

El derecho penal ante la regulación del cannabis con fines no terapéuticos: mercados, conductas punibles y justicia retroactiva¹

The Chilean's Criminal Law in the Face of Non-therapeutic Cannabis Regulation: Markets, Punishable Conducts and Retroactive Justice

José Ángel Fernández Cruz
Doctor en Derecho, Universidad Europea de Madrid.
Profesor de Derecho penal de la Universidad Austral de Chile
josefernandez@uach.cl
<https://orcid.org/0000-0002-7035-0968>

Fecha de recepción: 28/04/2024
Fecha de aceptación: 29/04/2025

Resumen

En la futura regularización del mercado de cannabis con fines no terapéuticos o recreacionales que, tarde o temprano, deberá afrontar el Estado Chileno, el derecho penal constituye una de sus principales aristas. Pero, antes de detallar en una norma la intervención del derecho penal en este nuevo contexto político, previamente, deberán tenerse presente tres cuestiones fundamentales: la relevancia político criminal de los mercados de cannabis (ilícito, regularizado y, el denominado, mercado gris); las principales conductas que deben criminalizarse; y los mecanismos penales para reparar los daños causados, precisamente, por el propio sistema penal.

Palabras clave: Derecho penal y mercados de cannabis, conductas punibles y justicia retroactiva.

Abstract

In the future regularization of the recreational cannabis market that, sooner or later, the Chilean State will have to face, criminal law constitutes one of its main aspects. But, before detailing in a rule the intervention of criminal law in this new political context, three fundamental questions must be kept in mind: the political-criminal relevance of cannabis markets (illicit, regularized and, the so-called, gray market); the main behaviors that should be criminalized; and the criminal instruments to repair the damage caused by the penal model.

Keywords: Cannabis Markets, Criminal Cannabis Offenses and Retroactive justice.

Introducción

La discusión política (criminal) sobre el consumo y tráfico de cannabis ya no se centra en su legalización, sino respecto de la forma o manera en que este mercado se va a regular tanto con fines terapéuticos como recreacionales. Este estudio se centrará en el papel que debe jugar el derecho penal en el mercado de cannabis (en lo sucesivo, MC) recreacional.

¹ El presente estudio constituye uno de los trabajos comprometidos en el Proyecto Fondecyt Regular Núm. 1.220.592.

De hecho, varios países han modificado de manera estructural la normativa sobre el mercado de cannabis² y, en la actualidad, otros estados están reconsiderando modificar sus actuales sistemas normativos, ya sea despenalizando o atenuando la intervención penal, ya sea regularizando este mercado ilegal. También debemos añadir aquellos países en los que los operadores jurídicos han despenalizado, a través de interpretaciones restrictivas, algunas conductas tipificadas y, en especial, las de consumo de cannabis. Incluso, en algunos casos, esta despenalización es de facto, es decir, una decisión político criminal de no perseguir ciertas conductas. En este sentido, podemos decir que este proceso de despenalización o desregularización del MC se está realizando, en muchos casos, de “manera silenciosa”³. Efectivamente, la mayoría de los Estados y, en especial, Chile, no han reconocido los daños que ha generado el modelo penal. Por tanto, deberemos esperar para tomar conciencia de una de las políticas públicas más nefastas del s. XX y del presente s. XXI.

Además, no podemos ignorar una situación especialmente paradójica en la actual política sobre el MC: Estados Unidos constituye uno de los principales precursores de la regularización del MC, cuando fomentó y, en algunos casos, impuso el actual modelo penal⁴. Este cambio de perspectiva por sí solo amerita una reflexión sobre el modelo de control del MC y, en especial, una discusión sobre las propuestas y resultados procedentes de los MC regularizados que pueden ser provechosos para el caso chileno⁵.

Según el último informe del Observatorio del Narcotráfico 2022, el 79% de la droga ilegal incautada en Chile en los últimos 3 años (2019-2021) corresponde al cannabis⁶. Además, junto con Uruguay, es uno de los países con mayor consumo de cannabis en Latinoamérica, consumo que ha venido creciendo durante las dos últimas décadas⁷. En Chile, al igual que en gran parte de otros países, se está produciendo una descriminalización o despenalización de las conductas relacionadas con el tráfico y consumo de cannabis. Si bien, podemos afirmar que este proceso está siendo más lento que en otras jurisdicciones, respecto de la descriminalización *de jure* debemos destacar la reciente legalización y regularización del cultivo de cannabis con fines terapéuticos⁸; y, en cuanto, a la descriminalización por parte de los operadores jurídicos tenemos recientes fallos judiciales que apuntan en este sentido⁹, la generalización del uso de las salidas alternativas, en los casos de microtráfico, algunos instructivos de las fiscalías regionales¹⁰ y, por último, las prácticas de las policías.

Uno de los impactos más relevantes de la legalización de la marihuana para uso recreativo es la significativa disminución de los delitos asociados al tráfico, posesión y, en su caso, consumo de esta

² A fecha de 2024, Canadá, Uruguay y 25 estados de Estados Unidos más Washington DC han regularizado el MC tanto terapéutico como lúdico, mientras que 48 de los 50 estados permiten el consumo terapéutico. Respecto de Estados Unidos, véase: DISA (2024), *passim*. Alemania ha regularizado recientemente el MC, aunque de manera parcial.

³ EASTWOOD *et al.* (2016), *passim*.

⁴ Véase en nuestra literatura: BUSTOS (1995), *passim*.

⁵ Véase con carácter general: ROLLES y SLADE (2022), *passim*.

⁶ OBSERVATORIO DEL NARCOTRÁFICO DE CHILE (2022), p. 85. Se estima que, de manera global, el 83% de los delitos relacionados con las drogas ilegales detectados por las agencias policiales y judiciales son referidos a su consumo.

⁷ CASTILLO-CARNIGLIA *et al.* (2020), p. 2089.

⁸ Ley N° 21.575 en relación con el Art. 8 de la Ley 20.000.

⁹ En relación con la reciente reforma del Art.8 de la Ley 20.000, que regulariza parcialmente el mercado de cannabis con fines terapéuticos, véanse: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, RUC N°2100610440-9, de 17 de mayo de 2023; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 834–2023, de 20 de julio de 2023; Corte Suprema, Rol N° 223.043-2023, de 10 de octubre de 2023.

¹⁰ Este parece ser el caso de la Fiscalía Centro Norte de Santiago que, en un documento interno, ha establecido las siguientes presunciones: hasta 40 gramos en el caso del consumo y respecto del autocultivo entre 1 y 10 plantas de cannabis, o si siendo más de 10 plantas pequeñas, la sumatoria de la longitud total no supere los 10 metros. Documento inédito.

droga. En Estados Unidos la cantidad de marihuana ilegal interceptada en sus fronteras cayó un 89%¹¹ y los arrestos por delitos relacionados con esta disminuyeron un 98.6% en Washington D. C., un 96% en Oregón y un 93% en Alaska, generando importantes ahorros para estos estados¹². De igual manera, no generó desviaciones sustanciales en los patrones de crímenes en Denver, Colorado y Seattle¹³. También, se ha producido una disminución de los delitos de tráfico de cannabis cometidos por mujeres en Uruguay; sin embargo, se presentó un alza en el número de homicidios por rivalidades en la distribución de esta droga¹⁴.

La regulación del MC presenta dos cuestiones político criminales. La primera hace referencia a la forma en que interactúan la regulación extrapenal (administrativa, tributaria, bancaria, entre otras) y la microeconomía (la adecuación del MC regularizado a las preferencias de los consumidores) con el mercado ilegal. De esta manera, una adecuada regulación del MC constituye una herramienta político criminal para prevenir aquellas conductas que el legislador chileno decida criminalizar tras la legalización generalizada del MC. Por tanto, el especial carácter subsidiario del derecho penal en un mercado regulado requiere, con carácter previo, analizar aquellos aspectos de la regulación administrativa y del mercado de cannabis que van a determinar su eventual intervención penal.

La segunda cuestión apunta al papel que debería jugar el derecho penal ante una eventual regularización del MC lúdico en Chile. Aquí, a la vez, resulta necesario distinguir entre las infracciones a las normas de conducta de un mercado regularizado, como sucede con el tabaco y el alcohol, y aquellas que se originan en el mercado ilegal como, por ejemplo, la venta de cannabis procedentes de cultivos no regularizados.

La regulación del MC no debe entenderse como una solución a todos los problemas asociados con el uso y tráfico de drogas. A corto plazo, solo es posible reducir algunos de los daños en materia de salud, derechos humanos, delincuencia y seguridad ocasionados, principalmente, por el modelo penal. Incluso, se pueden generar otros costes como, por ejemplo, un aumento transitorio del consumo y de los accidentes automovilísticos. Tampoco la mera regularización del MC puede abordar por sí sola todos los problemas económicos y sociales de aquellas comunidades en las que el consumo y el tráfico de drogas resultan problemáticos, pero sí puede ayudar o generar un contexto más propicio, ya que contribuye a unas pautas de consumo más responsables y, además, libera recursos para que las policías, fiscalía, tribunales de justicia y Gendarmería puedan centrarse en otro tipo de delincuencia más grave. A lo anterior, debemos recalcar la estrecha relación entre violencia y prohibición del tráfico de drogas. En otras palabras, una de las estrategias para enfrentar el aumento de crímenes violentos en Chile, reside precisamente en la regularización del MC¹⁵.

Si bien, como hemos mencionado, el Estado chileno se encuentra en un proceso de regularización del MC con fines terapéuticos, a corto plazo, es improbable que este se extienda al tráfico y consumo lúdico, debido al incremento de la delincuencia de carácter violenta y de seguridad que sufre en la actualidad la ciudadanía. La inviabilidad política a la hora de regularizar el MC en Chile podemos resumirla en dos razones. La primera es la denominada “falacia de los costos hundidos”, es decir, la inercia de continuar con un modelo de control social (el penal), en el que los Estados han invertido una gran cantidad de dinero, tiempo, esfuerzo y capital humano. A lo anterior, se une el sesgo cognitivo de lo “miedo a lo desconocido” a la hora de cambiar el modelo penal de control de drogas,

¹¹ WHEELDON y HEIDT (2022), p. 25, n. 2.

¹² DRUG POLICY ALLIANCE (2018).

¹³ DILLS *et al.* (2021), pp. 9-10.

¹⁴ OBSERVATORIO URUGUAYO DE DROGAS (2019), pp. 34-39.

¹⁵ WERB *et al.* (2011), pp.:87-94. En este sentido, en el conocido estudio de Jeffrey Miron se estableció una estrecha correlación entre los modelos prohibicionistas de la “Ley Seca” y la “Guerra contra la drogas” con el aumento de las tasas de homicidio. MIRON (1999), p. 78.

el cual se ha interiorizado como algo natural por parte de la sociedad, de la clase política y de los operadores judiciales y policiales.

La segunda razón hace referencia al oportunismo político que impera en el actual debate sobre las drogas. Aunque la discusión ha evolucionado de forma significativa en diversos países, en Chile cualquier medida que se aleje del punitivismo continúa siendo un tema políticamente controvertido. Muchos políticos siguen reacios a defender propuestas más liberales por temor a ser catalogados como “blandos ante las drogas” o “débiles ante la delincuencia”¹⁶. La reciente obligación “autoimpuesta” por parte de nuestros diputados de someterse a un control de consumo de drogas da habida cuenta de esta situación¹⁷. Por tanto, no resulta descabellado afirmar que la decisión política de regularizar el cannabis, incluidos sus aspectos sancionatorios o penales, no va a depender de criterios de racionalidad (principios bioéticos, penales o administrativos), sino de justificaciones populistas¹⁸, de la negociación política o, incluso, por mero cálculo electoral debido al creciente número de consumidores (votantes) de cannabis en Chile.

Incluso, si Chile toma la decisión de legalizar el MC, la moral y un exacerbado paternalismo en la protección de la salud pública van a continuar jugando un papel relevante a la hora de concretar esta regulación¹⁹. De hecho, Wheeldon y Heidt alertan sobre una nueva “ola de prohibicionismo” que ha surgido en la actual era de despenalización o regularización del MC que se muestra en dos escenarios. El primero en sobrerrepresentar ciertos peligros a la salud pública y, el segundo, en proponer un paternalismo regulatorio alejado de las preferencias de los consumidores que, paradójicamente, incentiva el acceso al MC ilegal. Este nuevo prohibicionismo, al contrario del planteado por Nixon, suele fundamentarse en estudios empíricos, pero de manera sesgada. Así solo toma como referencia estudios médicos que se acercan a sus posiciones morales o políticas, ignorando o minimizando otros análisis que cuestionan o matizan los daños a la salud procedentes del consumo de cannabis. En otras palabras y siendo caritativos no existe una evidencia científica que establezca una relación causal entre el consumo de cannabis y ciertas enfermedades mentales y, en especial, en los casos de consumo no problemático²⁰. La idea de que todos los consumidores de cannabis son unos enfermos que necesitan tratamiento constituye uno de los sesgos más alejados de la realidad. El paternalismo regulatorio en materia penal se centra en medidas como las salidas alternativas a la prisión, que suelen incluir, como una de las condiciones, la obligación de tratamiento médico con independencia del tipo de consumo (ocasional, frecuente o problemático). En conclusión, este nuevo prohibicionismo continúa viendo al cannabis como un producto especialmente tóxico y no como un bien de consumo que puede generar ciertas externalidades negativas²¹. Sin duda, la demonización del cannabis y a sus consumidores continuará beneficiando a ciertos políticos, fuerzas de seguridad del Estado y medios de comunicación.

