



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

LA PROPORCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DEL CONSUMO Y PORTE DE CANNABIS

Un análisis del artículo 50 de la Ley N°20.000 a la luz del principio de
proporcionalidad

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

MAGDALENA ISABEL MERA GONZÁLEZ
DIEGO IGNACIO VALENZUELA RODRÍGUEZ
Profesor Guía: Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, Chile

2024

“La polémica no puede reducirse a la guerra contra la mariguana o la permisividad. Hay que tomar el toro por las astas: cómo puede implementarse la legalización para poner fin a la guerra inútil, pernicioso y egoísta que los países consumidores infligen a los productores”

Gabriel García Márquez.

Índice

I. Introducción	8
A. Contextualización.....	8
B. Objeto de la investigación.....	11
C. Finalidad de la investigación	12
D. Metodología.....	13
E. Estructura general de la investigación.....	14
II. Capítulo I: Bien jurídico protegido en los delitos del artículo 50 de la Ley N° 20.000	14
A. Bienes jurídicos individuales y colectivos.....	14
B. Concepto de salud pública y su legitimidad como bien jurídico.....	18
C. Salud pública y cannabis.....	21
III. Capítulo II: El principio de proporcionalidad	25
A. Cuestiones preliminares.....	25
B. Subprincipios.....	30
i. Idoneidad.....	31
ii. Necesidad.....	32
iii. Proporcionalidad en sentido estricto.....	33
IV. Capítulo III: El principio de proporcionalidad en relación con la conducta típica en los delitos del artículo 50 de la Ley N° 20.000	35
A. Consumo de cannabis en lugares públicos.....	35
B. Porte de cannabis en lugares públicos.....	47
C. Consumo de cannabis en lugares privados previo concierto.....	53
V. Capítulo IV: El principio de proporcionalidad en relación con la pena impuesta en el artículo 50 de la Ley N° 20.000	54
A. Multa.....	56
B. Asistencia obligatoria a programas de prevención, tratamiento o rehabilitación.....	60
C. Participación en actividades determinadas en beneficio de la comunidad.....	63
D. Pena accesoria de suspensión de licencia de conducir.....	64
VI. Conclusión	65
VII. Bibliografía	69

I. Introducción

A. Contextualización.

El consumo de cannabis se ha extendido por todo el mundo y se ha visto incrementado en los últimos años, llegando a ser la droga más consumida en el mundo en el año 2016, según el Informe Mundial sobre las Drogas (2018) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Por otra parte, aún con las prohibiciones y limitaciones que establece nuestra legislación sobre el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, Chile fue catalogado como el tercer país del mundo que registra mayor consumo de marihuana entre adultos, según la misma Oficina de las Naciones Unidas.

Debido a la gran cantidad de consumidores de esta droga, se han puesto en tela de juicio las legislaciones que prohíben el consumo de cannabis, imponiendo sanciones penales a quienes lo hagan en lugares públicos, incluso privados. El motivo tras la prohibición es principalmente la protección de la salud pública, cuestión que resulta debatible por diversos estudios científicos que evidenciarían que el daño a la salud causado por la marihuana no es superior al daño que causan sustancias lícitas como el alcohol o el tabaco (Ingraham, 2015). En contraparte, otros estudios señalan que esta droga, además de generar efectos nocivos en la salud a corto y largo plazo, es la “puerta de entrada” a otras drogas y su consumo contribuye a la inducción al crimen (Ramírez, 1982).

Esta última noción es la que ha predominado desde el siglo XX respecto de la marihuana en el ordenamiento jurídico internacional. Prácticamente la totalidad de los Estados del mundo suscribieron la “Convención Única sobre estupefacientes” de 1961, que clasificó las sustancias de uso médico y científico con riesgo potencial de abuso en cuatro listas. La Comisión de Estupefacientes (2018, p.9) expuso que la lista I es para “sustancias que son altamente adictivas y susceptibles de uso indebido, o que pueden transformarse en sustancias que sean igualmente adictivas y susceptibles de uso indebido” y la lista IV para “determinadas sustancias de la Lista I que son altamente adictivas y susceptibles de uso indebido y que rara vez se utilizan en la práctica médica”. El cannabis, junto con la heroína, es el ejemplo paradigmático de una droga incluida en ambas listas.

La mencionada Convención, junto con el “Convenio sobre sustancias psicotrópicas” de 1971 y la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas” de 1988, conforman el sistema internacional de fiscalización de drogas vigente. Estos tratados evidencian la percepción negativa que se tiene respecto del cannabis a nivel mundial, considerándola una droga dañina y altamente adictiva, cuya producción, comercio y consumo debe limitarse exclusivamente a fines médicos y científicos.

Esta visión fue impulsada por Estados Unidos con su famosa “guerra contra las drogas”, también llamada *prohibicionismo criminalizado* por la doctrina. Según Muñoz (2019), la prohibición criminalizada es “la más ruda y punitiva forma de política antidroga; usa leyes penales, la policía y el encarcelamiento para castigar a la gente, incluso por usar ciertas sustancias específicas, aunque sea en cantidades minúsculas” (p. 100).

En Chile, tanto en las derogadas leyes N° 17.934, N° 18.403 y N° 19.366, como en la vigente Ley N° 20.000, se instaló un modelo de prohibición criminalizada para controlar el tráfico y consumo de drogas (Muñoz, 2019). Este sistema otorgó mayores facultades a los órganos persecutores para tratar con este tipo de delitos, como la figura de los agentes encubiertos. Además, prohibió la fabricación, producción, venta, compra, porte y consumo en lugares públicos o privados con concierto previo, de cualquier droga que fuese catalogada como ilícita por el Reglamento de la Ley N° 20.000, dentro de las cuales se encuentra la cannabis sativa.

En particular, el consumo de cannabis, así como el de cualquier otra droga, es penado a título de falta sólo en los supuestos determinados por el artículo 50 de la Ley N° 20.000, que son (i) que el consumo se haga en lugares públicos o abiertos al público y (ii) que el consumo se haga en lugares privados con concierto previo. Por lo tanto, puede afirmarse que en nuestro país está permitido ser un consumidor de cannabis, pero no hay manera de conseguirla de manera lícita, cuestión que denota una irracionalidad en nuestro sistema de control de drogas.

Situación similar ocurría en los Estados Unidos de los años 20 con la dictación de la XVIII Enmienda a la Constitución norteamericana, comúnmente conocida como la “prohibición” o “ley seca”, a través de la cual se prohibió la fabricación, producción, compra y venta de alcohol en aquel país para intentar solucionar los problemas de alcoholismo que sufrían los ciudadanos estadounidenses. Para Silva (2018) “la prohibición sería un estrepitoso fracaso, generando un mercado negro altamente lucrativo y violento, con poderosas bandas criminales

que lo controlaban y corrompían a las autoridades, al tiempo que las condiciones insalubres y la falta de controles sobre el alcohol –que continuó siendo consumido– causaron la muerte por intoxicación a miles de personas. Lejos entonces estuvo de eliminarse el consumo de alcohol, al tiempo que su prohibición afectó precisamente la salud pública y creó importantes problemas de seguridad pública al potenciar exponencialmente el crimen organizado,” (p. 29).

La experiencia estadounidense demostró que la prohibición de la circulación de una sustancia no implica la erradicación de su consumo, especialmente cuando son sustancias que ya eran diariamente consumidas por la población, como lo era el alcohol en aquella época o como lo es actualmente la marihuana. “Tampoco la salud pública, eje en torno al cual debe girar toda la regulación legal de esta materia, se ha visto mejorada con la actual política represiva. Es precisamente la prohibición la que, al evitar el control por parte del Estado u organismos públicos de la producción y venta, convierte a la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el potencial consumidor” (Muñoz y Aunión, 1991, p.510).

Según datos de la Subsecretaría de Prevención del Delito (2019), en Chile, el 80,9% de procedimientos por delitos de la Ley N° 20.000 reportados corresponde a delitos flagrantes, dentro de los cuales los detenidos son principalmente por porte (44,6%), seguido del microtráfico (29,9%) y en tercer lugar por consumo (10,3%). La mayor cantidad de droga incautada corresponde a marihuana procesada (20.622,36 kilos), seguido de pasta base (7.414,67 kilos) y clorhidrato de cocaína (4.872,13 kilos). La gran cantidad de marihuana incautada, muy por sobre el resto de las drogas, evidencia la nula o muy baja incidencia de la prohibición de la circulación de la droga en el consumo de la misma. Por ende, la salud pública no ha sido efectivamente protegida por la norma del artículo 50, pues se evidencia un constante aumento en la cantidad de consumidores. De esto surge la necesidad de replantearse la manera más eficaz para disminuir los delitos en esta materia, especialmente cuando se trata de la droga más consumida a nivel mundial y nacional.

El tratamiento legislativo en torno al cannabis alrededor del mundo se ha visto alterado en el último tiempo. La Organización de las Naciones Unidas reconoció el 2 de diciembre del 2020 las propiedades medicinales del cannabis, retirando el cannabis y su resina de la Lista IV de la Convención sobre drogas de 1961. También, haciéndose cargo de las críticas al modelo

prohibitivo, algunos Estados han implementado nuevas políticas de drogas que buscan proteger efectivamente la salud de sus ciudadanos, a través de la legalización de la venta y consumo de cannabis recreativo. Uno de los casos más emblemáticos es el de Uruguay, que implementó el sistema “más avanzado y completo que existe a nivel nacional en el mundo” (Levayer, 2017, p. 327). Este sistema se encuentra en la Ley N° 19.172, cuyo artículo cuarto reza lo siguiente:

Artículo 4: La presente ley tiene por objeto proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico y se busca atacar, mediante la intervención del Estado, las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales y económicas del uso problemático de sustancias psicoactivas, así como reducir la incidencia del narcotráfico y el crimen organizado. (p. 9)

La Ley N° 19.172 permitió la plantación, cultivo, cosecha, acopio, distribución, dispensación, uso y consumo de marihuana, implementando políticas educativas sobre los daños que esta puede causar en las personas, además de brindar servicios de ayuda a los drogodependientes. La ley uruguaya puso el énfasis en la prevención, más que en la prohibición, protegiendo seriamente la salud pública de su población mientras reconoce la libertad como un derecho fundamental de sus individuos.

Ante este cambio de paradigma y teniendo en consideración lo altamente consumida que es esta droga en nuestro país, aun cuando su consumo es penado por el artículo 50 de la Ley N° 20.000, cabe preguntarse ¿Es la prohibición del consumo de cannabis la manera realmente necesaria, idónea y adecuada para proteger la salud de la población?

B. Objeto de la investigación.

El artículo 50 de la Ley N° 20.000 contiene tres hipótesis que castiga a título de falta. La primera es el consumo de alguna sustancia prohibida en lugares públicos o abiertos al público. La segunda castiga el porte de tales sustancias en lugares públicos o abiertos al público para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. La tercera sanciona a quienes consuman alguna sustancia prohibida en recintos privados, cuando se hubiesen concertado para tal propósito. El objeto de la presente investigación es la norma en cuestión cuando la sustancia a la que se refiere es cannabis sativa.

C. Finalidad de la investigación.

Según se expresó, los procedimientos penales vinculados a la Ley N° 20.000 no han resuelto el problema del tráfico de drogas. Parte importante de quienes han sido detenidos por delitos de la ley en cuestión lo han sido como autores de faltas contempladas en el artículo 50; consumo y porte en lugares públicos, o bien, por la figura de porte de droga tipificada en el artículo 4 de la Ley N° 20.000 (microtráfico) (Muñoz, 2019). Frente a estos datos es posible afirmar que en Chile circulan y se consumen sustancias prohibidas, como es el caso de la cannabis, y quienes consumen son perseguidos por el aparataje estatal.

A esta investigación interesa este grupo de casos, aquellos en los cuales se busca sancionar penalmente al consumidor o portador de cannabis, pero que se distingue del traficante de drogas. Esta distinción es importante toda vez que mediante la figura del microtráfico se ha difuminado la frontera entre los supuestos penales de porte para el consumo y porte para el tráfico. Parte del problema radica en que el artículo 4 no basta para saber qué se entenderá por la expresión pequeñas cantidades de droga y, por tanto, a la hora de establecer la justificación sobre si la sustancia portada es para el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, pueden estimarse soluciones jurídicas distintas para situaciones fácticas similares.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que en los delitos de la Ley N° 20.000 el bien jurídico protegido es la salud pública, afirmación que resulta cierta solo en algunos supuestos, ya que a nuestro entender existen tipos penales en los cuales prima la salud individual como objeto de protección. Tal es el caso de la prohibición de consumo de sustancias prohibidas en lugares privados previo concierto, tipificado y sancionado en el artículo 50 de la Ley N° 20.000. Si así fuere, y considerando que la salud individual es totalmente disponible para una persona adulta, nos encontraríamos frente a sanciones puramente paternalistas y por tanto alejadas de la justificación necesaria para la intervención penal.

El estudio del bien jurídico protegido y la sanción penal aplicable a los supuestos tipificados será realizado a la luz del principio de proporcionalidad, el cual “impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales” (Mir, 2009, p.

1361). El asunto central será determinar si las normas de conducta y las normas de sanción contempladas en las figuras del artículo 50 de la Ley N° 20.000 se ajustan al principio de proporcionalidad, cuando la sustancia prohibida es cannabis.

D. Metodología de la investigación

La presente investigación pretende alcanzar su finalidad mediante el método dogmático jurídico, estudiando pormenorizadamente cada uno de los incisos de la norma objeto de la investigación con vistas al principio de proporcionalidad. Este es un método idóneo para lograr la finalidad planteada porque lo que se pretende con esta investigación es realizar un análisis teórico de la norma, entendiéndola como parte de un sistema nacional e internacional de control de drogas de carácter punitivo, desarrollando conceptos relevantes, como la teoría del bien jurídico, el principio de proporcionalidad y sus subprincipios, para posteriormente determinar si estos conceptos han sido correctamente considerados y aplicados en la dictación del artículo 50 de la Ley N° 20.000. Solo es posible conseguir este propósito mediante el estudio de la doctrina atingente nacional y extranjera, por lo que se recurrirá a doctrina jurídica chilena, latinoamericana y europea, principalmente española y alemana.

El principio penal elegido para el desarrollo de esta investigación es el de proporcionalidad, el cual “prohíbe imponer a los particulares aquella carga que, en atención a la finalidad así perseguida en términos instrumentales, no resulte necesaria ni adecuada en términos normativos” (Neumann, 2014, p. 201). Nuestra metodología aplica este principio en particular, porque de él se derivan cuatro subprincipios; la legitimidad, necesidad, idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto o adecuación, los que utilizaremos como criterios para responder a la pregunta de si se cumple el mandato de proporcionalidad en el artículo 50 de la Ley N° 20.000, es decir, si los tipos penales establecidos por esta norma son realmente el medio necesario e idóneo para la adecuada protección del bien jurídico protegido, la salud pública.

E. Estructura general de la investigación

En primer lugar, se explicará el concepto de bien jurídico en general, la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos y en particular el de salud pública, como también su relación con el principio de proporcionalidad (capítulos I y II). El punto central de la

investigación lo configura el análisis de los tipos penales del artículo 50 de la ley 20.000 a la luz del principio de proporcionalidad, en relación con su bien jurídico y, posteriormente, con su sanción penal (capítulos III y IV). Finalmente, se expondrán los resultados a los cuales arribamos mediante el desarrollo de la investigación.

II. Capítulo I: Bien jurídico protegido en los delitos del artículo 50 de la Ley N° 20.000.

A. Bienes jurídicos colectivos

Frente a la poderosa atribución que tiene el Estado de imponer penas a quienes cometan delitos, el llamado *ius puniendi*, surge la inquietud respecto a qué requisitos debe cumplir una determinada conducta para poder ser legítimamente penada. Para ello, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado ampliamente cuáles son los límites al *ius puniendi*, teniendo un lugar privilegiado dentro de ellos el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, a partir del cual se desprende la exigencia de que para que un tipo penal sea legítimo, este debe proteger un bien jurídico legítimo. “Este principio surge de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho Penal, concebirlo como un mal menor que solo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario” (Mir, 1991, p.205).

Para que este principio pueda cumplir adecuadamente su función limitadora a la intervención penal, es menester complementarlo con una definición de “bien jurídico” y “bien jurídico penal”, cuestión que no ha sido un tema pacífico en la doctrina. En palabras de Roxin (1997) “hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de "bien jurídico" de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido” (p. 54). Es de vital importancia, entonces, conocer las diversas definiciones otorgadas a este concepto para poder analizar posteriormente el bien jurídico en particular que le atañe al presente capítulo.

Al respecto, según Villegas (2011), el jurista alemán Binding considera a los bienes jurídicos como creaciones del legislador, corresponde a todo lo que es valorado por el legislador como condición para el desarrollo normal de la vida comunitaria, pudiendo ser intereses individuales o colectivos, pues dependerá de la voluntad del legislador al incluirlos en la ley penal. Así, esta corriente positivista-jurídica considera que valores concebidos previos al Derecho, como el respeto por la vida o a propiedad ajena, no son relevantes sino hasta que sean reconocidos por él, pues la norma es la que crea al bien jurídico.

