJJ32759, redacción del ministro Sr. Sebastian Hamel.
10. CA Concepción, 6 de julio de 2012, rol 276-12, MJJ32759, redacción del ministro Sr. Jaime Solís.
11. CS, 10 de agosto de 2008, rol 2595-08, MJJ18403, redacción del ministro Sr. Dolmestch.
12. CA Temuco, 11 de enero de 2013, rol 1058-12, MJJ34511, redacción del ministro Sr. Álvaro Mesa.
13. CS, 5 de Julio de 2015, rol 4949-15, redacción del ministro Sr. Cisternas.
14. CS, 4 de abril de 2016, rol 14863-16, redacción del ministro Sr. Dham.
15. CA Copiapó, 17 de mayo de 2007, rol n°54-07, MJJ9950, redacción del ministro Sr. Dinko Franulic.
16. CS, 6 de diciembre de 2016, rol n°82304-16, MJJ47333, redacción del ministro Sr. Rodríguez.

Legislación

1. Código Penal Chileno
2. Código Procesal Penal Chileno
3. Código Orgánico de Tribunales
4. Constitución Política de la República
5. Ley 17.934, que reprime el tráfico de estupefacientes.
6. Ley 18.403, que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y deroga la ley 17.934.
7. Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga la ley 18.403.

8. Ley 20.000, que sustituye la ley n° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
9. Ley 18.216 Que establece penas que indica como substitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.
10. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.
11. Convención sobre Estupefacientes de 1961 (enmendada en 1972)
12. Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.
13. Boletín N° 6525-07, que regula la aplicación de la atenuante irreprochable conducta anterior.
14. Boletín 9471-11 refundido por el 9496-11, que modifica ley N° 20.000, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, con el objeto de legalizar el autocultivo de cannabis para el consumo privado.
15. Boletín 11327-11, que Modifica el Código sanitario para incorporar y regular el uso medicinal de productos derivados de cannabis.
16. Dictamen N° 31.000, Contraloría general de la república de 04 de Junio de 2008.