En el proceso de regularización del MC, desde un punto de vista criminológico y político criminal, tenemos tres conceptos claves que, a menudo, entran en conflicto: el estigma, la normalización y la medicalización²². Respecto al primero de ellos, se entrecruzan cuestiones morales (la demonización

¹⁶En un sentido similar, INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM (2016), p. 98.

¹⁷ REGLAMENTO SOBRE CONTROL DE CONSUMO DE DROGAS EN DIPUTADAS Y DIPUTADOS, (2022).

¹⁸ Este es el caso de Uruguay, en el que el Gobierno del Presidente Mujica defendió el proyecto de regularización, aduciendo, entre otras razones, una reducción considerable del crimen organizado. Véase, QUERIOLO *et al.* (2019), *passim*.

¹⁹ WHEELDON y HEIDT (2022), p. xiv.

²⁰ Véase en extenso y doctrina citada en WHEELDON y HEIDT (2022), pp. 91-108. Estos autores, tras revisar la literatura especializada, cuestionan que el consumo de cannabis sea un factor directo de enfermedades mentales como la psicosis, genere una adicción comparable con otras drogas y, en especial, que este se relacione con la criminalidad violenta como puede ocurrir con el alcohol y ciertos estimulantes.

²¹ WHEELDON y HEIDT (2022), p. 7.

²² PARKER (2005), pp. 205-215.

del cannabis) y aproximaciones criminológicas como la teoría del etiquetamiento (interaccionismo simbólico entre consumidores de drogas, la comunidad y el Estado); y las teorías críticas y radicales que dan cuenta de cómo el modelo penal ha seleccionado a ciertos consumidores y traficantes de drogas. En cuanto a la normalización, este concepto ilustra un proceso inverso a la estigmatización del consumo y tráfico de drogas. Así, estamos en la actualidad ante una creciente adecuación social del consumo de cannabis que, en términos generales, tiende a equipararse al consumo de alcohol o tabaco y, por tanto, se asume que las distintas clases de consumidores de cannabis (ocasionales, habituales y problemáticos) requieren de distintas estrategias. Por último, la medicalización opera en dos sentidos contrapuestos: los beneficios del consumo de cannabis para ciertas enfermedades o trastornos y, como hemos visto, la medicalización del consumidor de cannabis, que parte del presupuesto de que nos encontramos ante una conducta desviada o una enfermedad²³.

Resulta probable e, incluso, conveniente que Chile, al igual que otros países, aplique una política de despenalización del tráfico y consumo de cannabis antes de regular el MC con fines lúdicos. Como hemos mencionado este proceso ya ha comenzado, pero requiere de otras medidas que eviten la criminalización del tráfico no violento de cannabis y, a la vez, otorguen seguridad jurídica a los operadores de este mercado. Así, podemos mencionar las siguientes estrategias: la derivación en las etapas de arresto y preprocesamiento por parte de la policía y la fiscalía a otras instituciones destinadas al tratamiento del consumo problemático de drogas, como manifestación de una visión comunitaria no punitivista de las instituciones penales y policiales²⁴; la aplicación de instrumentos destinados a evitar penas efectivas de prisión (suspensión condicional, principio de oportunidad, penas alternativas a la prisión, entre otras); y la tolerancia de ciertas conductas como los denominados club sociales cannábicos o flexibilización de los criterios de acceso al MC con fines terapéuticos.

También, los denominados tribunales de drogas pueden ser una buena herramienta político criminal en este proceso de transición, pero presentan varios problemas²⁵. El primero es de carácter estructural, ya que trata la dependencia de drogas a través de una perspectiva de justicia penal, en lugar de hacerlo como una cuestión social y de salud. Así, en el caso chileno, la medida de tratamiento depende más de cuestiones legales, como la reincidencia o los antecedentes penales, es decir, de la peligrosidad del detenido, que de consideraciones médicas y sociales²⁶. El segundo reside en una asignación ineficiente de los recursos: procesados que no son necesariamente dependientes de drogas aceptan el tratamiento para evitar la prisión.²⁷ Esta situación resulta especialmente aplicable en el consumo de cannabis²⁸.

No obstante, siendo consciente que, a corto plazo, la regularización del MC en Chile resulta poco probable debemos iniciar una discusión dentro de la academia y de los operadores jurídicos y policiales y de la comunidad cannábica²⁹, ya que estamos ante una reforma de una especial complejidad. Este estudio tratará una de sus principales aristas: el papel que debe jugar el derecho penal chileno ante la eventual regulación del MC con fines no terapéuticos. En concreto, abordará tres previas cuestiones, a mi juicio, fundamentales que deben analizarse antes de tipificar las concretas

²³ CONRAD (1992), pp. 266-271.

²⁴ Así, podemos mencionar en Escocia el programa de Derivación Asistida de las Autoridades Policiales de 2011 (LEAD). MALLOCH y McIVOR (2013), pp. 69-77.

²⁵ CUNEO y MEDINA (2023), p. 82.

²⁶ CUNEO y MEDINA (2023), p. 84.

²⁷ Véase en extenso: CUNEO y MEDINA (2023), pp. 62-87.

²⁸ Aproximadamente 1 de cada 10 personas que consumen drogas requieren tratamiento. INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM (2016), pp. 91 y 92

²⁹ En cuanto a las policías, dos son los principales retos ante un MC regularizado: la eliminación del estigma sobre el consumo de cannabis y una adecuada formación que permita a las fuerzas de seguridad del Estado centrarse en los delitos de tráfico de drogas asociados a la violencia. WHEELDON y HEIDT (2022), pp. 37-47.

conductas merecedoras de un reproche penal: la relevancia político criminal de los mercados de cannabis (ilícito, regularizado y el denominado mercado gris); las principales conductas que deben criminalizarse; y los mecanismos penales para reparar los daños causados, precisamente, por el propio sistema penal.

Este trabajo se divide en cuatro apartados. El primero describirá de manera sucinta las características de los MC regularizado, ilegal y, en especial, el MC gris de cannabis, y la forma en que el derecho penal debe intervenir en cada uno de ellos. El segundo apartado dará cuenta de la intervención penal tras la regularización del MC y, en especial, de las conductas que ameritarían una tipificación penal. El tercer apartado tratará la forma y manera en que el derecho penal puede eliminar o mitigar los efectos y los daños producidos, precisamente, por el modelo punitivista. El cuarto y último apartado, resumirá las principales conclusiones de los anteriores apartados y mencionará, de manera sucinta, otras medidas.

1. La intervención del derecho penal en los mercados de cannabis

Una de las pocas conclusiones, tras la regularización del MC, sobre la cual existe certidumbre es que este va a coexistir y competir con un MC ilegal estructurado de larga data. Tras la regularización del MC -a corto y, seguramente, a mediano plazo- una parte relevante del consumo va a continuar suministrándose por el mercado ilegal. Solo, a modo de ejemplo, el Observatorio Uruguayo de Drogas estimó en 2018 que, después de 4 años de la entrada en vigor del modelo regulatorio, el 70% del cannabis consumido proviene del mercado ilegal³⁰. En cambio, en el estado de Colorado, tras casi 5 años de la regularización del MC, solo el 27% del cannabis consumido proviene del mercado ilícito (incluido el mercado gris). Por tanto, tenemos evidencia empírica de que los modelos comerciales tienen una mayor capacidad para reducir el MC ilegal³¹. En Canadá, donde la mayoría de las provincias han optado por un modelo comercial, los consumidores durante el año 2022, a la hora de responder sobre sus pautas de consumo en los últimos 12 meses, el 61% mencionó que acudía normalmente al MC regularizado (un incremento del 53% respecto del año 2021)³². Por tanto, un factor relevante que puede explicar por qué en Canadá y en el estado de Colorado la reducción del MC sea sensiblemente superior al de Uruguay radica en elección de un modelo comercial de regularización del MC, a lo que deberíamos añadir el nivel económico de los consumidores. En este sentido, las teorías de la elección racional y de las actividades rutinarias pueden explicar de mejor manera cómo los consumidores de cannabis van a reaccionar ante una eventual regularización del MC³³.

Además, entre el MC regularizado y el ilegal tenemos otro denominado “mercado gris”, es decir, el desvío ilícito de cannabis regulado. Esta situación concurre, como hemos señalado, debido al hecho de que el MC ilícito va a convivir por un tiempo considerable con el MC regularizado y, por lo tanto, se van a producir interrelaciones entre ambos mercados: el consumo y tráfico del MC ilegal que se traslada al regularizado y viceversa. A modo de ejemplo, tenemos el retorno al MC ilegal de aquellos que consumen o trafican cannabis en el MC regularizado y el consumo o tráfico ilegal (menores, turista o consumidores no registrados) de cannabis procedente del MC regularizado.

Como ejemplos de ilícitos relacionados con estos tres tipos de MC tenemos: (1) la infracción (administrativa) a las normas del etiquetado del cannabis, como un caso de infracción del MC regularizado; (2) la producción, venta y consumo de cannabis procedente del MC ilegal, que puede tipificarse como una infracción administrativa, normalmente respecto de hechos relacionados con el

³⁰ JUNTA NACIONAL DE DROGAS (2019).

³¹ ARCVIEW MARKET RESEARCH GROUP (2021), pp. 44-53.

³² GOBIERNO DE CANADÁ (2022), p. 38.

³³ Véase en extenso y doctrina citada en WHEELDON y HEIDT (2022), pp.73-109.

consumo, o como un delito (el conocido como narcotráfico); y (3) la donación o venta de un cultivador de cannabis regularizado a terceras personas, como uno de los casos paradigmáticos de mercado gris.

La forma en que Chile regularice el MC va a condicionar la extensión del MC ilícito y, por tanto, la intervención del derecho penal. Debemos ser conscientes que a una mayor intervención del Estado (modelos intervencionistas) o un acceso limitado a través exclusivamente del autocultivo y los clubs cannábicos (modelos comunitarios) limitan las posibilidades para competir con MC ilegal³⁴. De acuerdo con *The National Cannabis Survey* (Canadá), los principales factores que toman en cuenta los consumidores a la hora de acceder al MC son el precio, el acceso o suministro seguro y la calidad del producto. En cambio, la posibilidad de obtener cannabis a través de una forma de acceso legal se encuentra entre los últimos factores que inciden en la elección de los consumidores³⁵. Por otra parte, la empresa privada se encuentra en mejores condiciones para competir con el MC ilegal, pero tiene el peligro de fomentar un consumo desmedido de cannabis³⁶. Por tanto, si el MC regularizado se aparta de las preferencias de los consumidores, tendremos mayores posibilidades de que estos permanezcan o regresen al MC ilegal.

Con carácter general, la regularización del MC, como cualquier mercado regulado, supone que el derecho penal tendrá un papel subsidiario. Efectivamente, el derecho administrativo (incluido el derecho tributario) constituye la principal rama del ordenamiento jurídico llamado a intervenir en un mercado con externalidades negativas, al igual que ocurre con el tabaco y el alcohol.

Como conclusión, a la hora de determinar cómo el derecho chileno va a abordar las infracciones (administrativas o penales) en una regularización del MC, resulta necesario distinguir entre aquellas que se originan dentro del MC regularizado y aquellas que se producen en el MC ilegal. Además, dentro de estas últimas, tenemos las conductas que consisten en transformar un cannabis regularizado en otro ilegal (mercado gris). La razón de estas distinciones se debe al hecho de que una infracción en un mercado regulado y un desvío ilegal del cannabis procedente del MC regularizado suponen, con carácter general, un menor peligro para la salud pública.

En todo caso, tenemos conductas en las que se justifica su criminalización con independencia del tipo de mercado, algunas ya tipificadas en nuestro derecho positivo como, por ejemplo, la conducción de vehículos de motor bajo la influencia de drogas y la denominada responsabilidad penal por el producto; y otras en las que se deberían incorporarse a nuestra legislación penal, como es el caso de la distribución de cannabis a personas vulnerables. Trataremos con mayor profundidad estos dos últimos casos en sendos epígrafes posteriores.