Una corriente más trascendentalista o positivista naturalista, con autores como Von Liszt, considera que “los bienes jurídicos preexisten a la norma penal y son creaciones de la vida (orden social). Se refieren tanto al individuo (individuales) como a la sociedad (colectivos), y al ser recogidos por la ley –no creados- adquieren la calidad de jurídicos” (Garrido Montt, 1997, p.65). Le atribuye a la norma una función de reconocimiento de bienes jurídicos y no de creación de los mismos, pues considera que estos son valores o intereses previos al Derecho, que se dan en las relaciones sociales y que, en tal contexto, corresponde al Derecho y, eventualmente al Derecho penal, protegerlos.

Welzel (2005), con su teoría finalista, considera que, si bien una de las misiones del Derecho penal es amparar determinados bienes indispensables para la vida en comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud o la libertad, la misión primaria del Derecho Penal no es esa, sino que “asegurar la validez real (observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico” (p.3). Le otorga vital importancia a la función ético-social del Derecho penal, postulando que es más relevante el pensamiento primario detrás de la infracción a la norma que la trasgresión misma de ella, pues es más relevante asegurar el respeto por los bienes jurídicos por sobre la regulación en los casos de infracción de los mismos. En otras palabras, la misión del Derecho penal es asegurar que una persona no piense o quiera matar a otra, más que simplemente castigar al que mate a otro, pues de esta forma se garantiza más comprensiva e intensamente el amparo de bienes jurídicos.

Bustos (2019), por su parte, considera a los bienes jurídicos como relaciones sociales que han sido estimadas como esenciales para la subsistencia del sistema. Lo relevante es el énfasis en los actos humanos que se derivan de estas relaciones sociales, pues las normas penales sólo podrán recaer sobre ellos al pretender la protección de tales bienes jurídicos, lo que exige el cumplimiento del principio de responsabilidad por el hecho y de lesividad.

Advertimos, entonces, las muy variadas definiciones que existen en torno a un concepto tan relevante para el Derecho penal. Sin embargo, aún con tal cantidad de concepciones diferentes, en todas ellas es posible reconocer la existencia y legitimidad de los “bienes jurídicos colectivos”, los cuales “hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social” (Bustos, 2019, p.473).

Aun cuando es cierto que en su origen, el Derecho penal fue concebido con el objetivo de proteger la libertad, como un instrumento de protección de principalmente bienes jurídicos individuales, también es cierto que no se limitó únicamente a ellos, sino que también brindó protección a bienes colectivos. Por tanto, estos no son nuevos en la teoría del delito y han tenido un constante reconocimiento a través de la legislación, jurisprudencia y doctrina penal (Villegas, 2011). Ahora bien, en los últimos años, con el desarrollo de la “sociedad del riesgo”, los bienes jurídicos colectivos han cobrado especial relevancia en los distintos ordenamientos jurídicos penales.

Según Díez Ripollés (2005), la “sociedad del riesgo” es consecuencia de tres circunstancias sociales; (i) la existencia y distribución de nuevos riesgos causados por modernas actividades humanas, mediante nuevas tecnologías, (ii) dificultad para atribuir responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas, (iii) sentimiento de inseguridad generalizado en la sociedad. “En suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal” (p.4). La respuesta a esta sociedad del riesgo es la ampliación del Derecho penal mediante la creación de nuevos tipos penales, que protegen ciertos bienes jurídicos colectivos relevantes para amplios sectores de la población, lejanos a los de aquel “buen y viejo derecho penal liberal” como la correcta administración de justicia, la economía, el medio ambiente, la salud pública, entre otros intereses difusos.

Variadas han sido las críticas erigidas en contra del concepto de “bien jurídico colectivo”. Autores como Hassemer, Padovani y Terradillos Basoco, han señalado que “todo bien jurídico es ajeno al sentido garantista si no se fundamenta materialmente en una realidad individual, de modo que los bienes colectivos carecen de autonomía funcional” (Caro, 1997, p.5). Esta crítica nos resulta interesante y digna de análisis, pues el divorcio absoluto entre bienes individuales y colectivos podría llevar a una aún mayor ampliación del Derecho Penal mediante tipos de peligro abstracto, en detrimento de los principios limitantes al *ius puniendi*.

Bustos (2019) se hace cargo de este tipo de críticas y realiza una nueva clasificación de los bienes jurídicos, con la cual concordamos. Esta clasificación divide los bienes jurídicos en dos tipos: por un lado, aquellos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema,

constituidos por las relaciones entre una persona y otra, comprometiéndose su dignidad personal (bienes jurídicos individuales). Por otro lado, estarían aquellos referidos al funcionamiento del sistema, caracterizada por la relación entre una persona y los otros. Dentro de esta categoría existen tres sub-categorías; (i) bienes jurídicos institucionales, referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema, como los delitos contra la administración de justicia, (ii) bienes jurídicos colectivos, referidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, como la salud pública y, por último, (iii) bienes jurídicos de control, referidos a la organización del aparato estatal, para que éste pueda cumplir sus funciones, como los delitos contra la autoridad.

Ahora bien, para determinar qué bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, merecen ser también bienes jurídicos penales, concordamos con los criterios expuestos por Mir (1991), que exige dos condiciones. En primer lugar, una suficiente importancia social y, en segundo lugar, la necesidad de protección por el Derecho Penal. Para determinar cuáles bienes jurídicos son fundamentales para la vida social, habrá que recurrir a la Constitución y a la comparación con los bienes jurídico-penales que integran el núcleo del Derecho Penal. En cuanto a los intereses colectivos, estos únicamente pueden apreciarse desde la real afectación producida a cada individuo, es decir, serán relevantes en cuanto sean la suma de varias afectaciones individuales, lo que exige la comprobación del daño que efectivamente cause a cada individuo su vulneración.

Pero ¿es la mera extensión del interés a amplios sectores de la población suficiente para que dicho interés se convierta en objeto del Derecho penal? La respuesta, desde el punto de vista del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, protegiendo aquella imagen de que el Derecho penal debiera ser siempre de última ratio, es que no basta la ampliación de un interés en una multitud de sujetos para que este sea merecedor de tutela penal. Habrá que exigir, además, un grado concreto de lesividad individual para que pueda convertirse en objeto de protección del Derecho penal, así como otras consideraciones que es necesario analizar caso a caso. Por ejemplo, en materia de drogas, cuando el bien jurídico que se pretende proteger es la salud pública, será necesario diferenciar entre cada droga en función a su afectación a esta salud pública, lo que necesariamente nos lleva al análisis del efecto nocivo causado en la salud del individuo. También, hay que considerar que, en este caso en particular, la lesión está

acompañada del consentimiento de la víctima. Siguiendo esta línea de pensamiento, Mir (1991) expone que “hasta ahora no se ha creído que el alcohol o el tabaco afecten suficientemente a la salud como para criminalizar su venta o consumo. La prohibición de consumo de tabaco en lugares públicos es admisible en la medida en que se trate de prohibiciones meramente administrativas” (p.213).

B. Concepto de salud pública y su legitimidad como bien jurídico

Antes de referirnos a la salud pública como bien jurídico protegido en el artículo 50 de la Ley N° 20.000, cabe tener presente que este no es el único bien jurídico que pretende amparar dicha ley. Existen tipos penales que según parte de la doctrina serían delitos pluriofensivos, como es el caso de la asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N° 20.000 en donde el objeto de protección es el orden público y la salud. Otro ejemplo es el delito de omisión de denuncia de funcionario público del artículo 13, en donde el bien jurídico amparado es la correcta administración de la justicia (Rebolledo Latorre, 2014). Sin embargo, para Politoff, Matus y Ramírez (2005) en las faltas del artículo 50 nos encontramos con que el único bien jurídico al cual pueden vincularse es la salud pública. Los mismos autores señalan que “las circunstancias en que se realiza el consumo podrían llevar a una sensibilización de dicho bien jurídico, mediante un real o supuesto efecto multiplicador -difusión incontrolable- que la exposición pública o en público del consumo privado podría acarrear” (p. 633).

La pregunta a dilucidar es qué entendemos por salud pública. Politoff y Matus (1988) la definen como “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas y la libertad de los individuos afectados, de resultas de la eventual dependencia física y psíquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción” (p. 14). Esta definición ha calado hondo en doctrina y jurisprudencia chilena, y es citada por la Corte Suprema en diversos fallos¹, y por tanto será utilizada a fin de explicar las consecuencias de adoptar esta postura. Sin embargo, esta comprensión del concepto puede ser criticada desde diversas ópticas.

¹ Corte Suprema Rol 4949-2015, Corte Suprema Rol 25388 - 2021

En primer lugar, no parece razonable la prohibición de ciertas drogas argumentando que conllevan una dependencia física y psíquica de un individuo, cuando existen drogas que son legales, producen dependencia, se encuentran en el mercado e incluso son publicitadas.

Esta contradicción lleva a sospechar que el bien jurídico salud pública es utilizado para sancionar el consumo de ciertas sustancias que el legislador define, pero no necesariamente en base a su capacidad de afectar la salud, puesto que si así fuere se sancionarían todas las drogas con efectos nocivos y que produzcan dependencia. En esta línea, Bustos (1995) señala que “no hay argumento para justificar la función declarada (protección de la salud pública) de la ley penal, pues no se protege frente a toda droga la salud pública y, por otra parte, tampoco las drogas ilegalizadas aparecen como aquellas con una mayor dañosidad social, sino todo lo contrario, esto es, aquellas permitidas” (p. 98). En vista de esta regulación que distingue entre sustancias legales e ilegales, todas con consecuencias indeseadas en la salud de quienes las consumen, es que autores como Díez Ripollés (1987) consideran que en realidad lo que se busca proteger son determinados contenidos morales y culturales, lo cual deja de ser aceptable para el Derecho Penal.

Como se expresó anteriormente, las faltas del artículo 50 de la Ley 20.000 solo pueden vincularse al bien jurídico salud pública. En estas hipótesis, Politoff, Matus y Ramirez (2005) señala que la justificación para castigar a título de falta el consumo en lugares público, el porte en lugares públicos, y el consumo privado previo concierto es evitar que exista un efecto multiplicador, una difusión incontrolable de una práctica. Es decir, evitar que terceras personas perciban que cierto comportamiento es bueno o permitido porque otras lo hacen. En cuanto a la cannabis, este argumento debe ser desechado en tanto no es posible sostener que el consumo de tal sustancia sea contagioso, puesto que afirmar esto es no tomar en cuenta el consentimiento en el daño, en un supuesto en el cual se trate de personas libres. Algo distinto es el especial tratamiento que debe existir para menores de edad y personas carentes de libertad de decisión, en cuyo caso Díez Ripollés (1987) señala que son situaciones en las cuales su consentimiento debe considerarse ineficaz.

Otra línea dogmática en torno a la definición de salud pública como bien jurídico la describe como la suma de las saludes individuales de cierta población. Así, Carrara (1989) plantea que:

“Hay un derecho particular que corresponde al interés que tiene el individuo de que no se le perjudique la salud corporal, no solo por la acción directa de una mano enemiga, sino también por la infección de aquellas sustancias (aire, agua, víveres) que son alimento indispensable y continuo de sus fuerzas vitales. Pero cuando estas cosas se contemplan por la relación que tienen con una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, ese derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente todos las necesitan o las aprovechan, o porque un número indeterminado de ellos puede necesitarlas o aprovecharlas” (p. 261).

Esta comprensión tiene la virtud de eludir la crítica que se plantea en cuanto la salud pública no puede estar desligada de la salud individual de las personas, de tal forma que no es posible sostener su autonomía frente a esta. En nuestro medio, Medina (2016) acoge esta postura, quien señala que “la salud pública no es un concepto que en modo alguno pueda ser construido sino como la sumatoria acumulada de la salud individual de un número significativo de individuos” (p. 256).

Siguiendo esta misma línea de razonamiento, Rey Huidobro (1987) afirma “que el término salud pública es un vocablo que indica la salud de los individuos que componen la sociedad, no es menos cierto que no da la idea de una salud genérica y sin portadores, sino que ha de considerarse la suma de cada una de los pertenecientes a una colectividad de ciudadanos, por eso es por lo que pienso que la defensa de la salud colectiva lleva consigo la individual de cada persona particular. No se puede pretender que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual, ya que ello implicaría pensar que la comunidad social posee una salud distinta que aquella de los individuos que la componen, en cuyo caso, podría ser dañada sin que la de aquellos resintiera” (p.241). Coincidimos con esta visión del concepto de salud pública y consideramos que, en materia de consumo de drogas, la protección a la salud colectiva implica considerar la de la salud individual de los posibles consumidores de drogas, así como de terceros no consumidores que podrían verse afectados por el consumo de otros.

Si bien, como señalamos, la definición de salud pública ha sido arduamente debatida por la doctrina, sin que exista consenso de cuál es su verdadero alcance, limitándose a establecer diferencias respecto a la salud individual más que a llenar de contenido el concepto, lo cierto es que sí hay consenso es que existe como bien jurídico merecedor de tutela penal. Esta

afirmación se ve respaldada por el título XIV de nuestro Código Penal, que establece los “crímenes y simples delitos contra la salud pública”, cuya legitimidad no puede ser seriamente cuestionada, considerando la importancia del bien jurídico para la vida de las personas en sociedad, lo cual se ha visto reafirmado en los últimos años por la pandemia del covid-19.

Resulta fundamental que, a la hora de aplicar tipos penales protectores de la salud pública, se establezca el grado de afectación comprometido y no una aplicación mecánica del derecho. La conceptualización es una importante tarea pendiente, puesto que la falta de esta acarrea problemas de seguridad jurídica, ya que no es posible saber cuándo se realiza la conducta típica si existe un bien jurídico indeterminado. Como señala Pisciotano (2021), “en un Derecho Penal de última ratio, propio de un Estado de Derecho, deben evitarse las definiciones puramente formales cuyo único objetivo es justificar la sanción impuesta por una norma, convirtiendo a las figuras típicas creadas en simples normas de infracción a un deber.” (pp. 99-100).

C. Cannabis y salud pública.

Habiendo llegado a la conclusión de que la salud pública es un bien jurídico colectivo merecedor de tutela penal, cabe ahora centrarnos en la norma del artículo 50 de la Ley N° 20.000 cuando la droga consumida o portada es cannabis sativa, para poder determinar si acaso esta droga en particular afecta hasta tal punto la salud pública que es necesaria una respuesta punitiva por parte del Estado para limitar su consumo.

La determinación del grado de lesividad a la salud producida por el cannabis debe hacerse atendiendo a criterios científicos serios, siguiendo una rigurosa investigación que permita concluir cómo y cuánto daño produce la cannabis sativa al organismo humano. Solo a partir de esa información podrá el Estado aplicar políticas públicas proporcionales a ese daño causado, pues es menester recordar que existen muchos tipos de políticas que podría adoptar el ordenamiento jurídico para proteger a la ciudadanía del consumo abusivo de drogas, siendo el Derecho Penal la última medida que debiese considerar aplicar (última ratio).

La Organización de las Naciones Unidas, clasificó al cannabis en las listas I y IV de la Convención única sobre estupefacientes de 1961, considerándola una sustancia altamente

adictiva y susceptible de uso indebido y que rara vez se utiliza en la práctica médica. Sin embargo, esta clasificación fue revertida en el año 2020 a raíz de las recomendaciones efectuadas por el Comité de expertos de drogas que causan adicción (ECDD) de la Organización Mundial de la Salud en torno al cannabis, las cuales sugirieron a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) eliminar de la lista IV al cannabis, reconociendo sus facultades medicinales.

En su 41° reporte, el ECDD (2019) expuso que el cannabis altera las habilidades motoras y la función cognitiva, lo que afecta la habilidad para conducir. El consumo prolongado de esta droga puede producir un incremento en problemas de salud mental, como ansiedad, depresión y psicosis. También, que es particularmente riesgoso el exponer a niños y niñas a esta droga, pues pueden sufrir depresión respiratoria, taquicardia y coma.

El cannabis puede causar dependencia física en las personas que la consumen a diario o casi a diario, esto fue comprobado por los síntomas de abstinencia que experimentan los usuarios de esta droga al dejar de consumirla, los cuales incluyen alteración gastrointestinal, cambios en el apetito y problemas para dormir. El Manual diagnóstico diferencial de los trastornos mentales en su quinta edición (DSM-5 por sus siglas en inglés) y la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados a la salud en su décima versión (ICD-10) reconocen la dependencia al cannabis y otros desórdenes relacionados con el uso del mismo en sus listados de enfermedades, siendo más comunes en personas por debajo de los 30 años.

A pesar de lo anterior, el ECDD reconoce el uso terapéutico del cannabis y la incipiente investigación en su uso medicinal. Muchos países permiten el uso del cannabis como un tratamiento para la náuseas y vómitos causados por quimioterapia, así como el dolor, problemas al dormir y espasticidad asociados a la esclerosis múltiple. El Comité reconoció la limitada evidencia científica sobre el uso terapéutico del cannabis, pero también que algunas de las preparaciones farmacéuticas del cannabis tienen ventajas para el tratamiento de condiciones, como ciertas formas de dolor y epilepsia.