1.1. El mercado regularizado

Desde una perspectiva político criminal, una de las cuestiones más relevante es si el derecho penal debe castigar algunas de las infracciones dentro del MC regularizado. Con carácter general y de acuerdo con los principios de mínima intervención y subsidiariedad, las infracciones de un mercado regularizado deben solventarse a través del derecho sancionador. Efectivamente, la decisión política de regularizar un determinado mercado, en el que la mayoría de sus conductas se encontraban prohibidas penalmente, supone que la sociedad entiende que este no genera graves daños sociales o, simplemente, las tolera como ocurre con el mercado de las bebidas alcohólicas.

³⁴ CHILDS Y HARTNER (2022), p. 74.

³⁵ GOBIERNO DE CANADÁ (2022), pp. 55 y 56. En la estadística citada de 2021, los consumidores canadienses incluyeron, por orden de preferencia: la cualidad, el precio, la accesibilidad y la variedad. Véase en extenso, CHILDS Y HARTNER (2022), pp.82-86.

³⁶ Por todos, CHILDS Y HARTNER (2022), p.79.

La opción por el derecho administrativo sancionador a la hora de abordar los incumplimientos de las normas de conducta del MC regularizado se apoya, además de los mencionados principios penales, en otros dos argumentos. El primero es de carácter simbólico, ya que se evita la estigmatización que produce *per se* la intervención de las instituciones penales: la denominada pena del proceso criminal. Así, el efecto simbólico que produce una pena de multa aplicada por un órgano administrativo difiere sustancialmente si esta es impuesta por un tribunal penal. El segundo tiene una finalidad económica. Efectivamente, un derecho penal mínimo en materia de drogas permite una mejor asignación de recursos económicos y humanos contra la delincuencia de carácter violenta. No obstante, debe evitarse que estas sanciones administrativas no se traduzcan en un perjuicio mayor que el ocasionado por la criminalización como, por ejemplo, sucede con la imposición de elevadas multas³⁷.

Ahora bien, como ocurre en cualquier mercado regularizado, puede ser necesaria y proporcionada la intervención del derecho penal. Así, tenemos infracciones relacionadas con el MC regularizado en la que podría justificarse su criminalización, ya que poseen, respecto del peligro al bien jurídico protegido, una similitud con los actuales delitos de tráfico de drogas. Nos referimos a los casos en que se distribuye una cantidad de cannabis o porcentaje de THC superior al permitido. No obstante, no podemos caer en el error de castigar el mero incumplimiento de estas distribuciones ilícitas. La decisión político criminal de tipificar penalmente estos casos debe regirse por el principio de mínima intervención, en el sentido de que se podrá justificar si la cantidad distribuida o la concentración de THC puede afectar gravemente la salud pública. Además, esta intervención penal debe ceñirse a los tipos dolosos³⁸.

En el derecho comparado, encontramos tanto una respuesta penal como administrativa a ilícitos del MC regularizado. Así y tomando como referencia las regulaciones provinciales de Canadá, tenemos la Columbia Británica, en la que se encuentra sancionada con una multa y una suspensión temporal de la licencia la venta de cannabis a personas bajo la influencia de drogas o la ausencia de los resguardos necesarios para que el cannabis no se encuentre a la vista de menores³⁹. En cambio, la venta de cannabis en contravención de la ley estatal se encuentra penada, en el caso de la primera infracción, con una multa o/y pena corta de prisión⁴⁰. En Saskatchewan, se establece un delito o tipo básico, en el que se castiga con una multa y/o una pena corta de prisión cualquier infracción dentro del MC regularizado⁴¹.

1.2. El mercado ilícito de cannabis

Debemos tener presente que nos encontramos, a diferencia del alcohol y el tabaco, con un mercado ilegal estructurado de larga data. Además, ante cualquier medida restrictiva del MC, fundamentada en la protección de la salud o de determinados grupos de personas, va a suponer un incentivo para el mercado ilegal. Esto quiere decir que un aumento de los precios -debido a la eventual fijación de estos por parte del Estado, a una mayor presión tributaria con la finalidad de limitar el consumo del cannabis regularizado y a los costes administrativos- puede incentivar que los consumidores acudan o se mantengan en el MC ilegal. También puede ocurrir que accedan a drogas legales (alcohol) o

³⁷ INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM (2016), p. 69.

³⁸ Un caso interesante es el referido a la producción de cáñamo con un porcentaje superior de THC al permitido. En la legislación federal estadounidense, la Ley de Agricultura (*The Farm Bill*, 7 U.S.C. § 1639p(e)(2)(B)) de 2018 establece que, en los casos de cultivo de cáñamo con un nivel superior 0'3 % de THC, solo serán perseguidas las conductas dolosas (“*with a culpable mental state greater than negligence*”). Respecto de la imprudencia, por el contrario, solo se exige que el productor corrija esta situación (7 U.S.C. § 1639p(e)(3)(A)). Véase en extenso: HUDAK (2018), *passim*.

³⁹ CANNABIS CONTROL AND LICENSING ACT (2018), Schedule 2.

⁴⁰ CANNABIS CONTROL ACT (2018), s95(1).

⁴¹ THE CANNABIS CONTROL ACT (2022), s5-2.

ilegales⁴². Efectivamente, un mercado con precios muy competitivos sería la única manera de terminar o reducir drásticamente el MC ilegal, pero esto supondría asumir unos costos en la salud pública que, en la actualidad, nadie está dispuesto a asumir como ocurre con el mercado de bebidas alcohólicas. En todo caso, debemos recordar que la evidencia empírica demuestra unos menores efectos a la salud procedentes del consumo de cannabis.

Debe tenerse presente que la producción y distribución de cannabis no requiere de la organización y costos de otras drogas como la cocaína, la pasta base o la heroína. Si bien, esto facilita la producción de cannabis en el mercado ilegal, a la vez, permite que el MC regularizado absorba el costo marginal ocasionado por la intervención del Estado a través del aumento de los precios o la presión tributaria. Además, la mayor parte del precio del MC ilegal proviene de los riesgos y costos de la propia ilegalidad.

También debemos tener presente que el consumo de drogas no solo depende de los precios y de la elasticidad asociada a estos, sino de otras características del producto y, especial, a factores culturales. Entre los primeros, debemos destacar la calidad y el menor riesgo a la salud. Sin duda el MC regularizado se encuentra en una mejor posición competitiva, ya que el consumidor puede acceder a una mejor calidad y a una adecuada información, por ejemplo, la que aparece en el propio embalaje del producto⁴³.

Respecto de los factores culturales, sin duda, las *modas de consumo*, entendidas como una forma de interaccionismo simbólico, constituyen una de las principales variables en el consumo de drogas. Otros factores culturales son las actitudes y la adecuación social ante el consumo y tráfico de cannabis. A lo anterior, debemos añadir que la elasticidad de la demanda del cannabis varía significativamente entre individuos o grupos de personas, atendiendo, en especial, a su clase social, cultura y, principalmente, al tipo de consumidor (ocasional, habitual o problemático)⁴⁴.

No obstante, estas ventajas del mercado ilegal tienen una menor incidencia respecto de los jóvenes consumidores, ya que, al igual que ocurre en el caso del alcohol, este grupo etario tiende a priorizar el precio y el mayor grado de THC. Esta situación se agudiza en los casos de consumidores con menores recursos. Por tanto, cabe esperar que la regularización del MC, a corto plazo, proveerá de cannabis principalmente a un segmento específico de la población: adultos con mayores recursos económicos, ya que tienden a preferir la calidad, información y seguridad del producto. Esto supone que el MC ilegal abastecerá a consumidores con menos recursos, por lo que, en principio, los traficantes deberán bajar los precios. Un ejemplo de cómo el precio de cannabis regularizado ha incidido en el MC ilegal, lo tenemos en Canadá. Así, parece que el mercado ilegal puede haber respondido a la regulación del cannabis legal bajando los precios⁴⁵.

Respecto de los casos de microtráfico de pequeñas cantidades que no se encuentren asociados a conductas violentas o porte de armas ilegales, debería explorarse la posibilidad de acudir a sanciones administrativas: y en el supuesto más que probable de que el legislador chileno optara por la criminalización, a estas conductas deberían imponerse, como principales o alternativas, penas distintas a la prisión. Así, a modo de ejemplo, encontramos en el derecho comparado programas de penas alternativas a la prisión que han resultado más eficientes en relación con los costos policiales, hospitalarios y penitenciarios⁴⁶.

⁴² ROLLES y SLADE (2022), p. 110.

⁴³ ROLLES y SLADE (2022), p. 121.

⁴⁴ ROLLES y SLADE (2022), p.112.

⁴⁵ SLADE (2020), p.38.

⁴⁶ HUGHES y RITTER (2016), *passim*.

Como hemos podido apreciar, desde un punto de vista teórico, el MC se ve afectado por un heterogéneo grupo de factores que muchos de ellos son de naturaleza cultural o contingentes. Por esta razón, debe realizarse un estudio empírico sobre el MC en Chile. Parece ser que ya no se importa marihuana prensada (paraguaya), sino que parte procede de Colombia o es producto nacional⁴⁷. También debe tenerse presente la red de pequeños productores de cannabis que abastecen tanto de manera onerosa como gratuita (o semi gratuita) a grupos determinados de consumidores⁴⁸.

No obstante, todos los países que han regularizado el MC han mantenido el modelo penal, en especial, en relación con el mercado ilegal, tanto respecto de las conductas prohibidas como de las penas impuestas. Las razones de esta situación podemos resumirlas en dos. La primera es la percepción de que el consumo y tráfico de cannabis constituyen actividades especialmente peligrosas para la salud pública y asociadas con la violencia y el crimen organizado. La segunda es de carácter estratégico: con la finalidad de obtener el suficiente apoyo político y ciudadano a la hora de aprobar una regularización del MC, se mantiene la intervención penal tanto el mercado ilegal como en el regularizado.

1.3. El mercado gris de cannabis

Estamos ante un grupo de casos en los que, originariamente, el cannabis procede del mercado regularizado pero que, con posterioridad, ha transitado al mercado ilícito. Tres son las principales conductas que se encuadran dentro del MC gris: (1) las donaciones de excedentes del autocultivo; (2) la venta de cannabis terapéutico para consumo lúdico; y (3) la venta de cannabis a personas que, por cualquier razón, se les prohíbe su adquisición, entre las que destacan los menores de edad y los turistas extranjeros o no residentes. En California hay un MC gris procedente de tiendas medicinales, debido, principalmente, a la mayor burocracia asociada al MC lúdico⁴⁹. También se tiene la sospecha de que gran parte de los consumidores uruguayos no registrados obtienen el cannabis de las donaciones de cultivadores registrados y de los miembros de los clubs sociales⁵⁰. Efectivamente, un MC excesivamente limitado y con precios poco competitivos no solo incentiva el MC ilegal, sino que también formas de consumo de cannabis no permitidas procedentes del MC regularizado. Sin duda, el autocultivo regularizado constituye la forma de acceso al cannabis que, debido a las dificultades fácticas a la hora de fiscalizar su producción, puede derivar parte de este al mercado gris.

A priori, podríamos concluir que estos hechos merecen la misma sanción o penas que las establecidas en el MC ilegal, ya que, valga la redundancia, se ha producido una ilegalidad en su distribución. No obstante, en muchos de estos casos el peligro a la salud pública es menor. Así, este cannabis ha sido sometido a los controles de calidad y seguridad sobre el porcentaje de THC y otras sustancias peligrosas que puede contener el cannabis ilegal. Además, esta información puede ser accesible si su venta en el MC ilegal se realiza con los envoltorios de origen. En conclusión, la procedencia inicial del MC regularizado supone, a priori, un menor riesgo a la salud pública y, por tanto, una menor

⁴⁷ OBSERVATORIO DEL NARCOTRÁFICO (2022), p. 11.

⁴⁸ En este sentido y respecto del MC canadiense, un estudio estableció dos conclusiones esclarecedoras. La primera es que la relación en el MC ilegal y el crimen organizado violento ha sido exagerada tanto en Canadá como en el resto de los países que han adoptado un modelo penal de control de drogas. La segunda y relacionado con la anterior conclusión, describe el MC canadiense como un conjunto de operaciones o transacciones de pequeñas cantidades que no forma parte de grandes organizaciones, situado en ámbitos locales que no suelen conllevar acciones violentas. Además, la mayor parte de las personas involucradas en este mercado son ciudadanos que cumplen con las leyes y las norma sociales y que estarían dispuestas a integrarse en un MC regularizado. TASK FORCE FOR THE LEGALIZATION AND REGULATION OF MARIJUANA (2016), pp. 2-9. DEVILLAER (2017), p. 19.

⁴⁹ ROLLES y SLADE (2022), p. 296.

⁵⁰ SEDDON y FLOODGATE, (2020), p.79.

desvaloración administrativa o penal. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la venta de cannabis regularizado a menores de edad que podemos compararlo con el delito de suministro de bebidas alcohólicas a este grupo etario en establecimientos que, en principio, distribuyen productos regularizados. Así, el Art. 42 de la Ley Núm. 19.925 impone una pena de prisión en su grado medio (**entre 21 y 40 días de privación de libertad** y multa de tres a diez unidades tributarias mensuales) al que “(...) suministrar bebidas alcohólicas, a cualquier título, a un menor de dieciocho años en alguno de los establecimientos señalados en el artículo 3º”. Por tanto, el desvío de cannabis regularizado a menores de edad, si se decidiera criminalizarse, debería contemplar una pena similar. En cambio, el delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas tiene una pena asignada de presidio menor en sus grados medio a máximo (**541 días a tres años de privación de libertad**) y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la agravante de minoría de edad contemplada en el Art. 19 c) de la Ley N° 20.000 sobre drogas⁵¹.

Incluso, muchos de estos casos de MC gris se solucionarían simplemente con su mera regularización. Nos referimos a las donaciones de los excedentes de cannabis del autocultivo a mayores de edad⁵².

Como conclusión, las conductas de consumo y tráfico ilegal de cannabis procedentes del mercado gris deberían, con carácter general, sancionarse como ilícitos administrativos y, a la vez, regular, como hemos afirmado, la donación de excedentes del autocultivo⁵³. Ahora bien y a la vista del derecho comparado, es más que probable que Chile acuda al derecho penal como primera ratio, con la finalidad simbólica de justificar la regulación del MC ante la comunidad y la oposición política como ocurrió en el caso de Uruguay, en el que se aumentaron las penas en los casos de crimen organizado⁵⁴.

2. ¿Qué conductas deben criminalizarse en el contexto de la regularización del MC en Chile?

La totalidad de los países que ha regularizado el MC han mantenido una criminalización de ciertas conductas y, en especial, el tráfico de drogas por una cantidad superior de cannabis o porcentaje de THC permitidos y la conducción de vehículos de motor bajo la influencia de esta droga.

Debemos recordar que la regularización del MC introduce un nuevo criterio político criminal de carácter instrumental: incentivar mediante la pena el MC regularizado. Así, los delitos de tráfico ilegal de cannabis no solo buscarían retribuir el peligro ocasionado a la salud pública o prevenir estas conductas, sino que también coaccionarían psicológicamente a las personas que trafican ilegalmente, y no han sido detectadas por las agencias policiales, para que accedan al MC regularizado. Pero, como manifiesta DeVillaeer, si bien resulta deseable reducir o reemplazar el MC ilegal por otro regulado, este objetivo no debería realizarse, de nuevo, a través de una “demonización y criminalización” de los traficantes ilegales de cannabis⁵⁵.

2.1 El consumo: límites y presunciones a la posesión de cannabis

⁵¹ Negrita mía.

⁵² ROLLES y SLADE (2022), p.98.

⁵³ Uno de los fenómenos más comunes en los estados de Estados Unidos que han regularizado el MC es el denominado “looping”: los casos en que un consumidor acude a un mismo dispensario en varias ocasiones o a distintos, adquiriendo en su conjunto una cantidad superior a la permitida para el consumo personal. Esta situación puede acontecer con mayor facilidad en aquellos MC regularizados que no cuentan, como sí ocurre en Uruguay, con un registro centralizado de consumidores. FOODY (2019), *passim*.

⁵⁴ SILVA (2018), p. 297.

⁵⁵ DEVILLAER, (2022), p. 130.

Varios de los países con un MC regularizado o descriminalizado⁵⁶ han sustituido las penas asociadas al consumo ilegal de drogas por sanciones administrativas.

Con independencia de si se opta por una pena o una sanción en los casos de consumo de cannabis no permitido, en los MC regularizados se ha tendido a establecer límites cuantitativos al consumo personal, que tiene como finalidad otorgar una mayor seguridad jurídica tanto los consumidores, productores y distribuidores de cannabis, como a los operadores judiciales y policiales. Pero la incidencia de estos límites en la seguridad jurídica no opera tanto en una reforma de nuestra legislación vigente, ya que un adecuado desarrollo jurisprudencial podría llegar a la misma conclusión (atipicidad por ausencia de peligro para el bien jurídico protegido o adecuación social), sino en las etapas de investigación e instrucción, en el sentido de que se evitaría procedimientos policiales y judiciales innecesarios y, en muchos casos, abusivos⁵⁷.

Aunque el establecimiento de una cantidad máxima de consumo otorga una mayor seguridad jurídica, si esta no se adecúa a las pautas de los consumidores puede generarse una criminalización injustificada. Así, por ejemplo, en México y Rusia, se fijaron unos límites al consumo tan bajos que se incrementó el número de personas encarceladas por “tráfico” de drogas. Para evitar esta situación, estas cantidades deberían reflejar adecuadamente la realidad del mercado y, en especial, los patrones de uso y adquisición de cannabis⁵⁸.

Otros países han decidido no adoptar límites cuantitativos, sino que han establecido conceptos abiertos como los de “cantidad razonable” o “pequeñas cantidades” que deben ser concretados por los tribunales de justicia penal a través de pruebas indiciarias. Ahora bien, dentro de estas pruebas se puede incluir una determinada cantidad, por la cual se presume que estamos ante un caso de consumo. Esta técnica legislativa, si bien se adecúa mejor a los cambios en las pautas de consumo, sin embargo, también presenta desventajas, entre las que destaca, la merma en la seguridad jurídica, especialmente, en los casos en que los tribunales de justicia no sean capaces de establecer unos criterios claros a la hora de precisar el concepto de “pequeña cantidad” de cannabis. Efectivamente, esta situación ha acontecido en la jurisprudencia chilena respecto del denominado delito de microtráfico, en el que la determinación del objeto típico de esta figura penal depende más del criterio de cada tribunal que de un sistema de pruebas indiciarias⁵⁹. También, la concreción de este elemento normativo puede delegarse en un reglamento o a una institución como, por ejemplo, al Ministerio Público, la policía, el Ministerio de Salud o a un comité de expertos *ad hoc*⁶⁰. En la actualidad, entiendo que esta última posibilidad otorga una mayor seguridad jurídica, a tenor de nuestro deficiente sistema de indicios jurisprudenciales en materia penal y, además, este comité permitiría incorporar a miembros de la comunidad cannábica.

Una tercera opción es un sistema mixto de presunciones de consumo/tráfico de cannabis. Este es el caso adoptado por Uruguay. Así, además de contemplar como causa de exclusión de responsabilidad penal, la posesión o cultivo de acuerdo con la regulación del MC, existe la posibilidad de declarar atípica una posesión de cannabis superior a través de las reglas de la sana crítica (Art. 31 Ley N° 14.294). De acuerdo con Silva, en primer lugar, se establece una presunción de posesión para el consumo de hasta 40 gramos, 6 plantas o la cantidad de cannabis permitida de acuerdo con el número

⁵⁶ Algunos autores e instituciones distinguen entre la descriminalización, que implica una eliminación de disposiciones penales, y la despenalización, entendida como una reforma normativa en la que se eliminan o rebajan cierto tipo de penas, principalmente, las de prisión. INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM (2016), p. 68.

⁵⁷ SILVA (2019), p. 257.

⁵⁸ ROLLES y SLADE (2022), p. 262.

⁵⁹ Esta situación se produce como consecuencia de la SCS Rol 2005-05 (19.07.05), que sostuvo que la expresión “pequeñas cantidades” constituye un concepto o principio regulativo. Véase con mayor profundidad en: RUIZ (2009), pp. 1-22.

⁶⁰ INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM, p 71.

de socios en un club cannábico⁶¹. Esto supone, por ejemplo, que la mera posesión de hasta 40 gramos de cannabis no puede establecerse como único indicio y, por tanto, se requerirá otras pruebas indiciarias a la hora de dar por probado un delito de tráfico ilegal de drogas ⁶². Por el contrario, una cantidad superior a 40 gramos sí servirá como único indicio de tráfico ilegal. De esta manera, se pretende proteger la seguridad e intimidad de los consumidores, y solo se podrá intervenir si se tiene un sólido respaldo probatorio⁶³.

Respecto de la posibilidad de declarar atípica, en el derecho penal uruguayo, una posesión de cannabis superior a la establecida en el MC regularizado a través de las reglas de la sana crítica, tenemos dos casos paradigmáticos: el consumo compartido y el autocultivo. En estos casos, el juez o tribunal valorará, de acuerdo con la sana crítica, toda la prueba y, por lo tanto, podrá establecerse la atipicidad de la conducta si se demuestra que el cannabis o las plantas están destinadas al consumo personal⁶⁴. Por tanto, si se opta por un sistema mixto de presunciones (cuantitativas y cualitativas) supone, en primer lugar, que bajo las cantidades permitidas las autoridades no deberán intervenir, salvo que existan otras pruebas que lleven a la conclusión de que la posesión tiene una finalidad de tráfico; y, en segundo lugar, que una cantidad superior de cannabis puede considerarse como consumo⁶⁵.

Otra medida ponderada de descriminalización del consumo de cannabis consiste en otorgar, junto con unos umbrales cualitativos, una mayor discrecionalidad no solo a los fiscales y tribunales, sino también a la policía a la hora de determinar cuándo estamos ante un supuesto de consumo de cannabis en función de cada caso y pruebas disponibles⁶⁶.

La posibilidad de imponer una sanción administrativa en los casos de consumo ilegal de cannabis debería tomar como referencia otros mercados de drogas regularizados (alcohol y tabaco). El problema se plantea en el consumo en lugares públicos, ya que la imposición de una sanción administrativa resulta claramente discriminatoria respecto de los casos como, por ejemplo, el consumo de alcohol en una terraza de un restaurante, a no ser que se habiliten en estos lugares espacios para el consumo de cannabis.

Ahora bien, en el caso de que se decida criminalizar algunas modalidades de consumo de cannabis debe optarse por penas no privativas de libertad y, en especial, por la de multa. Y en todo caso, debe evitarse que el impago de esta conlleve a una pena de prisión⁶⁷. Tanto si se opta por una sanción administrativa o una pena, debe incluirse de manera alternativa o acumulativa una medida de tratamiento. Si bien, el consumo problemático de cannabis no suele generar los mismos problemas a la salud que otras drogas, debemos tener presente que, en algunos casos, sí será necesaria una intervención psicosanitaria. Nos referimos a los consumidores problemáticos de cannabis y a los politoxicómanos (alcohol, pasta base, cocaína, etc.)⁶⁸.

⁶¹ La presunción de tenencia de cannabis procedente del cultivo personal o de clubes de membresía es de 480 gramos anuales por consumidor o socio (el resultado de multiplicar 40 gramos por 12 meses).

⁶² SILVA (2019), pp. 280-281

⁶³ SILVA (2019), pp. 281.

⁶⁴ SILVA (2019), pp. 279.

⁶⁵ SILVA (2019), pp. 260, 280 y 281.

⁶⁶ INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM (2016), p. 71. Para un análisis más detallado, véase: HARRIS (2011), *passim*; HARRIS (2011b), *passim*.

⁶⁷ Así, por ejemplo, la reforma legislativa llevada a cabo en el estado de South Australia, que estableció una multa administrativa para la posesión de pequeñas cantidades de cannabis, ha tenido, sin embargo, dos efectos más punitivista: un mayor número de personas sancionadas que las que fueron condenadas por el previo sistema penal y un número mayor de personas encarceladas como consecuencia del impago de la multa administrativa. EASTWOOD *et al.* (2016), pp. 10-11.

⁶⁸ En todo caso, se estima que entre un 10 y 15 % de los consumidores de drogas necesitan un tratamiento. EASTWOOD *et al.* (2016), p. 10.

2.2. La responsabilidad penal por el producto

Otro supuesto en el que se justificaría la intervención del derecho penal, son los casos en que el cannabis contenga alguna sustancia peligrosa para la salud pública. Aquí tenemos dos supuestos: un porcentaje superior de THC y la inclusión de otras sustancias peligrosas distintas de este principio activo (la adulteración).

Respecto de los productos de cannabis con una concentración de THC superior a la permitida, debemos diferenciar entre los casos en que existe una pequeña variación y los que esta es considerablemente superior. En el primer caso, además de permitirse un margen de error a los productores respecto de la concentración de THC, una sanción administrativa es la respuesta más adecuada y proporcionada. Por el contrario, el tráfico de cannabis con una alta concentración de THC (por, ejemplo, el cannabis sintético) es el único supuesto en el que podría justificarse (o, al menos, aceptarse desde consideraciones pragmáticas o realistas) una intervención penal que, debería, a la vez, limitarse a los casos de peligro concreto a la salud pública.