El Comité expuso que el uso de las sustancias incluidas en las listas I y IV de la Convención Única de Estupefacientes de 1961, como la heroína y otros opioides especialmente peligrosos, está asociado a un riesgo significativo de muerte. Sin embargo, diversos estudios han evidenciado que no existe tal riesgo en el consumo del cannabis, por lo que no está al mismo

nivel de riesgo que la mayoría de las drogas incluidas en la Lista I, pero debido a las altas tasas de problemas de salud pública que surgen de su consumo y el alcance mundial de ellos, recomendó retirarla de la Lista IV, manteniéndola en la Lista I.

Si bien el razonamiento del Comité resulta útil para argumentar a favor del uso terapéutico del cannabis, no resuelve las dudas en torno al uso o consumo recreativo de esta droga, pues si bien se reconocieron los efectos nocivos que tiene en el organismo tanto a corto como a largo plazo, esta situación en singular no basta para afirmar que es necesario que el Estado persiga penalmente su consumo, pues muchas sustancias dañinas son permitidas por el ordenamiento jurídico. Tal es el caso del alcohol, el cual, según un informe del SENDA (2016):

“Se asocia directamente a la causa o agravamiento de 60 tipos distintos de enfermedades, trastornos y daños. Se relaciona directamente con la mayor parte de las enfermedades que en Chile causan más muertes o discapacidad: enfermedad hipertensiva del corazón, cirrosis hepática, trastornos depresivos, úlcera péptica, así como diversas formas de cáncer. Eso explica que en Chile sea el primer factor de riesgo que origina más muertes y discapacidad” (p. 37).

Aún con el daño conocido que causa el alcohol en el organismo, su consumo es lícito para mayores de edad, aunque es rigurosamente reglamentado por la Ley N° 19.925, la cual regula todo el proceso en torno al alcohol desde su producción, distribución y venta hasta su consumo, así como medidas de prevención y rehabilitación del alcoholismo. Esta ley exige el pago de una patente especial para venderlo, establece una edad mínima para consumirlo, lugares para hacerlo, entre muchas otras circunstancias previstas por la ley en pos de la protección a la salud pública.

Cabe ahora preguntarnos por qué entonces el Cannabis no es regulado de manera similar y en su lugar es terminantemente prohibido. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su Sentencia BVerfGE 90, 145 (1994) expuso que “el principio de igualdad no obliga a prohibir o autorizar de la misma manera toda droga que potencialmente sea igual de dañina. El legislador puede, sin violar la Constitución, regular de manera diferente el comercio de productos de cannabis de una parte, y de alcohol o nicotina de la otra” (Schwabe, 2009, p. 105). Considera que no se vulnera el principio de igualdad, porque la nicotina y el alcohol se diferencian del cannabis en los efectos que causa, las posibles formas de uso, las posibilidades

legales y tácticas de combatir el abuso con una perspectiva de éxito, por lo que, si bien el criterio de la salud debe considerarse, no significa que sea el único.

El Tribunal “reconoce que el abuso del alcohol trae consigo peligros tanto para el individuo como para la comunidad, que son casi iguales, o incluso peores, a los del consumo del cannabis” (p. 113). Pero el motivo de peso para la diferencia de trato entre ambos, es el hecho de que el alcohol puede utilizarse de muy diversas maneras que no llevan a la intoxicación, como en alimentos y condimentos o en cultos religiosos; su efecto embriagante es fácilmente evitable mediante el control social. En cambio, en el consumo del cannabis siempre se obtiene o se pretende obtener un efecto embriagante.

Hay que señalar que el argumento que da el Tribunal, si bien puede ser formalmente correcto, no puede considerarse determinante, puesto que si lo llevamos a la realidad en Chile es insuficiente. La realidad es que Chile tiene un alto índice de consumo, y la prohibición en cuanto al acceso de cannabis no hace más que dañar efectivamente la salud pública, impidiendo a los consumidores acceder a lo que sería un producto que cumpla con estándares mínimos de salubridad. Por otro lado, no es cierto que el efecto embriagante del alcohol es controlable socialmente, en tanto en Chile “el consumo y la facilidad de acceso al alcohol han sido reconocidos como factores que inciden en la comisión de crímenes violentos como homicidios, asaltos, robos y violencia sexual” (Castillo, 2014, p. 18). Además, es de público conocimiento que el manejo en estado de ebriedad ha sido determinante en muchísimos accidentes de tránsito, al punto de motivar la legislación específica en el área mediante la promulgación de la Ley N° 20.580 (también llamada “Tolerancia Cero”) y la Ley N° 20.770 (Ley Emilia).

La dicotomía entre prohibición y consumo se acentúa al analizar la norma objeto de esta investigación. En particular, respecto del porte de cannabis y el consumo en lugares privados previo concierto no existe fundamento suficiente para señalar que se está afectando algo más allá de la salud individual de quienes realizan la conducta del tipo. En el caso del porte, se trata de una figura de peligro abstracto que pretende tutelar el bien jurídico salud pública, sin embargo, el mismo artículo señala que se satisface el tipo penal cuando el porte es para el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, de tal forma que no existe el peligro de difusión incontrolada que sostiene la doctrina, como sí ocurre en el caso de porte del artículo 4

de la Ley N° 20.000. Algo similar ocurre respecto del consumo privado previo concierto, en tanto si quienes realizan la conducta son sujetos autónomos y libres que han decidido consumir cierta sustancia, no pueden ser merecedores de castigo. El caso del consumo en lugares públicos requiere mayor análisis en tanto es el único supuesto de la norma en el cual puede existir un daño real a terceras personas, toda vez que, si el consumo de cannabis se realiza mediante combustión, es probable que se contamine el aire y con esto se afecte el sistema respiratorio de quienes se encuentren en el lugar (como también pueden verse afectados con los efectos propios del cannabis). Ahora, la droga en cuestión tiene diversas maneras de consumo, por lo que existirían supuestos en los cuales un individuo consuma cannabis en un lugar público sin afectar la salud de otras personas. Estos temas serán abordados cuando se analicen en particular las conductas del artículo 50.

III. Capítulo II: El principio de proporcionalidad.

A. Cuestiones preliminares.

En palabras de Lascuráin (2020) “no hay quizás principio más significativo que el de proporcionalidad para dibujar los límites del Derecho Penal: **qué puede considerarse delito y cuánto puede pensarse**”. Esta descripción da cuenta de las dos acepciones propias de este principio; por un lado sirve como criterio de legitimación de la intervención penal y, por otro, como una medida entre el delito y la pena.

Inicialmente, según Kraft (2007), el principio de proporcionalidad fue desarrollado por el Tribunal Superior de lo contencioso administrativo en Prusia, el cual aplicaba el concepto de “prohibición de exceso” “como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de la policía” (p.577-578). Por otra parte, ya desde el clásico tratado de Beccaria de 1764 se consideró al principio de proporcionalidad como uno de los más importantes límites al feroz poder punitivo del Estado, diciendo, entre otras cosas, que “si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él una mayor ventaja” (2015, p.27).

A pesar de la fuerte influencia del tratado de Beccaria en el Derecho penal liberal, la definición expuesta es limitada en la actualidad, considerando los estándares y exigencias de nuestro actual Estado de Derecho y los límites que este posee en lo que respecta a su poder punitivo. En el último tiempo, el principio de proporcionalidad ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y jurisprudencia penal, destacando especialmente la del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, pionero en definir este principio. Según Schwabe (2009), el Tribunal expuso en su sentencia BVerfGE 90, 145, 173 que:

“Para una evaluación plena entre la gravedad de la intervención y el peso y profundidad de los fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición (prohibición de exceso en la reglamentación o principio de proporcionalidad en sentido estricto, *Übermaßverbot*). El examen con base en esos criterios puede llevar a la conclusión de que un medio –en sí mismo adecuado y necesario para la protección del bien jurídico– no se pueda aplicar, porque los perjuicios para los derechos fundamentales de los implicados que de allí se derivan sean mayores que los bienes jurídicos a proteger, de manera tal que los medios empleados para la protección aparezcan como desproporcionados”.

Pero antes de entrar de lleno a la definición jurídica del principio de proporcionalidad, es menester aclarar que concordamos con Hassemer (2012) al decir que “la proporcionalidad no es un descubrimiento de los juristas, sino que pertenece a nuestra existencia en el estatus civil, determina nuestra relación con los demás. El que matar moscas a cañonazos carezca de sentido parece, sobre todo, una instrucción bien fundamentada desde el punto de vista técnico o económico, pero también pone de manifiesto que el actuar tiene una medida” (p. 193). Esta “medida del actuar” se identifica con el concepto de justicia material, la cual se expresa en nuestras relaciones sociales, cuando las personas declaramos ciertos actos o situaciones como “justas” o “injustas”. No hace falta ser un jurista ni tener conocimientos en Derecho para afirmar que una medida (jurídica o no) es desproporcionada. Sin embargo, con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este concepto en el ámbito jurídico, se ha logrado definir cuales son las características que deberían cumplirse para afirmar que estamos ante una actuación

desproporcionada del Estado, siendo una herramienta muy utilizada en argumentaciones jurídicas exitosas.

Si bien, como ya mencionamos, el concepto de la proporcionalidad proviene de nuestras relaciones sociales y, por tanto, previo al Derecho, tal como exponen Arnold, Martínez y Zuñiga (2012) “desde la ley Fundamental de Bonn de 1949, el Tribunal Constitucional Federal desarrolló el concepto de la proporcionalidad con estrecha referencia a la naturaleza de los derechos fundamentales y al estado de Derecho” (p.68). Con la extensión del constitucionalismo, no es posible definir este principio sino es dentro del contexto de un Estado de Derecho, donde las normas y principios jurídicos limitan la actividad estatal en todos sus ámbitos, siendo el punitivo sólo uno de ellos, pero donde más relevancia adquieren estos límites, por la intensidad de la intervención en la vida y derechos de los ciudadanos.

El reconocimiento positivista de este principio se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que expresaba “la ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias”. Pero la construcción de este principio como lo conocemos hoy en día, se debe principalmente a la doctrina y jurisprudencia alemana. Zuñiga, Martínez y Arnold (2012) señalan que “así, el Tribunal Constitucional alemán reconoció expresamente en 1968 que la “prohibición de exceso” (Übermaßverbot) y el “principio de proporcionalidad” (Verhältnismäßigkeitsprinzip) eran reglas generales aplicables en todos los ámbitos de la actividad estatal, cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional del Estado de Derecho del que aquéllas reglas se deducen”. (p.5). Esta concepción se ha mantenido hasta la actualidad en Alemania.

En cuanto a su reconocimiento en nuestro continente, cabe mencionar que no existe una norma que contemple expresamente este principio en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha reconocido, como expresó en la Opinión Consultiva 5/85 (1985), donde sostuvo que en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la “existencia de una necesidad social “imperiosa”, es decir, debe estar orientada “a satisfacer un interés público imperativo”; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo “debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho

protegido”, y (iii) la restricción debe ser “proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”. (p.14)

Situación similar ocurre en nuestro país, donde la Constitución no contiene ninguna norma que consagre expresamente este principio, pero la doctrina considera que sí se encuentra reconocido al ser un principio inherente al Estado de Derecho. Nogueira (2010) señala que “el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al derecho” (p.374). Por lo que, aún sin consagración expresa, es posible afirmar que el principio de proporcionalidad pertenece a nuestro ordenamiento jurídico constitucional y, por tanto, debiese ser respetado en todas las formas de actuación del Estado. Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias (por ejemplo, roles N°s 1518/2009, 1584/2009 y 2022/2011).

Amplio reconocimiento ha recibido la proporcionalidad, tanto en el plano internacional como en el nacional, lo cual ha sido coincidente con el desarrollo de la doctrina de los derechos fundamentales y la relevancia de su protección. Ambos elementos están relacionados entre sí, pues, en esencia, lo que pretende este principio es vetar las intervenciones excesivas de los poderes del Estado para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. En palabras de Neumann (2014) “el principio de proporcionalidad prohíbe imponer a los particulares aquella carga que, en atención a la finalidad así perseguida en términos instrumentales, no resulte necesaria ni adecuada en términos normativos. Restringe la intervención punitiva estatal sobre los ciudadanos y por eso mismo es primariamente un principio protector de la libertad” (p. 201)

Por su parte, Barnés Vázquez (1994) lo define como “el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser ‘susceptible’ de alcanzar la finalidad perseguida, ‘necesaria’ o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad

de los ciudadanos y ‘proporcional’ en sentido estricto, es decir, ‘ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades” (p.500).

A pesar de su extenso reconocimiento, este principio no ha estado exento de críticas. En general, estas se enfocan en que sea un “principio relacional”, es decir, que compara dos magnitudes y, por lo tanto, es, según Ruiz y De la Torre (2011), “un principio de carácter relativo, del que no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por referencia al caso concreto” (p.29). Una norma no puede ser desproporcionada per se, sino que es desproporcionada en relación al fin que persigue y, en este sentido, es útil como herramienta de argumentación, pero no como aplicación general.

Al respecto, concordamos con Neumann (2014), al decir que “si lo vemos de modo realista, no se le puede exigir eso. Los principios jurídicos no son una guillotina, sino argumentos que pueden alegarse a favor o en contra de determinadas regulaciones”. El principio de proporcionalidad tiene mucha fuerza argumentativa, porque apenas resiste contra argumentos, por lo que difícilmente se puede seguir defendiendo una medida que ya ha sido declarada como desproporcionada. El mismo autor señala que “si estamos de acuerdo en que determinada pena resulta desproporcionada para cierta conducta, entonces contamos con un punto de partida para seguir discutiendo sobre posiciones controvertidas. El principio de proporcionalidad genera posibilidades de argumentación y de consenso que, sin aquel, no serían alcanzables.” (p.211).

Por último, es posible apreciar en todas las conceptualizaciones anteriormente expuestas del principio de proporcionalidad la identificación de dos elementos. Por un lado, la protección de derechos fundamentales y, por otro, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esto deja en manifiesto la relevancia de la cabal comprensión de estos subprincipios para el logro del objetivo de esta investigación, cuestión que será resuelta en la siguiente sección.

B. Subprincipios

Corresponde analizar el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual según la doctrina se compone de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Dicha tríada clásica puede ser complementada con el fin jurídico público legítimo, lo que quiere decir que antes de analizar los subprincipios de la proporcionalidad en sentido amplio, debemos preguntarnos si existe una “finalidad susceptible de ser reconocida” (Contreras, 2021, p. 21). Este mismo autor señala que la protección de bienes jurídicos representa siempre un fin legítimo, cuestión que compartimos.

Cabe hacer presente que en Alemania el principio de proporcionalidad es considerado un principio autónomo y general del ordenamiento jurídico, sin embargo, no existe unanimidad respecto de su contenido exacto o las denominaciones utilizadas para referirse a las distintas categorías que lo integran. Aún así, es posible identificar a lo menos los tres subprincipios que se pasan a comentar, los cuales son útiles al objeto de la presente investigación.

Del mismo modo, hay que distinguir dos clases de normas en las cuales opera el principio de proporcionalidad en sentido amplio; normas de conducta y normas de sanción. Desde que Binding trató el tema de las normas y leyes penales en su libro “Las leyes penales y su transgresión” (1872), se ha asentado en la doctrina la idea de que, como expone Bacigalupo (1996), “las leyes penales contienen dos partes: el precepto y la sanción. El precepto prohíbe o manda algún comportamiento y la sanción se prevé para el incumplimiento del mismo” (p.27). Estas dos partes de la ley penal han sido nombradas por la doctrina como “normas de conducta” y “normas de sanción”, respectivamente. De acuerdo con Mañalich (2010) “la relación lógica entre norma de comportamiento y norma de sanción se corresponde, por ello, con la relación entre regla primaria y regla secundaria: la norma de sanción es una regla por la cual el aplicador del derecho resulta habilitado para la imposición de la pena como reacción jurídica a la contravención de una norma que fundamenta una obligación” (p.172). Las normas de conducta son aquellas contenidas en el tipo penal, y deben ser analizadas a la luz del principio de proporcionalidad en el momento legislativo. Por su parte, las normas de sanción son aquellas que imponen al condenado un tipo de sanción especial por haber infringido una norma de conducta (penas privativas de libertad y/o pecuniarias), y deben ser estudiadas en el momento judicial.

i. Idoneidad.