Si bien, las concentraciones de THC superiores a las permitidas pueden encuadrarse dentro de la problemática de la responsabilidad penal por el producto, aquí nos vamos a centrar en otras sustancias peligrosas distintas a este principio activo, ya que la regularización del MC supone una equiparación con otros bienes de consumo. Además, resulta más que probable que los casos de concentraciones de THC ilegales continúen regulados por la Ley 20.000 sobre drogas.

La responsabilidad penal por el producto puede acontecer tanto en el MC ilegal (*cortar o patear la droga*), como en el regularizado, por ejemplo, el uso de pesticidas no autorizados en el cultivo de cannabis. La utilización de sustancias peligrosas suele tener una finalidad económica: la mezcla la droga con otras sustancias más baratas o la utilización de productos químicos que facilitan el cultivo o almacenamiento de cannabis.

Paradójicamente, en el caso del MC ilegal, el uso de sustancias peligrosas para la salud pública distintas al principio activo, en nuestro caso THC, no ha tenido ninguna relevancia en nuestra ley de drogas⁶⁹, en el sentido de agravar la pena.

Pero, con la regularización del MC, la denominada responsabilidad penal por el producto cobra una especial relevancia. Así, una de las principales repercusiones penales que conlleva la regularización del MC radica en el hecho de que la producción y distribución del cannabis puede afectar o poner en peligro la vida o la salud de los consumidores, en otras palabras, el cannabis adulterado constituye un caso de *fabricación y puesta en el mercado de productos defectuosos*.

Por tanto, uno de los problemas que deberán afrontar los productores y distribuidores de cannabis son las denuncias y sanciones por infracción a la normativa del consumidor⁷⁰. Respecto de la intervención penal -y en la medida en que concurren los criterios de imputación contemplados en las diferentes figuras penales, que nuestro derecho positivo contempla para la denominada responsabilidad penal por el producto- los operadores del MC regularizado pueden ser responsables por los delitos de

⁶⁹ Debemos destacar el Art. 452 del Proyecto de Nuevo Código Penal de 2022, que contempla como agravante “el uso de sustancias alteradas en su composición en términos que su consumo fuere idóneo para producir un grave daño a la salud distinto del efecto que tendría la sustancia estupefaciente o sicotrópica sin esa alteración”.

⁷⁰ De acuerdo, con Biderman, Sipos y Tobin, las demandas por infracción a los derechos de los consumidores han aumentado considerablemente en Estados Unidos, especialmente, respecto de aquellos productos que contienen CBD. BIDERMAN *et al.* (2021), p. 55.

homicidio o lesiones imprudentes (Arts. 490 a 493 CP) o por otras figuras de peligro para la salud pública (Arts. 313 a 318 CP).

A mayor abundamiento, los operadores del MC regularizado están obligados a producir un cannabis lo más seguro posible de acuerdo con el estado actual de la ciencia (deberes de diseño); en el caso del productos manufacturado con cannabis (bebidas, aceites, comestibles), deben establecerse unos procedimientos de control de riesgos desde el ingreso de la materia prima hasta los controles efectuados a los bienes confeccionados (deberes de fabricación); el fabricante o distribuidor está obligado también a instruir al consumidor de cannabis en el uso razonable del producto y advertirle de eventuales peligros y efectos secundarios dañinos (deberes de instrucción); y por último, los operadores del MC deben establecer procesos con el objeto de evaluar la aplicación efectiva de los anteriores deberes y detectar nuevos riesgos que no fueron advertidos en el momento de su introducción al mercado (deberes de vigilancia)⁷¹. Estas obligaciones, desarrolladas por la responsabilidad civil del producto (derecho del consumo), constituyen parte del injusto⁷².

Al contemplarse un régimen sancionatorio en el ámbito de la responsabilidad por el producto, la intervención penal debe inspirarse, de nuevo, en el principio de subsidiariedad. Los delitos contra la salud pública deben estructurarse como delitos de aptitud, en los que, además de la infracción extrapenal, se exija una nocividad, entendida como una idoneidad de la sustancia para provocar daños en la salud, la integridad o vida de las personas⁷³. Esto supone que solo se podrán castigar casos especialmente graves.

Tenemos tres posibilidades regulatorias. La primera es considerar, tanto para el MC ilícito como lícito, los porcentajes de THC superiores a los permitidos y la adulteración del cannabis con otras sustancias tóxicas como casos de responsabilidad penal por el producto, a saber, delitos de peligro contra la salud pública (Arts. 313 a 318 CP) y delitos de homicidio y lesiones imprudente⁷⁴. Esta opción tomaría como referencia la respuesta penal ante la adulteración de otras drogas regularizadas (alcohol o tabaco). La segunda posibilidad, más realista, consiste en mantener la Ley 20.000 para los casos de porcentajes de THC no permitidos y para los supuestos de adulteración se calificarían de acuerdo con los citados tipos penales relacionados con la denominada responsabilidad penal por el producto. La tercera opción consiste en incluir un tipo cualificado o una agravante para los casos de adulteración tanto para el cannabis regularizado como ilegal⁷⁵.

2.3. El desvío del cannabis regularizado al mercado ilegal: especial referencia a los excedentes del autocultivo

Como hemos señalado, el denominado mercado gris de cannabis abarca los casos en que se distribuye de manera ilegal cannabis procedente del MC regularizado. Así, tenemos varios casos paradigmáticos: la adquisición o venta de cannabis en un mismo o varios establecimientos que, en su conjunto, superan el máximo permitido, denominado en Estados Unidos como *looping*⁷⁶; el desvío de las empresas productoras de parte de su producción al mercado ilegal⁷⁷; y la distribución de los

⁷¹ La reconstrucción de estos deberes de aseguramiento del tráfico de bienes de consumo toma como referencia: CONTRERAS (2015), p. 86.

⁷² Sobre la problemática y límites a la hora de incorporar estos deberes extrapenales al derecho penal, véase CONTRERAS (2015), p. 91.

⁷³ Por todos, MUÑOZ CONDE (1995), p. 9.

⁷⁴ Si bien las conductas dolosas serán excepcionales, pueden aplicarse las figuras del homicidio y las lesiones, en especial, las previstas en la primera modalidad típica del Art. 398 CP.

⁷⁵ Véase el citado Art. 452 del Proyecto de Nuevo Código Penal de 2022.

⁷⁶ FOODY (2019), *passim*.

⁷⁷ Véase en caso de Canadá en: *Canadian Cannabis Regulations* (2018), s38(1).

excedentes de cannabis procedentes del autocultivo regularizado o de los clubs cannábicos a terceras personas no autorizadas para su consumo como, por ejemplo, los consumidores no registrados⁷⁸. Debido a la relevancia que posee en Chile el autocultivo y, en menor medida, los clubs cannábicos, me centraré en estos dos supuestos.

Puede suceder, como ocurre en cualquier cultivo, que se produzca un excedente en la producción del cannabis. Esta situación es especialmente relevante en el autocultivo y los clubs cannábicos, ya que, en ambos casos, se establecen límites muy estrictos respecto del número de plantas y cantidad de cannabis recolectado. Esta situación se ha agravado con el desarrollo en el cultivo de cannabis como, por ejemplo, la resistencia a las inclemencias climáticas y el aumento de los porcentajes de THC⁷⁹.

Si bien el autocultivo es encuadrado como una modalidad de consumo personal, en la práctica, resulta muy difícil de diferenciarlo de pequeños productores de cannabis que, además de consumidores, realizan algún tipo de transacción o donación a terceros. Debemos preguntarnos si el autocultivo en Chile realmente consistirá en una forma de consumo, sin perjuicio, de que parte de los excedentes se donen a terceros, o en una forma encubierta de producción y distribución de cannabis. Debemos tener presente que, en este sentido, una sola planta de cannabis en un armario de cultivo puede producir 150 g y, en el exterior, tres veces más esta cantidad. Esta capacidad de producción supone un importante incentivo para la derivación de cannabis con fines lucrativos, sobre todo, si los precios en los dispensarios o farmacias son elevados. No obstante, es posible que, en el momento de que sea accesible el cannabis al público en general a través de dispensarios o farmacias, el autocultivo sea una forma de consumo marginal⁸⁰. Sin embargo, esto dependerá de las condiciones de acceso al MC y de la cultura cannábica en Chile.

Una manera de afrontar los excedentes del autocultivo es, sencillamente, permitir la donación de cannabis a terceras personas. Es el caso del denominado “*grow and give*” que opera en el Estado de Vermont. La regulación del MC en este Estado resulta interesante, ya que, a la vez que prohíbe la venta de cannabis al público en general a través, por ejemplo, de dispensarios, se permite el autocultivo (hasta dos plantas florecidas y cuatro sin florecer) por cada hogar y compartir o donar parte de la producción a terceras personas (máximo dos onzas de cannabis florido y 5 gramos de hashish)⁸¹. Ese sistema de “cultiva y dona”, como era de esperar, ha generado casos de venta encubierta de cannabis⁸². Ahora bien, no debemos olvidar que esta situación acontece también con la producción de otras drogas legales: ¿una persona que fabrica cerveza en su domicilio, en principio, destinado al consumo propio, vende sus excedentes para costearse un curso de especialización para mejorar su pasatiempo, debe considerarse como un “narcotraficante” y aplicarle todo el rigor del proceso y de la pena?

De nuevo, la regulación del MC regularizado presenta un problema valorativo o constitucional, relacionado con los derechos a la privacidad (intromisiones de las instituciones del Estado a la hora de fiscalizar los autocultivos) y a la igualdad (la eventual obligatoriedad de registro), pero, sin duda, el principal obstáculo es de carácter fáctico: la dificultad o imposibilidad de fiscalizar y sancionar a una red de pequeños cultivadores. Efectivamente, esto conllevaría unos altos costos monetarios y humanos. Esta situación resulta más grave en Chile, ya que cuenta con menos recursos públicos, los cuales deberían destinarse, por ejemplo, al control del crimen organizado de carácter violento.

⁷⁸ Véase en Uruguay, SILVA (2019), pp. 256-261.

⁷⁹ ROLLES y SLADE (2022), p. 97.

⁸⁰ ROLLES y SLADE (2022), p. 97.

⁸¹ VERMONT STATUTES (2017), Title 18, § 4230, Sección (b.4).

⁸² Una forma de canalizar estos excedentes de manera más o menos encubierta ha sido a través de las empresas de reparto a domicilio, las cuales solo cobran al consumidor final los “gastos de envío”. No obstante, el Fiscal General de este Estado ha afirmado que esta forma de distribución se encuentra prohibida. MCCULLUM (2018), *passim*.

También puede darse un exceso de producción en los casos de los clubs cannábicos. Aquí resulta necesaria una regulación específica, ya que es un espacio especialmente apto para la derivación de estos excedentes al mercado gris. Aquí, tenemos varias opciones como, por ejemplo, que estos excedentes se almacenen y se imputen a la siguiente cosecha o producción de cannabis⁸³; que miembros de otros clubs cannábicos puedan acceder a estos excedentes; o que puedan venderse a las empresas productoras de cannabis.

En el caso de que Chile decida sancionar o penalizar algunos de estos casos de derivación de excedentes de cultivo, deberá prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Así, tanto en los casos de pequeñas donaciones o ventas a terceros como la posesión de un mayor número de plantas o de una mayor cantidad de cannabis que no constituyen un caso grave de derivación o tráfico, debería considerarse como un supuesto de consumo compartido (atipicidad) o, en su defecto, relegarse al derecho sancionador⁸⁴.

En un sentido similar, Silva trata dos supuestos de desvío ilegal por parte de productores de cannabis: uno cuando el destino es incierto y se corre el peligro de adulteración de la droga o que esta se distribuya a consumidores vulnerables; y el otro cuando se destina directamente a un consumidor final y no concurra un peligro de adulteración. En el primero estaríamos ante un delito de tráfico de drogas, mientras que, en el segundo supuesto, sería atípico siempre y cuando el cannabis cumpliera con los requisitos administrativos relacionados con la protección de la salud. En este caso se aplicaría solo una sanción administrativa⁸⁵.

2.4. Consumidores vulnerables: la minoría de edad

Existe un mayor consenso científico sobre los efectos perjudiciales del consumo de cannabis en las etapas de la niñez y la adolescencia⁸⁶. Por esta razón, resulta justificado un límite etario, al igual que ocurre con el tabaco y el alcohol. Si bien, la evidencia empírica no arroja unos resultados concluyentes sobre el impacto de la regularización del MC en el aumento de consumo de cannabis entre menores y adolescentes⁸⁷, el principio precautorio justificaría una intervención estatal.

Quizá, un estudio esclarecedor es el que compara las pautas de consumo de cannabis de los menores de edad en Chile y Uruguay⁸⁸. A partir del análisis de varios estudios estadísticos en ambos países dos conclusiones son especialmente relevantes: el riesgo de sufrir una enfermedad asociada al consumo de cannabis no presenta diferencias significativas entre ambos países; y si bien se produjo un aumento del consumo de cannabis en Uruguay, con posterioridad a la regularización (especialmente en el año 2014, respecto de jóvenes entre 18 y 21 años que tienen acceso al mercado legal), este ha descendido con posterioridad. Pero, estas dos conclusiones deben analizarse con otro

⁸³ Este es el caso que acontece en Uruguay. Así, los eventuales excedentes que resulten de la producción deben quedar a disposición del IRCCA, quién dispondrá de su destino final (Art. 29 Decreto N° 120/014). Esto permite que el propio IRCCA decida que estos excedentes queden a disposición del club cannábico y se imputen a la próxima cosecha.

⁸⁴ ROLLES y SLADE (2022), p.98.

⁸⁵ SILVA (2019), pp. 256-26.

⁸⁶ Así, podemos mencionar: alteraciones en el normal desarrollo del cerebro, deterioro cognitivo, riesgo de psicosis y, en el ámbito social, merma en los resultados escolares. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE (2017), pp. 276-355.

⁸⁷ Respecto del aumento del consumo de cannabis en menores y adolescentes en lugares en los que se ha regularizado el MC, no existe una evidencia científica. Véase entre otros: MELCHIOR (2019), *passim*; ZUCKERMANN *et al.* (2021), *passim*; ZUCKERMANN (2019), *passim*; CERDA *et al.* (2019), pp. 165-171; OBSERVATORIO URUGUAYO DE DROGAS (2019); LAQUEUR *et al.* (2020), *passim*; y ROTHERMANN (2020), *passim*.

⁸⁸ RIVERA-AGUIRRE *et al.* (2022), p. 2868. Estamos ante un ejemplo más que evidencia que el consumo de drogas no depende principalmente del modelo regulatorio, penal en el caso chileno y regulado en el caso de Uruguay.

dato empírico: ambos países se encuentran entre los mayores consumidores de cannabis del mundo⁸⁹, pero en Chile sigue vigente el modelo penal y, por el contrario, en Uruguay se ha regularizado el MC para adultos. Esto significa que no existe una correlación relevante entre las pautas de consumo y los cambios en la regularización del MC⁹⁰.

Desde un punto de vista realista, resulta más que probable que, ante una eventual regularización del MC en Chile con fines lúdicos, se tipifique expresamente un delito de tráfico de cannabis a menores de edad⁹¹. No obstante, no debemos olvidar que esta criminalización de la venta de cannabis a menores de edad constituye un ejemplo más de la discriminación en el tratamiento del MC, si lo comparamos con la venta de alcohol y tabaco a menores de edad. Incluso, es más que previsible que los detractores de la legalización del cannabis con fines lúdicos en Chile alerten sobre un aumento exponencial de su consumo por parte de los menores de edad, aunque, como hemos mencionado, no existe una evidencia empírica en otros países.

Por tanto, debemos desterrar o, al menos, matizar la justificación de una mayor protección penal por razones preventivas generales o acumulativas. En otras palabras, existen buenas razones para aplicar una sanción administrativa o, al menos, una pena similar a la establecida para la venta de alcohol a menores de edad. Además, la sanción o la pena debería diferenciar entre adolescentes (mayores de 14 años y menores de 18 años) y menores de 14 años⁹².

En cuanto al consumo de cannabis por parte de menores de edad, se recomienda aplicar unas medidas similares a las establecidas por la Ley de Alcoholes⁹³.

2.5. El crimen organizado relacionado con el mercado de cannabis

No nos cansaremos de recordar que los principales problemas de criminalidad y seguridad pública relacionados con las drogas ilícitas proceden, precisamente, de su ilegalidad. Esto ha supuesto que el crimen organizado de carácter violento participe en la distribución del cannabis que, en los casos más graves, ha derivado en la corrupción de las instituciones públicas y en la creación de “Estados paralelos”. Por lo tanto, la vida, la integridad física, la Administración Pública, la seguridad de los ciudadanos y el propio Estado, y no la salud pública, son los bienes jurídicos principalmente afectados por el tráfico y consumo de drogas. Esto supone que el derecho penal debería centrarse en la protección de los citados bienes jurídicos⁹⁴.

En cuanto al carácter organizado de la distribución de cannabis, se puede plantear una mayor protección penal en los casos en que la asociación criminal tenga un alto poder económico u organizacional y, por tanto, posea la idoneidad de desplegar conductas violentas, de corrupción y, en general, de crear situaciones de inseguridad pública. En sentido contrario, la mera organización no puede justificar *per se* una mayor intervención penal⁹⁵.

⁸⁹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2023).

⁹⁰ RIVERA-AGUIRRE *et al.* (2022), *passim*.

⁹¹ La protección de los menores de edad a través del derecho penal constituye una clara tendencia político criminal en Chile. Véase la Ley N° 21.483 de 2022, denominada “Ley Tamara”.

⁹² En Uruguay el tráfico de cannabis a menores de 10 años se encuentra penado. Ley 19.172, de 2013, Art. 14. Silva propone acudir al consumo compartido para que los menores consumidores de cannabis no acudan al mercado ilegal, siempre y cuando, no se les induzca a ello. SILVA (2019), p. 274.

⁹³ Véanse los Art. 25, 28 y 31 de Ley N° 19.925 sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

⁹⁴ Si existe alguna duda sobre esta afirmación, véase lo acontecido con posterioridad a la promulgación y derogación de la denominada “ley seca” en Estados Unidos a principios del siglo pasado.

⁹⁵ Así, por ejemplo, el Consorcio Internacional sobre Drogas propone como una agravante la participación en actividades violentas, corrupción o lavado de dinero. No obstante, también recomienda como agravante la participación en la delincuencia organizada. INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM (2016), p.85.

No obstante, una de las principales deficiencias de nuestra actual legislación penal contra el tráfico ilegal de drogas y el crimen organizado, se debe a que esta no diferencia entre el tráfico de drogas asociado a conductas violentas o que generan inseguridad pública que suele denominarse coloquialmente como narcotráfico, de aquellos casos en el que el tráfico de drogas no genera ninguna de estas dos situaciones⁹⁶. Esto supone, por una parte, una quiebra de los principios de lesividad y proporcionalidad de las penas y, por otra, una asignación ineficiente de los recursos públicos destinados a las policías, Ministerio Público, Poder Judicial e instituciones penitenciarias.

3. Regularización del MC y justicia retroactiva

La regularización del MC con fines no terapéuticos en Chile, al legalizar (por primera vez) parte de un mercado ilegal, tiene una finalidad principalmente prospectiva. No obstante, este cambio de paradigma normativo debe también hacerse cargo de los daños producidos a las numerosas personas castigadas y estigmatizadas por la criminalización del consumo y tráfico de cannabis⁹⁷. No solo nos referimos al cumplimiento de las penas, sino a otras consecuencias jurídicas, como la pérdida de derechos civiles y de acceso a cargos públicos o laborales; y a la estigmatización derivada de las representaciones sociales como la de “narcotraficante”. Además, no debemos olvidar que estos daños se han concentrado en determinadas comunidades y territorios⁹⁸.

A la luz de los resultados del modelo penal de control de drogas, tenemos, como manifiesta Díez Ripollés, “suficientes razones para pronosticar que, cuando adquiramos la suficiente perspectiva histórica, la política represiva sobre drogas iniciada en el último tercio del siglo XX en todo el planeta va a percibirse como la decisión de política criminal que mayores sufrimientos sociales e individuales innecesarios ha desencadenado durante la segunda mitad de ese siglo⁹⁹” y de lo que llevamos del presente siglo. Esto supone que, junto con la regularización del MC, el Estado chileno debe suprimir o mitigar las consecuencias perniciosas que ha generado nuestra legislación sobre el consumo y tráfico de cannabis.

La reparación de los daños producidos por el modelo penal puede ser abordada por la denominada justicia restaurativa, que se ha centrado en resolver la cuestión criminal con la participación de la víctima y la comunidad que, en último término, pretende reparar a estas y resocializar al victimario a través de un sentimiento de avergonzamiento¹⁰⁰. No obstante, la necesidad de reparación a la comunidad y a las víctimas no solo procede de la conducta desplegada por el victimario, sino también los daños ocasionados por el propio sistema de justicia penal y, precisamente, este es el caso de la criminalización del consumo y tráfico de cannabis¹⁰¹.

En este sentido, Aherns propone una serie de medidas, que ha aglutinado bajo el término de “legalidad retroactiva”, que prefiero denominar “justicia retroactiva”, destinadas a restaurar los derechos de los

⁹⁶ El término “crimen organizado” hace referencia a dos hechos diferentes: uno referido a organizaciones complejas dedicadas actividades ilegales y que concentran un alto poder económico, social y político; y el otro referido a aquellos grupos que, con independencia del poder que ostentan, utilizan la violencia o generan situaciones de inseguridad pública.

⁹⁷ Por todos, AHRENS (2020), p. 379.

⁹⁸ En el caso de la denominada por el expresidente Nixon como “Guerra contra las drogas” existe una evidencia documentada que apunta a una finalidad no declarada: la represión de las comunidades negras y contraculturales críticas con el gobierno republicano. Véase por todos, AHRENS (2020), pp. 397-391.

⁹⁹ DÍEZ (2005), p. 200.

¹⁰⁰ BRAITHWAITE (1989), *passim*.

¹⁰¹ WHEELDON y HEIDT (2022), p.59. En el mismo sentido, AHRENS concluye que la justicia restaurativa no solo debe centrarse en la reparación del daño producido por el victimario, sino también en la reparación de este y de la comunidad de conductas que, injustamente, han considerado merecedoras de un reproche penal. AHRENS (2020), p. 387 (n.34).

condenados y de terceros afectados por la criminalización del tráfico y consumo de cannabis. Estas medidas pueden ser de naturaleza civil (indemnizaciones) o administrativas (discriminación positiva a la hora de acceder al nuevo MC¹⁰²). También pueden destinarse, no a individuos concretos, sino a las comunidades más afectadas por el modelo penal como, por ejemplo, que los impuestos recaudados en el MC regularizado sean destinados en su totalidad o en parte a estas¹⁰³.

En el ámbito penal, contamos con varios instrumentos de justicia retroactiva. Así, tenemos, en primer lugar, el principio de favorabilidad de la ley penal que incluye los principios o reglas de retroactividad y ultraactividad o preactividad¹⁰⁴; en segundo lugar, los indultos y la amnistía; y, en tercer lugar, la cancelación de los antecedentes penales.

Respecto del principio de favorabilidad de la ley penal, su aplicación depende de cómo regulará Chile el MC (creación o derogación de tipos penales, agravación o atenuación de estos o incorporación de normas expresas de derecho intertemporal). Con carácter general, la regla de retroactividad es la que debería tener una mayor aplicación práctica, ya que algunas conductas que se encontraban desvaloradas penalmente pueden trasladarse al derecho sancionador, o simplemente, se atenúen estas. Ahora bien, puede ocurrir que el legislador penal agrave algunas conductas de tráfico ilegal de cannabis con la finalidad de luchar contra el crimen organizado o favorecer el MC regularizado. En estos casos, deberá aplicarse la preactividad de la ley penal más favorable

Para parte de la doctrina, la aplicación de la *lex mitior* requiere, como fundamento constitucional, un cambio sustancial en la valoración jurídico penal de los hechos, en el sentido de que el legislador ha considerado que ciertas conductas no ameritan una desvaloración penal o que la pena impuesta a estas se consideran excesivas, innecesarias o discriminatorias¹⁰⁵. La cuestión que debe responderse es si el “hecho cometido en el pasado sigue viéndose como un hecho peligroso para el bien jurídico, como algo de cuya comisión en el futuro debe tratarse de disuadir tanto al sujeto responsable como a otros autores responsables”¹⁰⁶. Esto supone que la *lex mitior* opera en el ámbito legislativo como un principio y, por tanto, caben excepciones¹⁰⁷.

Además del fundamento constitucional, la retroactividad y ultraactividad más favorables requieren de un requisito de aplicación por parte de los tribunales penales: una sucesión de supuestos de hechos idénticos¹⁰⁸, en el sentido de que resulta necesario demostrar que la nueva ley se refiere (o no se refiere, en caso de despenalización) al mismo contenido de injusto abarcado por la ley derogada, ya sea disminuyendo la gravedad de la reacción punitiva o prescindiendo totalmente de ella.

Respecto del cambio sustancial en la valoración jurídico penal de los hechos, sin duda, una regularización del MC con fines lúdicos supone un cambio de paradigma en la valoración jurídico penal no solo de las conductas regularizadas, sino también de aquellas que se mantienen tipificadas penalmente. En cambio, el segundo requisito resulta más problemático, ya que la regulación del MC supone la creación de nuevas conductas (por, ejemplo, la venta de cannabis en una farmacia) o de

¹⁰² La justicia restaurativa en materia de drogas contempla medidas o políticas públicas como programas sociales de recuperación de territorios afectados especialmente por el modelo penal que incluyen medidas como, por ejemplo, cupos reservados para participar en el MC, rebajas fiscales, etc.