- a. Como norma de conducta: se refiere a la capacidad que tiene el Estado de alcanzar la finalidad pretendida mediante la intervención penal. Siempre debe analizarse a la luz del bien jurídico que la norma pretende proteger. Mayer (2007) señala que para saber qué bienes son bienes jurídicos hay que preguntarse por el merecimiento de tutela, la necesidad de tutela y la capacidad de tutela. A esta última característica es a la cual nos referimos al hablar de idoneidad. Mayer señala que el momento en el cual se analiza la capacidad de tutela corresponde al legislador en la creación de la norma, en tanto “no todo deber puede ser ni ha de ser impuesto forzosamente” (p. 29). Por su parte, al referirse al bien jurídico penal, Silva Sánchez (1992) plantea que “no basta con que un determinado bien jurídico merezca la protección penal e incluso pueda necesitar de ella, ante la ineficacia de otros medios. Es preciso también que sea «susceptible» de ser protegido penalmente” (p. 289).
- b. Como norma de sanción: para referirnos a si una sanción es o no idónea, hay que preguntarse para qué. Y la respuesta depende de cuál postura se asuma respecto de la teoría de la pena, puesto que al declarar la finalidad de la sanción se puede hacer el examen sobre si la pena es capaz de contribuir a esa finalidad. A este respecto, compartimos lo planteado por Frisch (2020), quien señala que existen unas pocas teorías de la pena que pueden sostenerse en este momento, puesto que muchas teorías “se han vuelto incompatibles con postulados que ya no están disponibles para nosotros o con puntos de vista o conocimientos que ya no pueden cuestionarse seriamente” (p. 3). Dentro de las teorías que son aceptables en la actualidad, se encuentra aquella que señala que el fin de la sanción penal es la confirmación de la vigencia de una norma de conducta para impedir un daño de vigencia. Se señala que la pena tiene la tarea de reestablecer la vigencia del derecho, afectando los derechos del autor del hecho antijurídico en la medida de su culpabilidad. De este modo, la pregunta a responder es si el derecho penal, en el momento de aplicación de una pena, es o no una herramienta adecuada para restablecer la vigencia de una norma de conducta que ha sido infringida. Aguado Correa (1999), al referirse al principio de idoneidad, recalca el carácter de última ratio del derecho penal en tanto únicamente puede intervenir cuando sea “mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su

intervención cuando político-criminalmente éste se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado o cuando incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos” (pp. 150 - 151). Si esto es así, el principio de idoneidad excluye las teorías absolutas de la pena, puesto que la pena será idónea o no siempre en relación a su capacidad de prevenir delitos. Por tanto, como se señaló, este principio se asocia a las teorías relativas de la pena, tanto la prevención general como especial. En esta línea, Aguado Correa (1999) señala que “habrá que excluir del Derecho penal aquellas penas que se manifiesten como ineficaces por no servir a la prevención” (p. 153).

Pese a estas elaboraciones doctrinales, lo cierto es que la idoneidad debe medirse empíricamente en relación al sistema. Como señala Hassemer (2014), la idoneidad del medio penal será relativa siempre a la posición teórica que se asuma respecto del derecho penal. De esta forma, una pena podrá ser idónea frente a una concepción y no serla frente a otra. Del mismo modo, una pena será idónea en un Estado autoritario y podrá ser inidónea en un Estado social y democrático de Derecho.

ii. Necesidad.

- a. Como norma de conducta: siguiendo a Contreras (2021) una norma de conducta será necesaria cuando no exista ningún medio menos gravoso e igualmente idóneo para la protección del bien jurídico en cuestión. Este subprincipio se relaciona estrechamente con el concepto de última ratio, carácter fundamental del derecho penal. Para Hassemer (2014), el principio de necesidad “exige una búsqueda imaginativa de alternativas a la intervención penal que sean igualmente adecuadas para la consecución de los fines, pero menos gravosas” (p. 195). Para Perello, la necesidad o *juicio de indispensabilidad* supone que “de entre los diversos medios posibles, habrá de optarse por aquel que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es, que no se imponga un sacrificio claramente innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa que puede satisfacer igual objetivo” (p. 70). Se trata de reconocer cuándo existe un requerimiento que no puede ser abordado de una manera alternativa a la penalidad. Para responder esta pregunta, la doctrina divide este principio en dos; principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima. El primero dice relación con que al derecho penal le corresponde

únicamente responder frente a ataques contra bienes jurídicos penales. Para Aguado Correa (1999), este principio permite la exclusión de la penalidad de comportamientos que pretenden proteger meramente valores éticos o morales, por ejemplo la moral sexual. En cuanto al principio de intervención mínima, Muñoz Conde (2001) plantea que “el derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes” (p. 61). De lo que se trata es que la intervención penal, al ser la medida más gravosa contemplada en el ordenamiento jurídico, debe actuar en cuanto se amenace, perturbe o lesione un bien jurídico penal, pero no cualquier amenaza, perturbación o daño conllevará la respuesta punitiva, sino solo aquellas de mayor entidad.

- b. Como norma de sanción: para Contreras (2021), “el criterio de la necesidad de una sanción penal exige indagar si el objetivo perseguido de estabilización normativa se puede alcanzar con medios igualmente efectivos, pero menos gravosos; es decir, con los instrumentos que ofrece el Derecho civil o administrativo” (p. 31). De esta manera, se trata de evaluar sobre si la imposición de la pena es la única herramienta que tiene el Estado para confirmar la vigencia de la norma de conducta que ha sido infringida por el autor.

iii. Proporcionalidad en sentido estricto.

Cabe advertir que, al igual que los otros subprincipios, en el ámbito penal existen dos momentos en los cuales la proporcionalidad en sentido estricto opera. Así, Aguado Correa (1999) plantea que “el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena en el momento legislativo; en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho concreto cometido” (p. 278).

- a. Como norma de conducta: A este primer momento legislativo se refieren Bustos y Hormazábal (2006), quienes señalan que en la determinación de la pena en abstracto el legislador debe tener en consideración el fin de la norma penal, esto es, el bien jurídico que protege. De esta forma, “la pena se determinará normativamente en abstracto conforme a una jerarquización de los bienes jurídicos” (p. 96). Dicha jerarquización

debiese ser armónica en el sentido de asignar las penas más gravosas a los injustos de mayor desvalor, sin embargo hoy en día constituye una tarea pendiente.

- b. Como norma de sanción: En general, cuando la doctrina se refiere al principio de proporcionalidad, se refiere más bien a este subprincipio. Se trata de una antigua idea de que debe existir una relación alícuota entre la gravedad del hecho y la entidad de la sanción. Mir Puig (2008) señala que este principio nace en la justificación de las medidas de seguridad, las cuales no cuentan con el presupuesto de la culpabilidad y por tanto se acude a la idea de proporción para graduar la magnitud de las medidas a imponer con relación a la pena probable. Agrega que “la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal” (p. 127). En esta idea se encuentra el núcleo de la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, el vínculo existente entre la valoración social del comportamiento y la pena que se le asigna. En cuanto al momento judicial, también llamado proporcionalidad *concreta*, se trata de la imposición de una pena a determinada persona por cierto hecho, pena que no puede ir más allá de la legalmente aplicable atendido el grado de culpabilidad del sujeto. Además, compartimos la postura de Aguado Correa (1999) en el sentido que la proporcionalidad *in strictu sensu* constituye para el juez un límite máximo y no uno mínimo, de manera que “no impide que pueda disminuirse o incluso renunciarse a la pena por razones de prevención especial y, más concretamente, para impedir la desocialización o facilitar la socialización” (p. 321).

C. Recapitulación.

Hemos expuesto en este capítulo los principales aspectos del principio de proporcionalidad entendido modernamente, en especial desde una visión marcada por el desarrollo doctrinal a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. Hoy en día, el principio de proporcionalidad se entiende como una máxima que debe inspirar todas las actuaciones del Estado y ya no exclusivamente el poder punitivo o el derecho administrativo sancionador. Así, este principio se ha convertido en un principio general del ordenamiento jurídico. Gracias a los subprincipios que componen la proporcionalidad en

sentido amplio, es posible evaluar cuándo determinados actos se ajustan a los presupuestos de un Estado de Derecho.

Considerando la relevancia del principio de proporcionalidad y su eficacia como herramienta de análisis de una norma, creemos oportuna la utilización de este principio en particular para llevar a cabo el objeto de la presente investigación, esto es, analizar los tipos penales del artículo 50 de la Ley N°20.000, con el propósito de determinar si cumplen o no con el mandato de proporcionalidad. En otras palabras, determinar si es idóneo, necesario y estrictamente proporcional, para la adecuada protección de la salud pública, prohibir el consumo y porte de marihuana. Así como analizar si las sanciones aplicables (multa, asistencia obligatoria a programas de prevención, tratamiento o rehabilitación, participación en actividades determinadas en beneficio de la comunidad y la pena accesoria de suspensión de licencia de conducir) son proporcionales a las conductas descritas.

IV. Capítulo III: El principio de proporcionalidad en relación con la conducta típica en los delitos del artículo 50 de la Ley N° 20.000.

A. Consumo de cannabis en lugares públicos.

a. Fin jurídico-público legítimo.

Ya adelantamos en el primer capítulo de este trabajo que el bien jurídico protegido por el artículo 50 de la Ley N° 20.000 es la salud pública, concepto carente de una definición unívoca, pero que ha sido entendida por un amplio sector de la doctrina como la sumatoria de las saludes individuales de las personas de un determinado territorio, definición con la cual coincidimos y aplicaremos en el presente análisis. Expusimos también allí los requisitos para considerar legítimo a un bien jurídico y determinamos que la salud pública es un bien jurídico legítimo, merecedor de protección penal.

Ahora, corresponde realizar un análisis de proporcionalidad entre la protección de la salud pública y la norma contenida en el inciso primero del artículo 50 de la Ley N° 20.000, que sanciona el consumo de drogas en lugares públicos en los siguientes términos:

“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”

b. Conducta típica

En primer lugar, es necesario definir qué entendemos por “consumo” y, en particular, las modalidades de consumo del cannabis. La ley N° 20.000 no define la acción de consumir, por lo que es necesario recurrir a textos extralegales, como el diccionario de la Real Academia Española (2020) que define consumir como “utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos”. Ahora bien, la manera en que se consume cada droga va a depender del tipo de sustancia que sea. Algunas de ellas se consumen vía oral, como el alcohol, o a través de su combustión, como el tabaco, o inhalándolas, como la cocaína y así un largo etcétera. En el caso de la marihuana, esta puede ser consumida de diversas maneras, tales como la vaporización, combustión y la ingesta de alimentos preparados con cannabis, principalmente. En el primer capítulo de nuestra investigación expusimos sobre los daños a la salud de terceras personas que puede causar el humo generado por la combustión de marihuana, sin embargo, resulta interesante destacar que al consumir marihuana en forma de alimento, la única salud afectada es la individual y, por tanto, no debiese ser una conducta antijurídica. Esta forma de consumo sí podría ser problemática en la medida que terceras personas, particularmente menores de edad, la observaran y se vieran influenciados por ella, incurriendo en la misma conducta, afectando su salud. Ahora bien, esta afectación resulta cuestionable en tanto el vínculo de afectación requiere el conocimiento de la tercera persona respecto de que, aquello que se está consumiendo en forma de alimento, contiene droga, lo cual parece poco probable puesto que, en principio, es imperceptible, pues, a diferencia de la combustión, el alimento no emite olores.

En segundo lugar, la ley tampoco define “lugar público o abiertos al público”, pero da ilustradores ejemplos diciendo “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”. Lo relevante de que la norma exija un lugar determinado para que la conducta sea punible es que es posible interpretar, a contrario sensu, que el consumo realizado en lugar privado es atípico y, por tanto, una conducta irreprochable jurídicamente. Así lo ha entendido también Matus y Ramírez (2021), al exponer que “el consumo privado de sustancias estupefacientes o sicotrópicas no es en Chile un delito, ni siquiera una falta, pues se trata de actos privados que no ponen en riesgo eventual más que la salud individual del propio consumidor, hecho el cual la ley, con sano criterio, ha preferido dejar librado a la propia conciencia de las personas” (p. 513).

c. Idoneidad de la prohibición del consumo de cannabis en lugar público

Ya definida cuál es la conducta típica y determinada la legitimidad del bien jurídico protegido, para realizar el análisis de proporcionalidad debemos atender al primer subprincipio: el de idoneidad, es decir, preguntarnos si resulta idóneo para proteger la salud pública el prohibir esta conducta. Según Hassemer (2014) “la afirmación de que en todo caso un medio debe ser idóneo para la consecución de un fin para ser admisible en un Estado de Derecho, plantea a la teoría y a la práctica jurídico-penal la cuestión de las consecuencias de las intervenciones del Derecho penal” (p.194). Es, por tanto, una cuestión empírica, exige analizar las consecuencias de la aplicación de la norma en relación con su fin, el cual siempre es la protección de un bien jurídico que en este caso particular resulta ser la salud pública. Contreras (2021), por su parte, considera que “un medio es idóneo cuando permite o posibilita promover la consecución de un fin jurídico público legítimo, aun si esto no se logra en todos los casos particulares. No es decisivo que los medios empleados sean los mejores o los más adecuados: es suficiente con que logren contribuir al propósito que persiguen” (p.22).

En otras palabras, hay que preguntarnos, primero, ¿afecta a la salud pública el consumo de cannabis en lugares públicos? la respuesta, como ya expusimos anteriormente, es sí, cuando el consumo se realiza mediante combustión, el humo producido puede afectar la salud de terceras personas, siendo los menores de edad especialmente vulnerables a él. Ahora ¿es la prohibición absoluta del consumo en lugar público una manera efectiva (idónea) para evitar este daño a la salud? en nuestra opinión, sólo la prohibición del consumo de cannabis mediante combustión es idónea para lograr el objetivo de proteger la salud pública, pues el consumo del cannabis

mediante alimentos en un lugar público o abierto al público no afecta más que la salud individual y, por lo tanto, no debería considerarse como parte de la conducta punible. La ley, sin embargo, no realiza esta distinción.

d. Necesidad de la prohibición de consumo de cannabis en lugares públicos

Superada la etapa de la idoneidad, el siguiente subprincipio que corresponde analizar es el de necesidad. En el examen de necesidad, de acuerdo a Nogueira (2010), “debe analizarse si la norma restrictiva del derecho es una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa a la considerada que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad constitucionalmente legítima y sea menos restrictiva del o de los derechos fundamentales afectados” (p. 357). El subprincipio de necesidad nos exige comparar diferentes formas de regular el consumo de cannabis que logren proteger la salud pública y elegir de entre ellos el menos gravoso. Estos medios pueden ser encontrados fuera del Derecho o dentro de éste, debiendo priorizarse las alternativas que excluyan al Derecho penal, por el principio de última ratio.

Urge, entonces, determinar qué derecho es restringido por la norma en análisis. El artículo 50 de la Ley N° 20.000 sanciona a “los que consumieren” y a “quienes tengan o porten” alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 1° de la misma ley, es decir, limita la libertad de las personas, particularmente la libertad de actuación. Esta constituye un derecho básico reconocido en cualquier Estado de Derecho desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuyos artículos 4° y 5° disponen que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley” y que “La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”. Siguiendo esta línea de razonamiento, una persona adulta con capacidad de discernimiento tiene una expectativa de no interferencia en su decisión de consumir drogas, pues es una acción que se encuentra dentro de la esfera de su vida privada, en la medida que no afecte a otros miembros de la sociedad. La norma del artículo 50 de la ley

20.000 restringe este derecho fundamental, pues si bien el consumo de drogas en Chile está permitido, el inciso primero del artículo 50 prohíbe hacerlo en cualquier lugar abierto al público. La prohibición respecto al consumo de cannabis en lugares públicos es absoluta, a diferencia de otra sustancias como el tabaco, que tiene una pormenorizada regulación en la ley 19.419, cuyos artículos 10 y 11 establecen detalladamente lugares en los que está prohibido y permitido fumar, siendo bastante restringido, pero no absolutamente prohibido, como sí lo es el consumo de cannabis.

Nuestra Constitución reconoce el derecho a la libertad en su artículo 1° y 19 N° 7 diciendo que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que “la Constitución asegura a todas las personas (...) el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”. Si bien nuestra Carta Fundamental no consagra expresamente el derecho a la libertad general de actuación, Pardo Vergara (2019) considera que “parece plausible sostener la consagración de un derecho de libertad general en la Constitución chilena, en tanto su afirmación resulta como consecuencia de la contemplación del significado atribuido al encabezado del artículo 19 número 7 de la carta, a la luz de la forma en que se han entendido las declaraciones que ella formula acerca de la libertad como cualidad de la persona, y del fundamento y finalidad del Estado traducidos en deberes” (p.26).

Habiendo esclarecido cuál es el derecho fundamental afectado por la norma y que la prohibición de consumir cannabis mediante su combustión en lugares abiertos al público es un medio idóneo para proteger la salud pública. La pregunta ahora es ¿existen maneras alternativas de regular el consumo de cannabis que proteja la salud pública y que limite en menor medida la libertad general de actuación? Para arribar a una respuesta, primero es necesario saber que otros medios disponibles existen.

En primer lugar, podemos considerar la opción de permitir el consumo de cannabis sin limitaciones, y sin regular su mercado. Esta alternativa, a pesar de su irracionalidad, resulta ser la más simple legislativamente, pues solo habría que eliminar al cannabis del Decreto 867 que aprueba el Reglamento de la Ley N°20.000, lo cual es una atribución especial del Presidente de la República de acuerdo al artículo 32 n°6 y 35 de nuestra Constitución. Sin embargo, esto

se contradice evidentemente con el objetivo de la norma, pues las personas consumidoras podrían dañar la salud de terceros al consumir cannabis en espacios inapropiados, como cerca de menores de edad o personas de la tercera edad. Por otra parte, si simplemente se permitiese el consumo de la droga sin regular su mercado, habría un vacío legal peor que el actual, la cadena de producción quedaría solo en manos de narcotraficantes, lo cual llevaría a serios problemas de seguridad pública y también de salud, porque no podrían controlarse los componentes de la droga vendida, lo cual perjudica la salud de las personas consumidoras. Sería una medida absolutamente irresponsable y no resulta viable en un Estado democrático de Derecho, por lo que queda descartada de plano por no cumplir con el objetivo de proteger la salud pública y, además, poner en riesgo la seguridad de la sociedad, aun cuando podría argumentarse que se estaría garantizando de mejor manera el derecho fundamental de la libertad.

Otra alternativa a considerar es la de permitir el consumo de cannabis estableciendo limitaciones en lugares para consumirlo, así como regulando su método de producción y compraventa. En otras palabras, establecer mediante una ley el cómo, cuándo, dónde y quién puede consumir marihuana, junto con una política de prevención que informe sobre los daños que puede causar al organismo, así como medidas de rehabilitación para personas con adicción. Sería una regulación similar a la que tiene nuestro país respecto del tabaco y el alcohol o la que mantiene actualmente Uruguay en su ley N°19.172 respecto del cannabis. Esta opción podría permitir el consumo de cannabis en ciertos lugares públicos, resguardando la salud pública.

No existen muchas fuentes jurídicas disponibles que analicen el impacto de la legalización del consumo de cannabis en la salud y seguridad pública, pero hay diversos estudios y notas periodísticas al respecto. El estudio de Laqueur, Rivera-Aguirre, Shev, Castillo-Carniglia, Rudolph, Ramirez J, Martins y Cerdá (2020) reveló que no hay evidencias de un impacto en el consumo de cannabis desde su regulación en Uruguay, aunque sí se encontró un aumento en la percepción de los estudiantes sobre la disponibilidad del cannabis. Por otra parte, la VIII Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media en Uruguay (2020) determinó que “El consumo de marihuana se mantiene estable para las dos últimas

ediciones y la percepción de riesgo de consumo también detuvo su tendencia a la baja, no obstante, estos datos deben tomarse con cautela y esperar una nueva medición para confirmar una tendencia” (p.6) y que “La Junta Nacional de Drogas, así como diversas organizaciones sociales, en el marco del debate e implementación de la ley que regula el mercado de cannabis en el país, son claras en relación al alto riesgo que corren niños y adolescentes ante su consumo y el de cualquier otra sustancia; por lo tanto, el foco debe estar en fortalecer el conjunto de acciones que lleven a aumentar la percepción del riesgo del consumo de marihuana y subir el umbral de tolerancia respecto a su consumo” (p.7).

De lo anterior se desprende que es cierto que el consumo en lugares públicos genera una mayor normalización del consumo de cannabis, promoviendo el “efecto multiplicador” del que hablaba Matus y Ramírez. Lo anterior puede ser perjudicial para menores de edad si no se acompaña de una buena política preventiva, pero también puede ser solucionado estableciendo lugares para consumidores en espacios públicos alejados de niños, niñas y adolescentes.

A nuestro juicio, esta alternativa parece ser la más adecuada para la protección de la salud pública y el aseguramiento de la libertad general de actuación, pues establecería lugares específicos para fumar en espacios públicos que no afecten a terceros y regularía el mercado del cannabis, lo que mejoraría la salud de los consumidores, además del positivo impacto que tendrían las políticas de prevención y rehabilitación en la protección de la salud pública.

Tras el análisis de necesidad, podemos afirmar que el inciso primero del artículo 50 de la ley N° 20.000 es una norma idónea, pero no necesaria, toda vez que existe una mejor alternativa para lograr el objetivo de protección de la salud pública y limita en menor medida el derecho fundamental de la libertad.

e. Proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición del consumo de cannabis en lugar público.

De acuerdo a Nogueira (2010) “solo si la medida es considerada adecuada a la obtención del fin constitucionalmente legítimo se pasa al tercer escalón de análisis evaluando si dicha medida es la que menos daña el ejercicio de los derechos en vista del objetivo perseguido,

estableciendo una adecuada proporcionalidad entre beneficio y daño” (p.361). Habiendo declarado que la norma del inciso primero no responde al subprincipio de necesidad, se vuelve inútil analizar dicha norma bajo el subprincipio de proporcionalidad estricta. Sin embargo, para concluir adecuadamente el presente análisis, es menester hacer un pequeño comentario respecto de la medida alternativa propuesta, a la luz de este último subprincipio.

Para llevar a cabo el examen de proporcionalidad en sentido estricto, seguiremos la estructura propuesta por el profesor Contreras (2021), quien, siguiendo al profesor Michael (2011), plantea tres pasos a seguir.

Primero, “es necesario identificar los intereses que tienen que ser ponderados” (p. 26). En materia de drogas, los dos intereses contrapuestos son la libertad general de actuación de las personas consumidoras (artículos 1 y 19 N°7 de la Constitución) y el derecho a la salud de quienes comparten el espacio público con ellas, sean o no consumidores (artículos 19 N°9).

Luego, “hay que determinar concretamente cuán intensamente afecta la norma de conducta los derechos fundamentales” del consumidor y, por otro lado, “el grado en que se alcanza la finalidad perseguida por la norma y, con ello, el beneficio específico para el bien común” (p.26). Respecto a lo primero, consideramos que la prohibición que realiza el inciso primero del artículo 50 no representa una afectación *grave* a la libertad de las personas consumidoras, pues abstenerse de fumar cannabis en lugares públicos puede ser una exigencia legítima del legislador, equiparable a la prohibición de consumir alcohol en vía pública contenida en el artículo 25 de la ley N°19.925, que obedece a razones de bien común. En otras palabras, todas las personas vemos limitado nuestro actuar en el espacio público, ya sea por normas jurídicas o sociales, en pos del buen funcionamiento de la sociedad. Empero, es evidente que la prohibición absoluta de consumir cannabis en lugares públicos que establece el artículo 50 afecta más intensamente la libertad de los consumidores que si, en su lugar, se estableciera un listado de lugares en los que está permitido o prohibido fumar, de una manera similar a lo establecido por nuestra ley del tabaco.

Respecto a la segunda consideración, hay que tener presente que la finalidad de la norma del inciso primero es la protección de la salud pública. Se pretende con ella evitar que el humo del cannabis cause daño a la salud de terceros en espacios públicos y, por otro lado, que no se produzca un “efecto multiplicador”, es decir, que al observar que otros están consumiendo cannabis, se considere este comportamiento como “normal” o “bueno” y derive en la formación de nuevos consumidores de drogas. Puede considerarse que la norma pretende proteger, también, la salud de los consumidores (que también forma parte de la salud pública), pretendiendo que con ella dejen de consumir. Sin embargo, considerando que nuestro ordenamiento jurídico permite la autolesión y que ésta pertenece a la esfera privada de libre determinación de los individuos, esta sería una pretensión paternalista por parte Estado, que poco aporta a una efectiva prevención o rehabilitación de los consumidores.

No es fácil responder la pregunta de si la norma mencionada protege efectivamente la salud pública. Es cierto que el consumo de cannabis, tal como expusimos en la letra C del capítulo primero, puede producir efectos más o menos nocivos en la salud de quienes consumen, así como también el humo producido puede afectar la salud de terceros especialmente vulnerables. Sin embargo, no hay evidencias que respalden la afirmación de que la prohibición tenga una real incidencia en el consumo de la droga, es más, el hecho de que en nuestro país se consumen grandes cantidades de cannabis, aún con la prohibición existente, daría cuenta de lo contrario; que no es relevante para el consumidor si su conducta es o no lícita.

Por tanto, si bien la prohibición de fumar marihuana en espacios públicos logra evitar la exposición de menores de edad y otras personas de riesgo a la droga, no es posible afirmar que la norma alcance una protección alta de la salud pública, pues no incide mayormente en el consumo y provoca que los consumidores obtengan la droga de manera clandestina, desconociendo por completo los componentes de la misma y sus condiciones de salubridad.

En tercer lugar, “hay que preguntarse si, teniendo en cuenta las premisas descritas precedentemente, la importancia de lograr la protección de intereses jurídicos justifica la intensidad de la vulneración de los derechos fundamentales” (p.26). Ante esto, la libertad de una persona adulta de consumir cannabis en lugares públicos no puede considerarse más

importante que la adecuada protección a la salud pública, toda vez que el consumir cannabis es una decisión, mas no una necesidad, de la cual puede abstenerse sin ninguna afectación grave a sus derechos. En cambio, es una necesidad de las personas resguardar su salud y la de su familia, resultando totalmente comprensible que en un espacio donde hay menores de edad, sus madres o padres no quieran que haya una persona fumando cannabis cerca de ellos, por los problemas a la salud que eventualmente podría acarrearles. Sin embargo, el problema radica en si la norma efectivamente brinda una adecuada protección a la salud pública, cuestión que no ha podido ser determinadamente zanjada.

Por último, cabe agregar que, si bien el modelo uruguayo garantiza más adecuadamente el derecho a la libertad al mismo tiempo que protege más eficientemente la salud pública, su implementación en Chile requeriría, sin lugar a dudas, de un gran esfuerzo estatal y social.

Primero, haría necesaria la creación de una nueva ley que regule la producción y el mercado de cannabis, que cree un órgano estatal a cargo de velar por el buen funcionamiento del mismo, que imponga penas a los traficantes, que cree políticas de prevención y de rehabilitación, que determine claramente lugares, cantidades, requisitos para consumir, entre otros aspectos relevantes. Este esfuerzo legislativo no es menor y conlleva un alto gasto público difícil de justificar en una época de crisis sanitaria y social como la actual. Por otra parte, así como en Uruguay la iniciativa no fue apoyada inicialmente por la ciudadanía (Levayer, p.323), lo propio podría ocurrir en nuestro país, requiriendo un esfuerzo adicional por parte del gobierno de educar a la población respecto de los objetivos de la nueva regulación al cannabis y de por qué esta es positiva para la salud pública. En un país con tantas problemáticas sociales como Chile, tratar como prioridad a la regulación del cannabis podría restarle apoyo al gobierno, cuestión que pocos estarán dispuestos a enfrentar.

Ahora bien, considerando que, aún con la prohibición actual, son muchas las personas que consumen cannabis en lugares públicos o abiertos al público en nuestro país, como quedó en evidencia en el Informe Mundial sobre las Drogas (2018) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito el regular esta situación dejando de tratar a los consumidores como delincuentes podría descongestionar un poco el sistema, permitiendo destinar mayor tiempo y

recursos a la efectiva persecución de grandes traficantes de drogas duras, en lugar de perseguir a consumidores y microtraficantes de marihuana, que pareciera ser un sinsentido en el tercer país con más consumidores de esta droga en el mundo. Esta fue, por cierto, una de las razones que llevaron a los Países Bajos a despenalizar la marihuana, Dirk J. Korf (2019) lo plantea de la siguiente manera:

“Fueron dos grandes motivos los que llevaron a la despenalización formal del cannabis en 1976: la llegada de la heroína y el uso creciente de cannabis, que trajo consigo una desestigmatización del consumo. (...) La lucha contra la expansión del uso de la heroína exigía, sin duda, una prioridad mucho más alta que las preocupaciones sobre drogas que —tal como lo entendían los profesionales de estos distintos ámbitos—eran mucho menos peligrosas, como el hachís y el cannabis. Al principio, ambas drogas, tanto el hachís como el cannabis, habían sido calificadas como extremadamente peligrosas. Después de muchos años de definir a los usuarios como delincuentes, las autoridades empezaron a replantear el uso de estas sustancias como un síntoma de patología psiquiátrica o psicológica. Poco a poco, se pasaron a concebir como un síntoma de patología social. Se empezó a dejar de señalar al usuario particular como un delincuente o un paciente. Y el uso de cannabis se empezó a entender como una conducta no conformista, como la protesta colectiva de una nueva subcultura contra las estructuras sociales dominantes. Este proceso culminó con la redefinición del uso de cannabis como comportamiento recreativo (Leuw 1972)”.

f. Recapitulación

En conclusión, la norma del inciso primero del artículo 50 no cumple con el principio de proporcionalidad, pues no obedece al sub-principio de la necesidad, al existir una manera alternativa de regular el consumo que afecta en menor medida la libertad general de actuación de las personas consumidoras y protege adecuadamente la salud pública, considerando que ésta se forma por la sumatoria de las saludes individuales, lo que incluye tanto la salud de los consumidores como la de quienes no consumen cannabis. La alternativa que planteamos como menos gravosa y más efectiva es la despenalización del consumo, junto con su regulación mediante una ley, como la ley uruguaya N°19.172, cuyo artículo 40° reza lo siguiente:

“Artículo 40.- Se encuentra prohibido fumar o mantener encendidos productos de Cannabis psicoactivo en:

- i) Espacios cerrados que sean de uso público.
- ii) Espacios cerrados que sean lugar o espacio de trabajo. Los vehículos de taxímetro, ambulancias, transporte escolar y otros medios de transporte público, tales como ómnibus, trenes, naves, aeronaves, etc., con o sin pasajeros, se encuentran comprendidos en el término lugar o espacio de trabajo.
- iii) Espacios cerrados o abiertos, públicos o privados, que correspondan a dependencias de establecimientos sanitarios o instituciones del área de la salud de cualquier tipo o naturaleza, centros de enseñanza e instituciones en las que se realice práctica docente en cualquiera de sus formas e instituciones deportivas.

Se consideran espacios cerrados aquellas unidades físicas delimitadas en su perímetro y en su altura por muros o paredes y techo, sin importar el material con el cual estén construidos dichos cerramientos, si son temporales o permanentes o si poseen puertas, ventanas o ventilación independiente.

Los espacios exteriores habilitados para fumar deberán estar ubicados fuera del área edificada. Cuando posean techo, el cerramiento lateral no podrá exceder el 50% del perímetro techado y deberán estar separados de otro techo o muro por un área que deberá ser mayor al área techada. En aquellos casos en los que sea necesario, a causa de un desnivel o alguna otra circunstancia, se podrá colocar una protección lateral, la cual deberá ser tipo baranda o reja con aberturas amplias”.

Esta manera de regular el consumo en lugar público es más proporcional que el inciso primero del artículo 50 de la Ley 20.000, pues limita los derechos fundamentales de las personas consumidoras sólo en la medida *necesaria*, al considerar que la única modalidad de consumo que afecta a terceros es a través de la combustión (“se encuentra prohibido fumar o mantener encendidos...”) y limita los lugares públicos habilitados para hacerlo. Sin perjuicio de ello, consideramos que para proteger más adecuadamente los derechos de las personas no consumidoras, hace falta limitar aún más estos lugares públicos, estableciendo, por ejemplo, cierta distancia de lugares con presencia de menores de edad o, en su lugar, prohibir en general

el consumo en lugares públicos, estableciendo limitados espacios para hacerlo, como los llamados “coffeeshops” de los Países Bajos.

B. Porte de cannabis en lugar público.

a. Conducta típica.

La conducta típica que se analizará a continuación corresponde a la contenida en el inciso sexto del artículo 50 de la Ley 20.000, el cual sanciona el porte de droga en los siguientes términos:

“(…)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”

La conducta típica en este supuesto es tener o portar droga (cannabis) en cualquier lugar público, cuando dicha droga está destinada para el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Respecto del verbo “tener”, del latín *tenēre*, es entendido como *poseer consigo*. La Real Academia Española señala que este verbo posee diversas acepciones, tales como *asir o mantener asido algo, poseer, mantener, dominar, guardar*, etcétera. En cuanto al verbo “portar”, la Real Academia Española lo define como *tener consigo o sobre sí*, y en su segunda acepción señala que es *llevar, conducir algo de una parte a otra*. Entonces, entendemos que la conducta subsumible en el tipo penal en comento será cualquiera de las formas en las cuales se puede poseer o transportar cannabis sativa, cuando dicha posesión o porte ocurra en lugares públicos (ver capítulo anterior).

Respecto del “uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”, la ley no ha definido su contenido y alcance. Sin embargo, existen algunas normas dentro de la Ley N° 20.000 que nos permiten delimitar su contenido. En primer lugar, el artículo 4 tipifica el “microtráfico”, el cual consiste en el tráfico de *pequeñas cantidades de droga*. Dicho artículo señala que el castigo se aplicará a menos que se justifique que la sustancia o droga está

destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En su inciso tercero, señala hipótesis en las cuales se entenderá que no concurre tal circunstancia, a saber:

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

Entonces, para determinar si las pequeñas cantidades de droga tienen como destino el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, hay que analizar la calidad o pureza de la droga y la concurrencia de circunstancias indiciarias del propósito de traficar. La idea del artículo 4 es sancionar al traficante de drogas, cuando la cantidad de droga o sustancia involucrada es baja. En cambio, el artículo 50 castiga al consumidor de la droga.

En concordancia con lo anterior, podemos señalar que la circunstancia de que la droga esté destinada al “uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo” actúa excluyendo la sanción penal establecida en el artículo 4 de la Ley N° 20.000, puesto que las pequeñas cantidades de droga no se encuentran destinadas al tráfico, mientras que la misma circunstancia es parte integrante del tipo penal del inciso sexto del artículo 50 del mismo cuerpo legal, toda vez que es una exigencia para sancionar por portar droga a un consumidor. Cabe señalar que la ley no establece parámetros para determinar cuantitativamente qué se entenderá por *pequeñas cantidades de droga*, cuestión que ha sido entregada a la judicatura. Así, una cantidad idéntica de droga podrá ser considerada constitutiva de microtráfico o de la falta del artículo 50 según las circunstancias propias de la comisión del ilícito.