¹⁰³ Así, en el caso de los estados estadounidenses que ha regulado el MC, las comunidades blancas se han beneficiado en mayor medida de este nuevo mercado, precisamente, porque dominan el mercado en general. AHRENS (2020), p.392

¹⁰⁴ BASCUÑÁN (2013), p. 174.

¹⁰⁵ Así, OLIVER encuentra la justificación en el principio de proporcionalidad en sentido amplio. OLIVER (2007), pp. 131-140. Bascuñán añade al fundamento de la *lex mitior* el principio de igualdad. BASCUÑÁN (2017), p. 189.

¹⁰⁶ SILVA (199), p.461.

¹⁰⁷ El autor pone como ejemplo paradigmático los casos de leyes temporales, en los cuales el merecimiento o necesidad de pena justifica una excepción de la *Lex mitior*. BASCUÑÁN (2017), p. 177.

¹⁰⁸ MEZGER (1955), pp. 72-73.

nuevos ilícitos (el desvío de cannabis de un club cannábico al mercado ilegal). Así, por ejemplo, en el desvío de cannabis procedente de establecimientos de venta al público no resulta posible aplicar las reglas de la *lex mitior*, ya que ninguna norma penal con anterioridad castigaba estas y, por tanto, no resulta posible compararla un supuesto de hechos idéntico. Además, y de acuerdo con la experiencia comparada, podemos predecir que la aplicación de este principio tendrá un efecto limitado, principalmente, debido al hecho de que la regularización del MC chileno convivirá, a menos, a corto plazo, con el mismo modelo penal (Ley 20.000).

En todo caso, la regla de retroactividad puede tener relevancia, como hemos mencionado, en dos casos: una reducción de penas¹⁰⁹ o una despenalización de ciertas conductas que, con seguridad, pasarán a ser sancionadas administrativamente. La regla de retroactividad no debería generar problemas interpretativos en los casos de posesión de cannabis destinada al consumo. Por ejemplo, si la nueva ley estableciera una cantidad mayor de cannabis como presunción de consumo, entonces deberían revisarse las sentencias por el delito de microtráfico, en que la mera posesión de cannabis por una cantidad igual o menor a la permitida haya sido la principal prueba para determinar que estamos ante un delito de microtráfico del Art. 4 de la Ley 20.000. En cuanto a los consumidores a los que se aplicó la falta de consumo, deberá aplicarse la regla de retroactividad con independencia de si las cantidades permitidas son superiores al consumo personal o próximo en el tiempo.

A la hora de compatibilizar el derecho penal con la regularización del MC, el legislador chileno puede optar por varias técnicas legislativas. La primera es modificar exclusivamente los reglamentos relacionados con la producción y distribución de drogas; la segunda modificar la propia Ley 20.000, estableciendo una causa expresa de exclusión de la responsabilidad penal que remita a una ley de regularización del mercado de cannabis, sin perjuicio, de establecer algún tipo de desarrollo reglamentario; y la tercera, incluir, junto alguna de las dos anteriores técnicas legislativas, una norma expresa de derecho penal intertemporal.

Desde la perspectiva de la justicia restaurativa, resulta aconsejable establecer una causa de exclusión expresa de la responsabilidad penal, ya que evita la controversia de la aplicación retroactiva de las normas de complemento a una instancia inferior a una ley (reglamentos y actos administrativos)¹¹⁰. No obstante, en el caso de que el legislador chileno opte por una ley penal en blanco propia, queda por dilucidar, de acuerdo con un sector de la doctrina, si la aplicación de la regla de retroactividad, en nuestro caso de una ley extrapenal, resulta proporcionada en el momento del enjuiciamiento¹¹¹. Para ilustrar esta posición, la mayoría de las modificaciones de la normativa tributaria (por ejemplo, los montos de las actividades económicas no declaradas) no deben ser aplicadas retroactivamente, ya que estas no afectan a la desvaloración de la conducta (defraudar al fisco). Podemos llegar a la misma conclusión con la tesis relacionada con los fines de la pena: las necesidades preventivo generales y especiales se mantienen intactas, es decir, el hecho cometido en el pasado se considera lesivo o peligroso para el bien jurídico protegido por la norma penal¹¹². Pero, en nuestro caso, la regularización del MC no solo supone la modificación de ciertas cantidades, sino un cambio de paradigma en la desvaloración de la conducta: traficar con cannabis se considera como una actividad reconocida y amparada por el Estado.

¹⁰⁹ En Estados Unidos, algunos estados, como en California, han modificado sus legislaciones penales, considerando estas conductas como delitos menos graves (*misdemeanor*) con la finalidad de permitir la cancelación de antecedentes penales. CALIFORNIA HEALTH AND SAFETY CODE (2022), § 11361.9.

¹¹⁰ Véase la posición de Baldomino a favor de aplicar la *Lex mitior* en el caso de un cambio en los listados del Reglamento del cannabis y sus derivados. BALDOMINO (2009), pp. 140-142.

¹¹¹ LASCURAIN (2020), pp. 70 y ss. y 107 y ss.

¹¹² SILVA (1992), p. 98.

En cuanto a la posible inclusión de una norma expresa sobre el derecho penal intertemporal, debemos tener presente que tanto la Ley 19.366 como la Ley 20.000 incluyeron una norma transitoria (Art.1)¹¹³, por lo que resulta posible que, ante una eventual regularización del MC, el legislador chileno opte por esta técnica legislativa. Como hemos visto con anterioridad, se nos plantea la cuestión si la *lex mitior* tiene a nivel constitucional una estructura de regla o de principio. En otras palabras, si consideramos que estamos ante este último tipo de norma, entonces el legislador penal puede establecer excepciones, siempre y cuando estas sean proporcionadas y no arbitrarias. Por lo tanto y si aceptamos esta tesis, resultaría constitucional el establecimiento de excepciones ante una eventual regulación del MC en Chile¹¹⁴.

Como hemos mencionado al inicio de este epígrafe, la principal razón por la cual una eventual regularización de la producción y distribución de cannabis no se puede aplicar retroactivamente es, precisamente, porque no estamos ante conductas conmensurables y, además, el tráfico de cannabis sin autorización continuará siendo punible en el nuevo MC regularizado. Además, en los casos en que la droga decomisada supere a la permitida para el consumo o el autocultivo por el MC regularizado, no será posible aplicar la regla de retroactividad, en los juicios en que la cantidad de la droga constituyó el único o principal indicio para calificar un hecho como tráfico de drogas.

Pero en esta discusión falta un hecho de especial relevancia que debemos tener presente: a los condenados o procesados con anterioridad a una regularización del MC, y que no pudieron beneficiarse de la *lex mitior*, no tuvieron la oportunidad de acceder a este mercado. La regularización del MC crea dos grupos de productores, distribuidores y consumidores: aquellos que son considerados respetables empresarios como ocurre con la industria del vino en Chile; y aquellos otros que han sido condenados como “narcos” o, en el caso del consumo, como personas peligrosas. Esta clasificación depende de un hecho azaroso que resulta injusto y discriminatorio, especialmente, en los casos de tráfico no violento de cannabis. Efectivamente, el cambio sustancial en la valoración jurídico penal de los hechos justifica una intervención por parte del Estado¹¹⁵. Así, en Estados Unidos el perdón del ofendido, como mecanismo de justicia retroactiva, ha sido utilizado tanto a nivel estatal¹¹⁶ como federal¹¹⁷.

En nuestro Derecho positivo, tenemos la posibilidad de promulgar una ley de amnistía, un indulto general o indultos particulares para aquellos productores y distribuidores de cannabis que no se vean beneficiados por la regla de retroactividad, siempre y cuando no concurren ciertos hechos: violencia¹¹⁸, inseguridad pública, porte ilegal de armas, entre otras¹¹⁹.

Como primera opción, una ley de amnistía tiene una ventaja frente al indulto a la hora de reparar los daños producidos por el modelo penal: extingue “por completo la pena y todos sus efectos”. La segunda opción sería una ley de indulto general (Art. 63 N° 16 CPR). Si bien, el Código Penal asigna

¹¹³ Véase una interpretación de esta disposición a partir del Art. 12 de la Ley 20.720, que toma como referencia la citada norma transitoria de la Ley 20.000 en: BASCUÑÁN (2017), pp. 175-186 y (2022), pp. 10-15.

¹¹⁴ Véase una postura a favor en BASCUÑÁN (2019), *passim*.

¹¹⁵ En Estados Unidos, la aplicación de las medidas de gracia o perdón tiene una mayor relevancia, ya que la regla de retroactividad se encuentra sometida a una serie de límites. CRUSTO (2020), p. 383.

¹¹⁶ Así, por ejemplo, en el estado de Washington, el perdón afectó exclusivamente a la posesión o tráfico de pequeñas cantidades de cannabis. SENATE BILL REPORT (2019).

¹¹⁷ PROCLAMATION 10467 (2022).

¹¹⁸ Así, en Estados Unidos, el proyecto de ley federal, *The More Act*, limita la aplicación de los antecedentes penales a delitos de tráfico o consumo de cannabis en los que no han concurrido actos de violencia. MORE (2020), § 10. Véase en extenso los diferentes mecanismos utilizados en el derecho estadounidense (*executive pardons, commutations, mass pardons*), en AHRENS (2020), pp. 425.

¹¹⁹ BUSTOS (2007), p. 348.

al indulto el efecto de extinguir la responsabilidad penal (art. 93 N° 4 CP¹²⁰), sólo conmuta la pena, pero subsiste el carácter de condenado para los efectos de reincidencia y demás supuestos que determinen las leyes. No obstante, nada impide que una ley de indulto, como *lex specialis*, excluya a alguna de estas limitaciones y, en concreto, la cancelación de los antecedentes penales¹²¹.

La tercera opción consistiría en la dictación de indultos particulares por parte del Presidente de la República (Art.32 N°14 CPR). Este mecanismo de extinción de la responsabilidad penal tiene la ventaja de adecuarse a los casos concretos y, además, desde un punto de vista mediático, resulta más fácil de justificar ante la ciudadanía. No obstante, el Art. 4, V de la Ley N° 18.050 de 1981, que fija normas generales para conceder indultos particulares, establece, como un requisito adicional respecto de los delitos de tráfico de drogas, “el cumplimiento de, al menos, dos tercios de la condena”. No obstante, esta limitación puede obviarse mediante un Decreto Supremo del Presidente de la República (Art. 6 de la Ley 18.050).

Por último, la cancelación de antecedentes penales constituye una medida necesaria a la hora de adecuar nuestro derecho penal al nuevo MC regularizado. Si bien, el derecho positivo permite la cancelación de antecedentes penales en los casos de aplicación de la retroactividad de las leyes penales más favorables¹²², como hemos visto, esto no sucede en los casos de los indultos. La cancelación de los antecedentes penales de empresarios del cannabis condenados por la Ley 20.000 resulta necesaria, no desde un punto de vista de la resocialización, ya que no es posible resocializar a una persona que ha cometido un hecho que, ahora desvaloramos de la misma manera que un empresario vinícola, sino como una forma de reparar los daños ocasionados por el modelo penal. Además, la cancelación resulta necesaria para permitir a los condenados por la Ley 20.000 el acceso en condiciones de igualdad al nuevo MC de cannabis. Por último, esta medida beneficiará a las comunidades que se han visto más afectadas por el modelo penal¹²³.

No obstante, el principal problema al que se enfrentan estas medidas fundamentadas en la justicia retroactiva, no se centra en una política criminal racional, sino en la percepción de gran parte de la ciudadanía y de la clase política sobre el tráfico y consumo de drogas. En el actual contexto social y político chileno, poco propicio para proponer cualquier medida relacionada con el tráfico y consumo de drogas distinta a un mayor rigorismo penal, hace difícil, sino inviable, la promulgación de una ley de amnistía o indulto general o particular relacionados con el cannabis. Al contrario de lo que parece suceder en los estados que han regularizado el MC en Estados Unidos, en que la mayoría de la ciudadanía está a favor de aplicar estas medidas¹²⁴, en Chile cualquier reforma que se aparte del modelo penal, se va a asociar con la percepción social de “mano blanda contra la delincuencia”.

¹²⁰ Respecto de los efectos de los indultos particulares, véase el Art. 2° de la Ley N° 18.050.

¹²¹ VARGAS (1994), p. 74.