En relación al bien jurídico protegido por la norma, tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que se trata de la salud pública (I. B.). Ahora bien, resulta a lo menos cuestionable la vinculación existente entre el porte de cannabis y la afectación a dicho bien jurídico.

La jurisprudencia ha seguido la tesis elaborada por Politoff, Matus y Ramirez (2005) en el sentido de vincular la amenaza a la salud pública con el *peligro de difusión incontrolada* de la droga. Para esta postura, lo relevante es que las circunstancias en las cuales se comete la falta podrían llevar a una “sensibilización de dicho bien jurídico (salud pública), mediante un real o supuesto efecto multiplicador -difusión incontrolable- que la exposición pública o en público del consumo privado podría acarrear” (p. 633). Siguiendo esta lógica, dichos autores plantean que el porte de droga es atípico cuando es realizado sin ostentación, puesto que no tiene cómo afectar la salud pública en tanto ningún tercero indeterminado puede apreciar la conducta. Los supuestos típicos del porte de cannabis quedan circunscritos al porte con ostentación y el porte para el consumo en lugares públicos, mientras que , “no constituye esta falta el simple porte sin ostentación en lugares públicos para el consumo personal en lugares privados” (p. 634). Argumentan esta postura señalando que de no ser así, no tendrían sentido las disposiciones generales de la Ley N° 20.000, en particular las contenidas en los artículos 4 (microtráfico) y 8 (cultivo de especies vegetales del género cannabis), “donde claramente el porte o posesión para el consumo personal próximo y exclusivo en el tiempo está exento de responsabilidad penal” (p. 634). Entonces, si se prohibiera el porte para el consumo personal en un lugar privado, no tendrían sentido las disposiciones de la ley. Continúan su argumentación señalando que se trata de un supuesto de consunción inversa, “donde la atipicidad del consumo personal de estas sustancias –que por regla general no afecta a la salud pública– absorbe la aparente tipicidad de este acto preparatorio (su porte en lugares públicos para el consumo en lugares privados), pues de otra forma dicha atipicidad no sería más que una ilusión, y la ley entraría a regir el fuero interno de las personas, cuestión inaceptable en un Estado Democrático de Derecho” (p. 635). El problema de la consunción inversa también es mencionado en el Análisis de la Ley N° 20.000 efectuado por el Departamento de Evaluación de Ley de la Cámara de Diputados que plantea el problema de la siguiente manera: “el espíritu de la ley no era hacer punible una afectación puramente personal producida por la droga. No obstante, esa finalidad no se estaría cumpliendo, porque de todas formas el consumidor requiere tener acceso a la sustancia, comprarla, cultivarla, proveérsela de algún modo” (p. 35). Ante esta imposibilidad que tiene el consumidor de acceder a la droga, es que la tesis de la ostentabilidad ha sido utilizada para no sancionar penalmente a quien porta la droga para su consumo personal en un espacio privado. Sin embargo, aun concordando con las indeseadas

consecuencias que acarrea la consunción inversa, no estamos de acuerdo en la interpretación acerca de la ostentabilidad en el porte. La principal razón es que el tipo penal, en su tenor literal, no exige una conducta más que tener o portar. La ostentabilidad requeriría que el autor realizara una acción distinta de tener o portar, cuestión que fuerza el tipo penal y es inadmisibile, en tanto el tribunal actuaría fuera de su ámbito de competencia atribuyéndose facultades propias del órgano legislativo. Si el legislador es el único capaz de establecer las conductas que serán penadas, no corresponde al tribunal exigir que el porte sea ostentoso para sancionar la falta del artículo 50 inciso sexto.

Entonces, queda por resolver la pregunta sobre si la tenencia o porte de cannabis puede dañar la salud pública. El vínculo entre la conducta y el bien jurídico a proteger parece muy débil cuando se trata del porte en lugares públicos para el consumo personal en lugares privados, y sin embargo se trata de una conducta típica. Se trata del caso de una persona que camina por la calle y lleva en su bolsillo cierta cantidad de cannabis, para consumir en algún lugar privado. El único supuesto en el cual se ve amenazada la salud pública ocurre cuando una persona porta cannabis *para* el consumo en lugares públicos (por ejemplo, quien ingresa cannabis a un concierto), el cual corresponde a un acto preparatorio del consumo en lugares públicos, en donde la conducta tiene el potencial de afectar la salud de terceros indeterminados.

b. Idoneidad de la prohibición del porte de cannabis en lugar público.

Como señalamos anteriormente, la prohibición del porte de cannabis en lugares públicos es capaz de proteger la salud pública al menos en un supuesto. De esta forma, y aun existiendo situaciones en las cuales esta protección parezca débil, se trata de una norma idónea en relación a su finalidad.

c. Necesidad de la prohibición del porte de cannabis en lugar público.

El análisis de la necesidad trata sobre buscar la existencia de un medio idóneo y menos gravoso que la respuesta punitiva. En cuanto al porte de cannabis *para* el consumo en lugares públicos, hipótesis normativa que consideramos como la única capaz de afectar el bien jurídico salud pública, el medio alternativo a considerar es la prohibición de acceso a dichos

recintos con la droga, sin que aquello conlleve una respuesta punitiva, sino tal como ocurre con otras sustancias como el alcohol o el tabaco, que por lo general no son permitidas en ciertos eventos y por ende no se puede hacer ingreso con ellas. En este caso, el porte propiamente tal es completamente inocuo para el bien jurídico, sin embargo, al tratarse de una conducta preparatoria de un acto típico, existe el riesgo de que mediante el consumo en los recintos públicos de los que se trata, se vea amenazada la salud pública. Sin embargo, esta amenaza es eventual, y al existir un método idóneo y menos gravoso, lo que corresponde en ese caso es prohibir el acceso a determinados recintos portando cannabis, sin que ello signifique incurrir en una falta penal.

En cuanto al porte en lugares públicos para el consumo en lugares privados, al tratarse de una conducta preparatoria de un acto atípico, la norma se vuelve innecesaria. Hay que señalar nuevamente que si dicha droga tuviese como destino otro que no sea el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, no nos encontramos en esta hipótesis sino en alguna de microtráfico o tráfico.

d. Proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición del porte de cannabis en lugar público.

Para el análisis de la norma a la luz de este subprincipio, seguiremos el esquema presentado en el capítulo precedente. Analizaremos la adecuación de la prohibición del porte de cannabis *para* el consumo en lugares públicos, puesto que, a nuestro juicio, los demás supuestos que castiga la norma no pasan el examen de necesidad.

En cuanto a los intereses a ponderar, por un lado tenemos el respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4 CPR), y el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 CPR), mientras por otro lado se encuentra la protección a la salud (artículo 19 N° 9 CPR), que como hemos analizado, se manifiesta en la protección del bien jurídico salud pública.

Ahora en cuanto a la intensidad de afectación, la prohibición del porte para el consumo en lugares públicos supone que dicho consumo se llevará a cabo, ya que de otra forma la prohibición no tendría sentido, puesto que la conducta no es capaz de dañar el bien jurídico. El

nivel de afectación sobre el derecho del artículo 19 N° 4 no es menor, toda vez que el porte de cannabis es un acto inocuo para la salud pública y se encuentra dentro de las acciones propias de la autodeterminación y vida privada de las personas. Lo mismo ocurre con el derecho de propiedad que se tiene sobre la droga que se porta, toda vez que constituye una expropiación cuando se despoja de ella a quien la porta.

Continuando el análisis propuesto por Contreras (2021), corresponde preguntarse si “la importancia de lograr la protección de intereses jurídicos justifica la intensidad de la vulneración de los derechos fundamentales” (p. 26). Pues bien, hay que analizar cuál es la probabilidad de afectación del bien jurídico salud pública mediante el porte de cannabis *para* su consumo en lugares públicos. Como expusimos anteriormente cuando analizamos el consumo de cannabis en lugares públicos, estamos de acuerdo en que dicho consumo puede amenazar o dañar la salud pública, en tanto puede afectar a terceros indeterminados, en el caso que la droga sea consumida mediante combustión. De esta forma, prohibir el porte en estos casos constituye un estadio anterior de protección a la salud pública y por tanto justifica la afectación de derechos fundamentales.

e. Conclusión preliminar

Al analizar la figura del inciso sexto del artículo 50 de la Ley 20.000, nos encontramos con situaciones típicas que no tienen manera alguna de amenazar o dañar la salud pública, que es el bien jurídico que pretende proteger la norma.

Estas conductas son el porte de cannabis en lugares públicos para su consumo en lugares privados y el porte de cannabis en lugares públicos *sin ostentación*. Al someter dichas hipótesis al análisis de los requisitos específicos del principio de proporcionalidad, nos encontramos con que el tipo penal actualmente contempla conductas que no cumplen los requisitos estudiados. De esta manera, dichas situaciones escapan de aquello que es legítimo para el derecho penal. Subsiste sólo una situación típica que a nuestro juicio pasa el examen de proporcionalidad, la cual es el porte de cannabis *para* el consumo en lugares públicos.

C. Consumo de cannabis en lugares privados previo concierto.

La conducta típica que se analizará a continuación corresponde a la contenida en el inciso séptimo del artículo 50 de la Ley N° 20.000, el cual reza lo siguiente:

“(…) Con las mismas penas serán sancionados quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito”.

La conducta típica en este supuesto es la de consumir droga (cannabis) en un lugar privado, cuando quienes lo hacen se han concertado para dicho consumo. Respecto del consumo, como la ley no distingue, caben en el tipo todas las formas de consumo de droga. Sobre los lugares o recintos privados, la ley poco y nada nos dice sobre cuáles lo son, de tal forma que, interpretando sistemáticamente la norma, entenderemos que son lugares privados aquellos que no se encuentran abiertos al público en general y en donde existe una expectativa de privacidad, tal como una oficina o una vivienda, excluyendo aquellos lugares que por definición son lugares públicos (ver III. A). En relación a la exigencia de haberse concertado para el consumo, caben en el supuesto aquellas maneras mediante las cuales dos o más personas voluntariamente deciden consumir droga juntas. Si bien la ley nada señala respecto a cuándo debe existir este concierto, entendemos que para que la norma tenga sentido debe ser antes de que las personas se encuentren en el lugar privado, puesto que si así no fuere, en todo caso de consumo de dos o más personas en un lugar privado se cometería la falta, tornando inútil la exigencia del tipo. De esta manera, si el consumo en un lugar privado es “espontáneo”, sería una situación atípica en tanto no concurre el concierto previo (todo esto sin considerar las dificultades probatorias sobre el concierto).

En cuanto al bien jurídico protegido por la norma, al igual que en los demás supuestos analizados se trata de la salud pública. Sin embargo, en concordancia con lo que hemos expuesto hasta este punto, el vínculo existente entre el bien jurídico y la norma de conducta es, a lo menos, cuestionable. La doctrina poco ha aportado a la discusión, aun así, tenemos que Politoff, Matus y Ramírez (2005) señalan que “la racionalidad de la disposición radica en la exposición en público, aunque sea selecto, del consumo personal, previendo un posible efecto

multiplicador en quienes no siendo consumidores pudieren eventualmente encontrarse o ingresar a los recintos privados donde se consume” (p. 635). En nuestra opinión, la postura presentada carece de sustento jurídico puesto que este “efecto multiplicador” no es tal, en circunstancias que el consumo de cannabis es realizado entre personas adultas, libres, e incluso como exige la norma, previo concierto. La pregunta es si dicha conducta tiene la capacidad de afectar la salud pública, y nuestra respuesta es que no, ya que se trata de un acto privado en donde personas adultas consienten en autolesionarse mediante el consumo de cannabis. Distinto sería el caso en el cual estuviese involucrado un menor de edad o una persona privada de razón, situaciones en las cuales le correspondería al Estado intervenir en aras de proteger la salud pública. Las circunstancias típicas de la conducta son precisamente aquellas que nos llevan a afirmar que debiera tratarse de una conducta atípica, estas son, que el consumo se realiza en un lugar privado y que es previo concierto. Esta última característica nos habla acerca de la voluntad de las personas que incurren en dicha práctica. Por tanto, la prohibición pasa a ser una injerencia en la vida privada y autodeterminación del individuo, y conforme al artículo 19 N° 4 de nuestra Constitución Política de la República, el cual establece el respeto y protección a la vida privada de las personas, puede argumentarse que es una norma contraria a la Carta Fundamental.

V. Capítulo IV: El principio de proporcionalidad en relación con la pena impuesta en el artículo 50 de la Ley N° 20.000.

Tanto las normas de conducta como las normas de sanción son disposiciones que afectan derechos fundamentales de las personas, por lo que, para ser aplicables, ambas deben cumplir con los principios y garantías que exige el derecho penal y constitucional, entre los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad. En el capítulo tercero expusimos cuáles derechos en particular eran transgredidos por las normas de conducta del artículo 50, concluyendo que se ve afectada, al menos, la libertad general de actuación de las personas consumidoras. Ahora bien, para determinar los derechos afectados por las normas de sanción consagradas por el mismo artículo, es necesario primero distinguir entre las normas primarias y secundarias.

Según el Tribunal Constitucional Alemán² (“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe”, 2009) la imposición de una pena significa reprocharle al condenado el haberse rebelado contra el ordenamiento, lo que lesiona el honor de la persona condenada. Esta afectación a la honra de la persona, que es un derecho protegido por el artículo 19 n°4 de nuestra Constitución, constituye la “sanción primaria penal”. Luego, además de este reproche, el Estado está facultado para imponer sanciones pecuniarias y privativas de libertad, lo que constituye la “sanción secundaria penal” y afecta el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 19 n°7 de la Carta fundamental.

La siguiente pregunta que hay que responder, antes de entrar de lleno al análisis de proporcionalidad de las sanciones contenidas en el artículo 50 de la ley n° 20.000, es respecto a la finalidad de la sanción. Sobre el particular, coincidimos con Contreras (2021) en que “el fin inmediato de las normas de sanción penal consiste en reaccionar frente al cuestionamiento simbólico de la vigencia de determinadas normas de conducta que realiza el autor con su hecho y, con ello, reafirmar el Derecho quebrantado”(p.19). Reconocemos, además, una función preventiva-general de la pena, es decir, con ella se busca evitar que en el futuro otras personas imiten el comportamiento del autor del hecho punible. En palabras de Firsch (2020) “se trata de resguardar la vigencia de la norma lesionada y la eficacia preventiva de su sanción mediante la imposición de la pena después de cometido el hecho” (p.7).

Por lo anterior, las normas de sanción solo se justifican constitucionalmente cuando sean un medio idóneo, necesario y adecuado (estrictamente proporcional) para mantener la vigencia de la respectiva norma de conducta y evitar su re-quebrantamiento por parte de otros sujetos.

Es menester recordar que las acciones típicas contenidas en el artículo 50 de la ley 20.000 no constituyen delito, sino que meras faltas, por lo que no pueden ser sancionadas mediante la privación de libertad, de acuerdo a lo establecido por el artículo 21 del Código Penal. Si bien las sanciones establecidas por el artículo 50 no son especialmente graves ni vulneran intensamente la libertad u otros derechos fundamentales de las personas, lo cierto es que sí representan una vulneración a la libertad personal y, en tanto sanciones penales, deben cumplir

² BVerfGE 43, 101, 105; véase también BVerfGE 22, 49, 80.

con el principio de proporcionalidad penal, así como los demás principios limitadores del poder punitivo del Estado. Aun así, también hay que tener presente que, según el Informe del Observatorio contra el Narcotráfico (2020) “es notable la disminución de imputados y condenados por faltas a la Ley de Drogas, lo que se contrapone a los indicadores resultantes de casos de tráfico de drogas, como a los informes nacionales e internacionales de consumo de sustancias ilícitas en el país, que sitúan a Chile entre los países de más altos niveles de consumo de marihuana. Lo anterior, implica que la persecución penal del consumo punible, en lugares públicos, no se está persiguiendo por las agencias de control, tarea que antes se realizaba con mayor visibilidad” (p. 72).

A. Multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

La letra a) del artículo 50 de la ley 20.000, establece que una de las penas aplicables a las faltas establecidas en el mismo artículo es la “**Multa de una a diez unidades tributarias mensuales**”.

De acuerdo con el artículo 21 del Código Penal, la multa es la “pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito”. El diccionario de la Real Academia Española define multa como “sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero”. Tal como señala esta última definición, la multa puede tener naturaleza penal o administrativa, pero la diferencia entre las cualidades de una y otra han sido largamente discutidas en doctrina. Para Mir (1975) “es urgente un replanteamiento por parte del legislador de los límites del Derecho penal y el Derecho administrativo. Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador. En la redistribución de la materia ha de tener en cuenta la gravedad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y consideraciones de política criminal (la rapidez y eficacia de la sanción)” (p.169).

La decisión de si, frente a una conducta antijurídica presuntamente enmarcable dentro del Derecho Penal, es preferible una sanción penal, civil o administrativa, es entregada con discrecionalidad al legislador. Al respecto, Cordero (2012) afirma que “estamos frente a

mecanismos represivos que nuestro ordenamiento pone a disposición del Estado para cumplir su función constitucional al servicio de la persona humana y de promoción del bien común. Sin embargo, para su ejercicio, el primer paso que debe dar el Estado es por medio de la ley. El principio de legalidad es un elemento común e ineludible en la determinación de los ilícitos y las penas. A su vez, el siguiente paso será determinar si el castigo o represión de dichas conductas se realizará por la autoridad judicial o por la autoridad administrativa. En esta segunda función, el legislador dispone de una facultad discrecional para seguir uno u otro camino, pues él debe ponderar su eficacia, mérito u oportunidad, aunque sujeto a una serie de limitaciones: el principio de proporcionalidad respecto de la sanción que se aplicará y que toda medida que implique privación de libertad, ya sea de forma directa o sustitutiva, requiere de la intervención de la autoridad judicial, tal como lo ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional” (p. 155). La cuantía de la multa, por cierto, también es una decisión discrecional del legislador que deberá cumplir con las mismas exigencias.

Habiendo definido en qué consiste la sanción de multa, pasamos a determinar si se satisface el principio de proporcionalidad.

i. Idoneidad de la sanción de multa.

La pregunta que pretende responder el subprincipio de idoneidad de la norma de sanción es si acaso esta es capaz o no de restablecer la vigencia de la norma transgredida, al mismo tiempo que permite evitar su re-quebrantamiento por parte de otros sujetos. Si bien no existe certeza sobre los efectos sociopsicológicos de la pena, la doctrina y jurisprudencia están contestes en que la sanción penal representa un medio idóneo para cumplir la finalidad mencionada, como dice Contreras (2021, p.30) citando a Firsich (2010) “y es que la propia experiencia y la observación de lo que acontece en la realidad prueban que la amenaza de un mal como consecuencia de cierta conducta puede constituir un motivo para abstenerse de realizarla”.

Por tanto, todas las normas de sanción penal, en la medida que cumplan con los principios y garantías constitucionales, representan un medio *idóneo* para restablecer la vigencia del Derecho y prevenir la comisión de nuevos delitos.

ii. Necesidad de la sanción de multa.

Para determinar si una sanción penal es *necesaria*, debemos preguntarnos si es posible restablecer la vigencia del Derecho y prevenir la comisión de las faltas del artículo 50 mediante los instrumentos del Derecho civil o administrativo, los cuales representan una vía menos gravosa pero que podría ser igual de efectiva para la consecución de dicho fin.

Por la vía del Derecho Civil se puede imponer la obligación de pagar una indemnización de perjuicios por los daños ocasionados, lo cual, en términos prácticos, no dista mucho de pagar una multa. Sin embargo, queda descartado de plano, porque los intereses afectados mediante las conductas tipificadas en el artículo 50 no son individuales, sino que públicos y difícilmente puede configurarse cuantitativamente el daño causado a la víctima, pues ésta no es una persona en particular, sino que la sociedad en general, al ser el bien jurídico protegido la salud pública y no la individual.

La vía del Derecho administrativo sancionador aparece como una alternativa menos gravosa e igual de efectiva para el cumplimiento de la finalidad de la sanción, pues si bien existen diferencias en cuanto a la naturaleza de la multa penal y la multa administrativa, las cualidades de ambas son prácticamente las mismas y se reducen a que el condenado deba pagar una determinada cantidad de dinero. La diferencia se suscita en que, mientras que para las multas penales, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley N°20.000, debe seguirse el procedimiento simplificado ante un Juez de Garantía, el procedimiento para la multa administrativa está establecido en diversos cuerpos normativos, según el órgano que haya impuesto la sanción de multa, como por ejemplo la Ley 18.827, que regula el procedimiento ante los Jueces de Policía Local.. Este es el caso, por cierto, de la multa impuesta en el artículo 25 de la Ley N° 19.925, sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, que reza:

“Se prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas en calles, caminos, plazas, paseos y demás lugares de uso público. La contravención a esta prohibición será sancionada con alguna de las siguientes medidas:

1° Multa de hasta una unidad tributaria mensual.

2° Amonestación, cuando aparecieren antecedentes favorables para el infractor. (...)”

Llama la atención que ante dos conductas tan similares como lo son el consumo de alcohol y el consumo de cannabis, la respuesta legislativa sea, sin embargo, tan disímil, atribuyéndole un carácter mucho menos grave al primero que al segundo. Primero, porque en el caso del alcohol se establece una multa administrativa y para el consumo del cannabis una multa penal, con todas las diferencias procesales que eso implica. Segundo, por la inexplicable diferencia en la cuantía de las multa, pues, por consumir alcohol en la vía pública la multa arriesgada tiene como máximo una unidad tributaria mensual (alrededor de \$54.000), mientras que para el consumo (en vía pública o privada con concierto previo) y porte para consumir de cannabis, la multa más baja que podría llegar a pagar el infractor corresponde a una unidad tributaria mensual, pudiendo arriesgar pagar hasta diez de ellas, lo que equivale a \$540.000 aproximadamente. Tercero, porque en el caso del alcohol se contempla una “amonestación, cuando aparecieren antecedentes favorables para el infractor”, cuestión que no se considera para el caso del cannabis.

Esta diferencia en el tratamiento del consumo del cannabis y del alcohol es una decisión arbitraria del legislador, cuya única justificación plausible podría ser que una droga es notoriamente más dañina que la otra y, en tanto su afectación a la salud pública es mayor, merece una reacción más grave por parte del Estado. Sin embargo, si esta fue la razón que llevó al legislador a realizar esta diferenciación, lo cierto es que es una concepción alejada de la realidad, toda vez que, como ya expusimos en el primer capítulo, existen varios estudios científicos que equiparan los efectos dañinos de estas dos drogas, llegando a afirmarse, incluso, que el cannabis es mucho menos adictivo que el alcohol. Por tanto, con esta diferencia de trato a los consumidores de dos drogas que no son tan diferentes en cuanto a sus efectos dañinos, no se estaría cumpliendo el principio de igualdad ante la ley.

iii. Conclusión preliminar.

De lo anterior se colige que la norma de sanción que impone una multa penal para los infractores de las faltas contenidas en el artículo 50 de la Ley N°20.000 no es *necesaria*, pues existe una alternativa en el Derecho Administrativo sancionador que es menos gravosa e igual de eficiente. Al no cumplir con el criterio de necesidad, no nos detendremos a analizar la proporcionalidad estricta de la sanción de multa.

B. Asistencia obligatoria a programas de prevención, tratamiento o rehabilitación.

La letra b) del artículo 50 de la ley 20.000, establece que una de las penas aplicables a las faltas establecidas en el mismo artículo es la siguiente:

“Asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta días, o tratamiento o rehabilitación en su caso por un período de hasta ciento ochenta días en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente. Para estos efectos, el Ministerio de Salud o el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol deberán asignar preferentemente los recursos que se requieran”.

- a. Idoneidad de la sanción de asistencia obligatoria a programas de prevención, tratamiento o rehabilitación.

Nos remitimos a lo tratado en el capítulo IV. A. i.

- b. Necesidad de la sanción de asistencia obligatoria a programas de prevención, tratamiento o rehabilitación.

Corresponde revisar la existencia de alternativas menos gravosas para el individuo que sean igualmente idóneas para la protección del bien jurídico.

De la simple lectura de la norma, podemos apreciar que el órgano involucrado es el Servicio de Salud competente, en tanto se trata de un programa que ayude a un individuo con problemas relacionados al consumo de droga, quien ha sido procesado por alguna de las faltas del artículo 50.

La pregunta es respecto a si dicha atención médica debe ser impuesta penalmente, o bien existe una alternativa al sistema penal. Al analizar nuestro ordenamiento jurídico, podemos vislumbrar la opción de imponer el programa o tratamiento por la vía administrativa. Dicha fórmula se ha utilizado en el tratamiento del consumo de alcohol en lugares públicos, tal como se comentó en la sección precedente.

Corresponde señalar que la situación fáctica del consumo de alcohol en la vía pública es similar a aquella que sanciona el consumo de cannabis en lugares públicos. Dicha similitud

importa en la medida que la argumentación sobre el vínculo del bien jurídico salud pública y las faltas del artículo 50 ha sido tratada por la doctrina y jurisprudencia en base al problema de la exposición a terceros indeterminados. Para esta doctrina, el problema de quien consume cannabis en público es que dicha exposición afecta a terceras personas, en tanto pueden *tomar por bueno* el hecho de consumir droga, y de esta manera se amenaza la salud pública. Tratándose del alcohol, consumir en un lugar público es abordado mediante la vía administrativa.

El artículo 26 de la Ley de Alcoholes señala que quienes sean sorprendidos en manifiesto estado de ebriedad en ocasiones reiteradas, deben ser denunciados por Carabineros ante el Juez de Policía Local, quien podrá imponer medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación. Dichas medidas corresponden a programas que en la práctica son idénticos a aquellos que se podría imponer a una persona autora de alguna de las faltas del artículo 50 de la Ley N° 20.000. Por lo demás, llama la atención la ubicación de la norma relativa al manifiesto estado de ebriedad, en tanto se encuentra regulada en el Título II de la Ley 19.925, nombrado “De las Medidas de Prevención y Rehabilitación”, dando cuenta de que la finalidad de la medida es el bienestar del individuo, mediante la prevención o rehabilitación.

Resulta relevante el objetivo pretendido por la norma de la letra b) del artículo 50 de la ley N° 20.000. Entendemos que la finalidad última de la sanción es que una persona se rehabilite de un eventual consumo problemático. La rehabilitación será llevada a cabo por las instituciones en materia de salud, de tal manera que el individuo es un paciente que requiere atención médica. La Ley N° 20.584, relativa a los Derechos y Deberes del Paciente, en su artículo 14 reza lo siguiente:

“Artículo 14.- Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16 (...)”.

En esta norma se establece el llamado “consentimiento informado”, el cual constituye una garantía básica de nuestro sistema de salud, en tanto se entiende que todo tratamiento o procedimiento que se aplique a un individuo debe ser aceptado por éste. Las limitaciones de

dicha garantía se establecen en los artículos 15 y 16 de la misma ley, sin embargo nada señala en relación a personas cuya pena es un tratamiento médico, y por tanto se entiende que dicha garantía ampara a las personas autoras de la falta del artículo 50 de la Ley N° 20.000.

Además, debemos considerar que la voluntariedad es fundamental en el tratamiento o rehabilitación de personas con consumo de drogas. El “Informe Final sobre Evaluación de resultados de los programas de tratamiento y rehabilitación del Servicio nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol” (2020), cuyo objetivo es analizar el funcionamiento de los planes del SENDA durante el periodo 2012 - 2017, aborda latamente este tema, señalando que “son los mismos tratamientos de drogas los que deben trabajar la motivación y preparar a sus beneficiarios para un cambio en su comportamiento adictivo, tal como SENDA reconoce en sus Orientaciones Técnicas” (p. 43). Asimismo, al analizar cuál es la postura moderna respecto a la rehabilitación, ocupan la definición contenida en el texto “What is recovery? A working definition from the Betty Ford Institute” (2007), donde se indica lo siguiente: “recovery from substance dependence is a voluntarily maintained lifestyle characterized by sobriety, personal health, and citizenship” (p. 222). Así, la voluntariedad es un elemento nuclear cuando se trata de hablar de la rehabilitación de una persona consumidora de droga. Hay que señalar que la definición transcrita en inglés surge de un panel de consenso convocado especialmente para contestar la pregunta sobre el significado de la recuperación o rehabilitación. Del mismo modo, en la Historia de la Ley 20.000 (2005), el psicólogo del Área de Evaluación y Estudios del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) plantea que, sobre la posibilidad de forzar la rehabilitación, “lo que ocurriría es que aumentaría el número de las personas sometidas a tratamiento, pero pone en duda la eficacia de éste, porque, desde el enfoque clínico, no es el indicado. La consulta debe implicar que la persona tenga una mínima motivación para realizar el tratamiento, o sea, si va por obligación, sea cual fuere la razón de ésta, dicho tratamiento no tendría un buen pronóstico.” (p. 772).

De esta forma, apreciamos que la vía administrativa puede perfectamente reemplazar la intervención punitiva en tanto es capaz de cumplir idéntico objetivo, pero sin las gravosas

consecuencias de la pena, lo cual resulta concordante con el principio de intervención mínima y el carácter de última ratio del derecho penal.

C. Participación en actividades a beneficio de la comunidad.

La letra c) del artículo 50 de la ley 20.000, establece que una de las penas aplicables a las faltas establecidas en el mismo artículo es la siguiente:

“Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor y a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas, o en cursos de capacitación por un número de horas suficientes para el aprendizaje de la técnica o arte objeto del curso. Para estos efectos, cada municipalidad deberá anualmente informar a el o los juzgados de garantía correspondientes acerca de los programas en beneficio de la comunidad de que disponga. El juez deberá indicar el tipo de actividades a que se refiere esta letra, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargada de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del infractor.”

a. Idoneidad de la sanción de participación en actividades a beneficio de la comunidad.

Nos remitimos a lo tratado en el capítulo IV. A. a.

b. Necesidad de la sanción de participación en actividades a beneficio de la comunidad

En las secciones precedentes, hemos abordado el tema de la necesidad de una sanción penal respondiendo a la pregunta sobre si existe o no dentro del ordenamiento jurídico otra herramienta igual o más capaz de conseguir la estabilización normativa que la respuesta penal.

En el caso de la “Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad”, es posible exigirle al infractor que lleve a cabo estas actividades por una vía menos gravosa que la penal, a saber, la vía administrativa. Este es, de hecho, el caso de la Ley N° 19.925, que en su artículo 25 al referirse a las sanciones por consumir alcohol en la vía pública señala la alternativa de participación en actividades a beneficio de la comunidad.

La vía administrativa aparece como una opción que cumple la misma finalidad, pero de forma menos gravosa para el sancionado, pues la vía penal significa una afectación mucho más profunda de sus derechos fundamentales, tornándose innecesaria.

D. Sanción accesoria de suspensión de la licencia para conducir.

El inciso quinto del artículo 50 de la Ley N° 20.000 establece la siguiente sanción accesoria:

“Se aplicará como pena accesoria, en su caso, la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo máximo de seis meses. En caso de reincidencia, la suspensión será de hasta un año y, de reincidir nuevamente, podrá extenderse hasta por dos años. Esta medida no podrá ser suspendida, ni aun cuando el juez hiciera uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal.”

De acuerdo con el artículo 22 del Código Penal, “son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo”. En otras palabras, las penas establecidas por las letras a, b y c del artículo 50 de la Ley N°20.000 son penas “principales”, a las cuales se les debe agregar la pena accesoria de suspensión de la licencia de conducir en casos determinados. Ahora, ¿en cuáles casos? la norma citada no lo define, utilizando la expresión “en su caso”, que resulta ser sumamente ambigua, pero que inferimos se refiere a todos aquellos casos en que la persona infractora tenga una licencia para conducir.

Cabe agregar que el Decreto con Fuerza de Ley 1 del 2009, que modifica la Ley N°18.290 (Ley de Tránsito), en su artículo 196 sanciona la conducción bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas con “la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, además de la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por el término de dos años, si fuese sorprendido en una primera ocasión, la suspensión por el término de cinco años, si es sorprendido en un segundo evento y, finalmente, con la cancelación de la licencia al ser sorprendido en una tercera

ocasión, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves (...). Por lo tanto el “caso” del que habla el inciso quinto del artículo 50, no puede referirse a la situación del sujeto sorprendido consumiendo cannabis mientras conduce, porque ello es un delito previsto por la Ley del Tránsito.

Lo anterior significa que, por ejemplo, si una persona que no tiene licencia para conducir es sorprendida consumiendo cannabis en un lugar público junto a otra persona que sí tiene dicha licencia, la primera será condenada al pago de una multa, a la asistencia obligatoria a programas de rehabilitación o al trabajo en servicio de la comunidad, mientras que la segunda, además de recibir alguna de estas tres sanciones, podrá sufrir la suspensión de su licencia para conducir.

Si bien en un principio este trato diferenciado podría evidenciar un problema de igualdad ante la ley, pues ante exactamente la misma conducta, una persona recibe una sanción mucho más gravosa que la otra, lo cierto es que esta diferencia puede ser justificada, como una forma de prevención, si consideramos que la persona que tiene dicha licencia es más susceptible de conducir bajo los efectos de la droga, que la que no la tiene.

VI. Conclusión

A lo largo de este trabajo, hemos analizado el artículo 50 de la Ley N° 20.000 , que sanciona el consumo y porte de drogas como una falta penal, a la luz del principio de proporcionalidad, centrandó nuestra investigación específicamente en la droga cannabis sativa. La elección de esta droga no es azarosa, pues se trata de una sustancia con altos índices de consumo a nivel nacional, regional e internacional, cuya regulación ha ido evolucionando hacia una más permisiva en varios países, como es el caso de los Países Bajos, Uruguay, Estados Unidos y Alemania.

En el primer capítulo de este trabajo, nos referimos al bien jurídico protegido por la norma en estudio, la salud pública, entendiéndose en el sentido expuesto por Politoff y Matus (1988) como “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas y la libertad de los individuos afectados, de

resultas de la eventual dependencia física y psíquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción” (p. 14) Sobre esto, concluimos que la salud pública es un bien jurídico legítimo, merecedor de protección penal.

En cuanto al daño a la salud que produce particularmente el cannabis, se ha demostrado que se trata de una droga capaz de producir dependencia, que puede ocasionar problemas de salud mental, y que, por tanto, hay que evitar el abuso en su consumo y, desde luego, mantenerla fuera del alcance de menores de edad. Sin embargo, resulta cuestionable afirmar que la prohibición de portar cannabis y de consumirlo en lugares privados previo concierto, tiene por objeto proteger la salud pública, pues son conductas totalmente inocuas para terceras personas, viéndose únicamente afectada la salud individual de quien, por su propia voluntad, ha decidido consumir. Distinto es el caso de la prohibición de consumir cannabis en lugares públicos o de acceso al público, ya que, como expusimos en el primer capítulo, es el único supuesto en que puede existir un daño real a terceras personas.

El análisis realizado en este trabajo revela que la sanción penal respecto de las faltas contenidas en el artículo 50 de la Ley N° 20.000 no satisface íntegramente los requisitos del principio de proporcionalidad.

Como se analizó en el Capítulo III, en esta discusión está en juego el derecho a la libertad general de actuación, toda vez que el cannabis es utilizado por un sector indeterminado de la población con diversos fines; medicinal, terapéutico, recreacional, religioso, entre otros, siendo lo relevante que dicho uso constituye una manifestación de la libertad individual. La pregunta que surge es si acaso el Estado debe intervenir mediante su aparato punitivo para sancionar conductas asociadas al cannabis que amenazan la salud pública. En este orden de ideas, aquella hipótesis paradigmática es la del consumo de cannabis en lugares públicos, en especial cuando dicho consumo se realiza mediante combustión. Dicha figura representa un elemento central dentro de las faltas del artículo 50, toda vez que la figura del porte para el consumo puede considerarse como una conducta preparatoria de la falta de consumo en lugares públicos. Pues bien, como hemos señalado anteriormente, el Estado se encuentra facultado para intervenir frente a una conducta de consumo de cannabis en lugares públicos, sin embargo, dicha intervención se satisface mediante la herramienta del derecho

administrativo sancionador, mediante el cual es posible imponer sanciones a quienes perturben la salud pública mediante el consumo de cannabis en lugares públicos.

Otra situación ilustrativa es la del porte de cannabis para consumo en lugares públicos, cuestión que fue analizada y respecto de la cual se propone una regulación similar a la que existe para otro tipo de sustancias tales como el alcohol o el tabaco, es decir, una regulación que implique una prohibición de ingreso de cannabis a determinados lugares, por su potencial de afectar la salud pública. Esto se propone en tanto muchas conductas de porte son absolutamente inocuas para el bien jurídico en tanto se refieren a situaciones en donde el porte se realiza para consumir en un lugar privado, lo cual no afecta la salud pública, y sin embargo configuran la falta del artículo 50. Por tanto, la regulación debiese contemplar exclusivamente la prohibición de ingresar cannabis a determinados lugares.

Si lo que realmente se busca es impedir la difusión de una práctica, debe ser el Estado quien tome parte al respecto regulando la oferta de cannabis, puesto que no tiene sentido permitir el consumo individual (como ocurre hoy en Chile) si quien desea hacerlo debe acudir a un mercado clandestino para obtener la droga. Este mismo mercado desregulado es aquel que permite que menores de edad puedan acceder a la droga, lo cual tiene efectos indeseados en el desarrollo de niños y adolescentes.

Como analizamos en los capítulos III y IV, existen dos supuestos que, en principio, cumplen con los estándares del principio de proporcionalidad de la conducta, a saber, el consumo de cannabis en lugares públicos y el porte *para* el consumo en lugares públicos. No obstante, a la hora de analizar el principio de proporcionalidad de la sanción, hemos arribado a la conclusión de que las conductas descritas deben ser abordadas de manera alternativa a la penalidad, siendo la mejor opción el derecho administrativo sancionador, por lo que no se cumple con el principio de proporcionalidad. Esto, puesto que el derecho penal es la herramienta más poderosa que tiene el Estado y debe actuar cuando un bien jurídico se vea realmente dañado o amenazado, lo cual ha sido cuestionado en este trabajo en relación al vínculo de la salud pública con las faltas del artículo 50 de la Ley 20.000. Si el derecho penal es la última ratio, no corresponde abordar penalmente aquellas conductas que son perfectamente abordables por la vía administrativa.

Es por lo anterior, que la relación entre cannabis y salud pública debe estar mínimamente relacionada con el Derecho Penal y la persecución estatal, en particular respecto de las conductas descritas y sancionadas en el artículo 50 de la Ley N° 20.000, y se debe avanzar hacia un sistema cuyo foco principal sea la prevención del consumo de drogas, su tratamiento y el respeto por la autonomía y los derechos fundamentales de los individuos. Sobre esto, cabe mencionar, que el modelo prohibicionista ha sido duramente criticado tanto por la doctrina jurídica como por profesionales de la salud, además de los datos empíricos que han demostrado su fracaso. Según González Zorrilla (1991), la comisión del Parlamento Europeo encargada de la investigación sobre la difusión de la delincuencia organizada vinculada al tráfico de drogas, expuso en su informe de 1991 que “La lucha contra la drogadicción mediante los procedimientos penales, la abstinencia obligatoria y la ayuda pública condicionada a la abstinencia han fracasado” (p.25) y que “la drogadicción y el uso ilícito de drogas deberían tratarse en primer lugar como problemas de salud pública y de bienestar y no como problemas de carácter policial o judicial. No se debería considerar delito la posesión de pequeñas cantidades de drogas ilícitas para uso personal. Las leyes relativas a la droga deben crear una distancia entre el consumidor y el mundo del crimen, evitando con ello convertir al toxicómano en delincuente y malograr toda posibilidad de integración social. La ayuda a los drogadictos no debe ser objeto de procedimiento penal” (p.25).

Lo anterior, sumado a las amplias críticas al prohibicionismo ya expuestas y la demostración de su fracaso, nos lleva a descartar la alternativa del Derecho penal como la mejor alternativa de regular el consumo de cannabis para una efectiva protección de la salud pública.

Bibliografía (formato APA).

1. Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid, España: Edersa.
2. Arana Berastegi, X. Cannabis y Salud Pública: del bien jurídico al bien político. En *Las sendas de la regulación del cannabis en España*, 386-400. España: Bellaterra.
3. Arnold, R. Martínez Estay, J. Zuñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales* (1), pp. 65-116.
4. Barnés Vázquez, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario, *Revista de Administración Pública*, nº 135, septiembre-diciembre, p. 500.
5. Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III: España.
6. Bustos Ramírez, J. (1995). *Coca Cocaína. Política Criminal de la Droga*. Santiago, Chile: Editorial ConoSur Ltda.
7. Bustos Ramírez, J. (2019). Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de Derecho Penal* (27), 465-476.
8. Bustos, J. Hormazábal, H. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Editorial Trotta.
9. Carrara, F. (1989). *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial-Volumen VI*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
10. Comisión de Estupefacientes, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2018). *Terminología e información sobre drogas* (3ª edición). Viena, Austria: Organización de las Naciones Unidas.
https://www.unodc.org/documents/scientific/Terminology_and_Information_on_Drugs_S_3rd_Edition.pdf
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). Opinión consultiva OC-5/85. Costa Rica.

12. Díez Repollés, J. (1987). La política sobre drogas en España, a la luz de tendencias internacionales. Evolución reciente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (40), 347-400.
13. Díez Ripollés, J. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (7), 1-37.
<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>
14. Dirk J. Korf (2019). La regulación del cannabis en Europa: informe sobre los Países Bajos. *Transnational Institute*, 3.
15. García Palominos, G. (2013). El consumo personal como manifestación de la autonomía personal y centro de las valoraciones penales en la Ley N° 20.000. *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (13), 25- 43.
16. Garrido Montt, M. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
17. Hassemer, W. (2014). El principio de proporcionalidad como límite a las intervenciones jurídico-penales. En *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 193-200. España: Atelier.
18. <http://hdl.handle.net/10347/4205>
19. Ingraham, C. (23 de febrero de 2015). “Marijuana may be even safer than previously thought, researchers say”. *The Washington post*. Recuperado de
<https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/02/23/marijuana-may-be-even-safer-than-previously-thought-researchers-say/?variant=116ae929826d1fd3>
20. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. (2009). Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado de
https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038
21. Levayer, L. (2017). Regulación del mercado de cannabis en Uruguay. Génesis, implementación y retos de futuro. En *Las sendas de la regulación del cannabis en España* (pp. 314-328). España: Bellaterra.

22. Ley N° 19.172 de 2014. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución de la marihuana y sus derivados. 7 de enero de 2014. D.O N° 28878 (Uruguay).
23. Matus Acuña, J. y Ramírez Guzmán, M. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial*. 4ta Edición - Marzo 2021 Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
24. Medina Schulz, G. (2016). Comentario de Jurisprudencia. Segunda Sala Penal Rol 15920-2015. *Revista de Ciencias Penales*, 43 (1), 253-270.
25. Ministerio de Salud. (2015). *Orientaciones técnicas para la detección, intervención motivacional y referencia a tratamiento para el consumo de alcohol y otras drogas en adolescentes*.
https://diprece.minsal.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2017/12/OT-Detecci%C3%B3n-IM-y-referencia-drogas-adolescentes.pdf
26. Mir Puig, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del "Ius puniendi". *Estudios penales y criminológicos* (14), 204-215.
27. Mir Puig, S. (2002). Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal. En Echano (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* (pp. 349-366). Universidad de Deusto.
28. Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, España: Editorial Reppertor.
29. Mir Puig, S. (2009). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. En *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (pp. 1357-1382). Valencia, España: Tirant Lo Blanch
30. Muñoz Conde, F. y Aunion Acosta, B. (1991). Drogas y derecho penal. *Nuevo Foro Penal* (54), 505-514.
<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4051>
31. Muñoz Conde, F. y Fernández, G. (2001). *Introducción al derecho penal*. Editorial B de f. <http://bibliografias.uchile.cl/4496>.

32. Muñoz Robles, M. (2019). Ley N° 20.000 de drogas en Chile: Un ejemplo de prohibicionismo criminalizado. *Sociedad Hoy*, (26), 99-116.
https://revistasacademicas.udec.cl/index.php/sociedad_hoy/article/view/764
33. Neumann, U. (2014). El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. En *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
34. Nogueira Alcalá, H. (2010). “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en Carbonell, Miguel (Coordinador): *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago, librotecnia, 353-403.
35. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). *Resumen, conclusiones y consecuencias en materia de políticas: Informe mundial sobre las drogas*. https://www.unodc.org/wdr2018/prelaunch/WDR18_ExSum_Spanish.pdf
36. Perello, I. (1997). El principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia constitucional. *Revista Jueces para la Democracia*, 28, pp. 69-75.
37. Pisiottano, J. (2021). Derecho Penal y salud pública. Las respuestas ante la pandemia de COVID-19 en Uruguay. *Revista De Derecho*, (23), 85-115.
<https://doi.org/10.22235/rd23.2527>
38. Politoff Lifschitz, S. y Matus Acuña, J. (1988). *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes: estudios de dogmática y jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
39. Politoff Lifschitz, S. y Mayer, M. (2007). *Derecho penal: parte general*. Editorial B de f: Julio César Faira-Editor. <http://bibliografias.uchile.cl/4301>
40. Politoff Lifschitz, S., Matus Acuña, J. y Ramírez Guzmán, M. (2005). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
41. Rebolledo Latorre, L. (2014). El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. *Revista jurídica del Ministerio Público* (60), 119-133.
42. Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid, España: Editorial Civitas.

43. Ruiz Ruiz, R. De la Torre Martínez, L. (2011). Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad. *Revista telemática de Filosofía del Derecho* (14), pp.27-44.
44. Sánchez Avilés, C. (2017). El cannabis en las convenciones internacionales sobre drogas. Posibilidades y desafíos para una regulación. En *Las sendas de la regulación del cannabis en España*, 269- 281. España: Bellaterra.
45. Sánchez Rodríguez, S. (2016). *Jurisprudencia Penal Comentada*. Primera parte. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana.
46. Schwabe, Jürgen. (2009.) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. DF, México: Fundación Konrad Adenauer.
47. Silva Forné, D. (2018). *Regulación de la marihuana. Drogas y Estado de Derecho. El modelo regulatorio de Uruguay. La situación en España*. España: Dykinson.
48. Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, España: Jose María Boch S.A.
49. Subsecretaría de Prevención del Delito, Centro de Estudios y Análisis del Delito. (2019). *Informe nacional de procedimientos policiales por infracción a la ley de drogas n° 20.000*.
<http://cead.spd.gov.cl/?wpdmpro=informe-procedimientos-policiales-por-ley-de-drogas-anual-2019&wpdmdl=3030&>
50. Villegas Paiva, E. (2011). *Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astres.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf
51. Welzel, H. (2005). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Roque Depalma.
52. WHO Expert Committee on Drug Dependence: forty-first report (2019). Ginebra, Suiza: Organización Mundial de la Salud.
<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/325073/9789241210270-eng.pdf?sequence=10&isAllowed=y>
53. Departamento de Evaluación de la Ley Cámara de Diputados de Chile. (2014). *Evaluación de la Ley N° 20.000*.

<http://www.evaluaciondelaley.cl/2019/07/30/ley-n20-000-que-sanciona-el-trafico-ilicito-de-estupefacientes-y-sustancias-sicotropicas/>

54. Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda. (2020). *Evaluación de resultados de los programas de tratamiento y rehabilitación del Servicio nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, SENDA*.
<https://www.dipres.gob.cl/597/w3-article-214465.html>
55. Navarro, E. (13 de octubre de 2016). Proporcionalidad y Jurisprudencia del TC. *El Mercurio Legal*. Real Academia Española (2020). Consumir (segunda definición). *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea].
<https://www.elmercurio.com/legal/Registro/Login.aspx?urlBack=/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/10/13/Proporcionalidad-y-jurisprudencia-del-TC.as>
56. Contreras Chaimovich, L. (2021). Legitimación constitucional de las normas de conducta y de sanción penal en materia de responsabilidad por el producto. Un análisis a la luz de la Grundgesetz. *Revista de Ciencias Penales*, XLVII (6), pp. 15-48. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
57. Nogueira Alcalá, H. (2010). El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno. N/A. Publicado en: *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*. Miguel Carbonel. Santiago de Chile. Librotecnia. 2010. 412 p., 353-403.
58. Laqueur H, Rivera-Aguirre A, Shev A, Castillo-Carniglia A, Rudolph KE, Ramirez J, Martins SS, Cerdá M. The impact of cannabis legalization in Uruguay on adolescent cannabis use. *Int J Drug Policy*. 2020 Jun;80:102748. doi: 10.1016/j.drugpo.2020.102748. Epub 2020 May 6. PMID: 32388170.[.px](#)
59. Rey Huidobro, L. (1987). *El delito de tráfico de estupefacientes*. Barcelona, España: Bosch Casa Editorial.
60. Gonzalez Zorrilla, C. (1991). Legislación simbólica y administrativización del derecho penal: la penalización del consumo de drogas. *Jueces para la democracia* (14), pp. 22-26. Madrid, España: Unigraf SA.
61. Ministerio de Salud y Asuntos Sociales de Suecia (2016). *La política de drogas en Suecia - una política equilibrada*.

<https://www.government.se/information-material/2016/04/la-politica-de-drogas-de-suecia/>

62. Observatorio Uruguayo de Drogas. (2020). VIII Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media en Uruguay. <https://www.gub.uy/junta-nacional-drogas/comunicacion/publicaciones/viii-encuesta-nacional-sobre-consumo-drogas-estudiantes-ensenanza-media>.
63. Betty Ford Institute Consensus Panel. (2007). What is recovery? A working definition from the Betty Ford Institute. *Journal of Substance Abuse Treatment* (33), pp. 221 - 228.
64. Lascuráin, J. (2020). El principio de proporcionalidad penal: cinco retos (I) <https://almacenederecho.org/el-principio-de-proporcionalidad-penal-cinco-retos-i>
65. Pardo Vergara, M. (2019). El Derecho de libertad general en Chile. en J. Bassa Mercado (Ed.), *Los desafíos de la interpretación constitucional. Protección de derechos fundamentales, control de constitucionalidad, enseñanza del Derecho*. Valparaíso, Chile: Edeval.
66. Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes de la Fiscalía Nacional. (2020). Informe del Observatorio contra el Narcotráfico.
67. Cerezo Mir, J. (1975). “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. Tomo XXVIII, pp. 159-173.
68. Castillo Carniglia, A. (2013). Inequidad de la mortalidad atribuible al consumo de alcohol en Chile: Estudio ecológico del período 2004 - 2009 [Tesis de doctorado, Universidad de Chile]. Repositorio Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/180986>
69. Cordero Quinzacara, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho*. Vol. XXV, N° 2, pp. 131-157. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.