¹²² Si bien no se recoge expresamente el supuesto de la regla de retroactividad, el artículo 8° del Decreto Supremo N° 64 de 1960 establece como una de las causales de eliminación de los antecedentes penales una sentencia absolutoria, por lo que se podría entender esta regla como un caso específico de un fallo no inculpatario. Aquí caben dos posibilidades. En primer lugar, el tribunal, de acuerdo con el Art. 18 CP, adecúa la sentencia a los efectos de la regla de retroactividad. En segundo lugar, en el caso de que el condenado se encuentre en prisión, se puede interponer una acción de amparo.

¹²³ En el derecho comparado, sin embargo, la cancelación de los antecedentes penales se ha limitado su aplicación, principalmente, a los casos de posesión para el consumo o tráfico de pequeñas cantidades. Así, por ejemplo, en los estados de California y Colorado, se circunscribe a la posesión de cannabis de una cantidad similar a la regularizada para el consumo personal o autocultivo, o delitos menores relacionados con la posesión y consumo de marihuana. HEALTH & SAFETY CODE (2022) Sec. 11361.9; COLORADO GENERAL ASSEMBLY (2017), HB17-1266. En el estado de Illinois, si la condena es por un delito de tráfico de una cantidad superior a 500 gramos, el condenado tiene la opción de solicitar el denominado *record sealing*. En este caso solo la policía puede acceder a los antecedentes penales. En cambio, si la cantidad es menor a 30 gramos, la cancelación es automática y si esta es superior a 30 gramos, pero inferior a 500 gramos, se requiere que sea solicitado por el condenado. NORCIA (2020), *passim*.

¹²⁴ AHRENS (2020), p. 405.

Parece difícil que la sociedad chilena puede aceptar, por ejemplo, que un condenado por un delito de tráfico de cannabis no violento pueda participar como empresario o trabajador en el MC y sea visto como un miembro respetable de la comunidad.

4. A modo de conclusión

Como he intentado justificar a lo largo de este estudio, la regulación del MC supone que este producto ostenta el mismo estatus normativo que otras drogas legalizadas y, por tanto, el régimen sancionador debe ser principalmente administrativo¹²⁵, y en especial, respecto de las conductas ilegales acaecidas en el MC regularizado. Además, las sanciones administrativas y, en especial en los casos de consumo ilegal de cannabis, deberían tomar como referencia otros mercados de drogas regularizados (alcohol y tabaco).

Desde una perspectiva realista, las conductas que podrían ser o mantenerse criminalizadas serían las siguientes: distribución de cannabis a menores de edad, personas con discapacidad y toxicómanos; casos graves de responsabilidad penal por el producto y la conducción de vehículos de motor bajo la influencia de cannabis. A lo anterior, el Sistema penal chileno debe concentrar sus esfuerzos en el tráfico de drogas violento y en las organizaciones asociadas a este que tenga un alto poder económico u organizacional y, por tanto, sean idóneas para llevar a cabo conductas violentas, de corrupción y, en general, relacionadas con la seguridad pública.

Por último y siendo conscientes de los daños producidos por el modelo penal, el Estado chileno debería incorporar, en la futura regularización del MC, algún mecanismo de justicia restaurativa que vaya más allá de la aplicación de la retroactividad más favorable al reo y la cancelación de los antecedentes penales.

Si bien, este estudio no ha podido abordar todas las cuestiones relacionadas con la intervención penal en el MC tanto regularizado como ilegal, quisiera mencionar dos relacionadas con el sistema de penas y los criterios interpretativos para su determinación. Respecto al primero, las medidas alternativas al encarcelamiento deben aplicarse de manera preferente y, en especial, respecto de los delitos de tráfico no violentos; los marcos para la determinación de penas para delitos de drogas deberían incluir opciones de sentencias sin ningún tipo de castigo; criterios de género que, en nuestro caso, deben apuntar al delito de microtráfico¹²⁶; y las sentencias mínimas obligatorias deberían eliminarse. Respecto de los criterios interpretativos de determinación de las penas, el principio de proporcionalidad en sentido amplio adquiere una especial relevancia. La doctrina y la jurisprudencia penal utilizan dos conceptos o criterios de proporcionalidad: en sentido estricto, que atiende al daño causado y a la culpabilidad; y en sentido amplio que incluye cuestiones externas como la necesidad e idoneidad de la pena¹²⁷.

¹²⁵ Por todos, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICAS SOBRE EL CANNABIS (2017), p. 70

¹²⁶ Costa Rica enmendó en 2013 su legislación sobre drogas (artículo 77 de la Ley 8204). Se redujo la pena por introducir drogas a las prisiones de entre 8 y 20 años de cárcel a entre 3 y 8 años de prisión. También se introdujo la opción de imponer penas alternativas al encarcelamiento a mujeres que cumplieran ciertos criterios, como la pobreza, vulnerabilidad, el cuidado de menores. Véanse, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas ‘no privativas de la libertad para las ‘delinquentes y WOLA (2016): Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: Guía para la reforma política en América Latina y el Caribe.

¹²⁷ LAI (2012), pp. 1-12.

Bibliografía

- ARCVIEW MARKET RESEARCH GROUP (2021): *The State of Legal Cannabis Markets*, 8° ed. (San Francisco, Arcview Market Research y BDS Analytics).
- AHRENS, Deborah M. (2020): *Retroactive Legality: “Marijuana Convictions and Restorative Justice in an Era of Criminal Justice Reform”*, en: *The Journal of Criminal Law & Criminology* (vol. 379), pp.379-440.
- BASCUÑÁN, Antonio (2015): *El principio de lex mitior ante el Tribunal Constitucional*, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 23), pp. 11-68.
- BASCUÑÁN, Antonio “La formación de lex tertia: una defensa diferenciada”, en: *Polít. crim.* Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 6, pp. 173-201. Disponible en: <http://politterim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A6.pdf> [Visitado el 03/08/2023].
- BALDOMINO DÍAZ, Raúl A. (2009): “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco”.
- BAUM, Dan (2016): *Haper`s Magazine*. Disponible en: <https://harpers.org/archive/2016/04/legalize-it-all/> [Visitado el 03/08/2023].
- BIDERMAN, David, SIPOS, Charles y TOBIN, Tommy (2021): “Cannabis litigation: Trends and Considerations”, en: BARAK, Cohen (Ed.), *Cannabis Law. A primer on Federal and State Law Regarding Marijuana, Hemp, and CBD* (Chicago, ABA Publishing).
- BRAITHWAITE, John (1989): “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts.”, en *Crime and Justice* (vol. 25), 1999, pp. 1–127.
- BUSTOS, Juan (2007): *Obras Completas*, Tomo III, 2° ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Santiago).
- CAPLER, Rielle, BOYD, Neil y MACPHERSON, Donald (2016): *Organized crime in the cannabis market: Evidence and Implications*. Documento preparado para el Grupo de Trabajo para la Legalización y Regularización de la Marihuana (*Task Force for the Legalization and Regulation of Marijuana*). Disponible en: https://www.drugpolicy.ca/wp-content/uploads/2016/11/CDPC_Submission_Cannabis-and-Organized-Crime_Aug9-2016_Final-1.pdf [Visitado el 07/10/2023].
- CASTILLO-CARNIGLIA, Álvaro, RIVERA-AGUIRRE, Ariadne, CALVO, Esteban, QUEIROLO, Rosario, KEYES, Katherine M. y CERDÁ, Magdalena (2020): “Trends in marijuana use in two Latin American countries: an age, period and cohort study”, en: *Addiction* (Vol. 115, N° 11), pp. 2089– 2097. <https://doi.org/10.1111/add.15058>.
- CERDA, Magdalena, MAURO Christine, HAMILTON Ava, LEVY, Natalie S., SANTAELLA-TENORIO Julio, HASIN, Deborah, WALL, Melanie M., KEYES, Katherine M. y MARTINS, Silvia M. (2020): “Association Between Recreational Marijuana Legalization in the United States and Changes in Marijuana Use and Cannabis Use Disorder From 2008 to 2016”, en: *JAMA Psychiatry* (Vol. 77, N° 2), pp. 165-171.
- CHILDS, Jason y HARTNER, George (2022): “Displacing the Illicit Cannabis Market: Challenges and Trade-Offs”, en: HATHAWAY, Andrew D. y SMITH, Clayton J. (Eds.), *The High North: Cannabis in Canada* (UBC Press, British Columbia), pp. 71-89.
- CONRAD, Peter (1992): “Medicalization and Social Control”, en: *Annual Review of Sociology* (Vol. 18), pp. pp. 209–232.
- CONTRERAS, Lautaro (2015): “La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada”, en. *Polít. crim.* (Vol. 10, N° 19), pp. 266-296. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A9.pdf [Visitado el 12/10/2023].
- CRUSTO, Mitchell F. (2020): “Weeding Out Injustice: Amnesty for Pot Offenders”, en: *Hastings Constitutional Law Quarterly* (N° 367), pp. 367-424.

- CUNEO, Silvio y MEDINA, Paula (2023): “Análisis Crítico de los Tribunales de drogas en Chile” De la Guerra a los Tribunales de drogas: Política criminal e imposición de regímenes hegemónicos (Santiago de Chile, Tirant lo Blanch/Universidad Central).
- DEVILLAER Michael (2017): Cannabis Law Reform in Canada: Pretense & Perils /Ontario, Canadá, The Peter Boris Centre for Addictions Research y Joseph's Healthcare Hamilton).
- DEVILLAER, Michael (2022): “Cannabis Legalization. Déjà Vu All over Again?”, en: SMITH, Andrew D. y CLAYTON, John (Eds.), The High North Cannabis in Canada, Hathaway (Vancouver, The University of British Columbia).
- DÍEZ, José Luis (2005): El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal, en: Revista de Derecho (Valdivia) (Vol. XVIII, N° 1), pp. 199-212.
- DILLS, Angela, GOFFARD, Sietse, MIRO, Jeffrey y PARTIN, Erin (2021): “The Effect of State Marijuana Legalizations: 2021 Update”, en: Policy Analysis, Cato Institute, (N° 908), pp. 1-37.
- DISA-GLOBAL SOLUTIONS (2004): “Marijuana legality by State - Updated Feb 1, 2024”. Disponible en: <https://disa.com/marijuana-legality-by-state> [Visitado el 12/10/2023].
- Disponible” en: <http://idpc.net/es/publications/2012/06/drogas-crimen-y-castigo-proporcionalidad-de-las-penas-por-delitos-de-drogas> [Visitado el 11/03/2023].
- EASTWOOD, Niamh, ROSMARIN, Ari y FOX, Edward (2016): A quiet revolution: drug decriminalisation in Release. Practice across the globe (Londres, Release). Disponible en: <https://www.release.org.uk/publications/drug-decriminalisation-2016> [Visitado el 12/10/2023].
- FOODY, Kathleen (2019): “Colorado Pot Owners Plead Guilty as a Result of ‘Looping’ Practice”, en: Claims Journal. Disponible en: <https://www.claimsjournal.com/news/west/2019/01/29/288944.htm>
- GOBIERNO DE CANADÁ (2022): “Cannabis Survey 2022”. Disponible en : <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-medication/cannabis/research-data/canadian-cannabis-survey-2022-summary.html> [Visitado el 11/03/2023].
- GOBIERNO DE CANADÁ (2022): Canadian Cannabis Survey 2022. Disponible en: <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-medication/cannabis/research-data/canadian-cannabis-survey-2022-summary.html> [Visitado el 12/10/2023].
- GRIFFIN, Verónica M. (2021): Marijuana Legislation and Retroactive Redress, Senior Honors Thesis (University of North Carolina at Chapel Hill). Disponible en: https://cdr.lib.unc.edu/concern/honors_theses/2b88qn007?locale=en [Visitado el 11/12/2023].
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICAS SOBRE EL CANNABIS (2017): PROPUESTA DE UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN (Barcelona, Ediciones Bellaterra). Disponible en: <https://gepca.es/cannabis-un-nuevo-modelo-de-regulacion/> [Visitado el 11/12/2023].
- HARRIS, Genevieve (2011): “TNI/IDPC - Sentencing Council: Expert Seminar on Proportionality of Sentencing for Drug Offences”. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2184341> [Visitado el 11/12/2023].
- HARRIS, Genevieve (2011b): Condenados por los números: Cantidades umbral en políticas de drogas, en: Transnational Institute y Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas, Serie reforma legislativa en materia de drogas (N° 14), pp. 1-12.
- HUDAK, Jhon (2018): “The Farm Bill, Hemp Legalization and the Status of CBD: An Explainer”, en: Brookings (Dec. 14). Disponible: <https://www.brookings.edu/articles/the-farm-bill-hemp-and-cbd-explainer/> [Visitado el 03/12/2023].
- HUGHES, Caitlin. y RITTER, Alison (2008): A Summary of Diversion Programs for Drug and Drug Related Offenders in Australia (Sydney, National Drug and Alcohol Research Centre y University of New South Wales, monografía N° 18). Disponible en: <https://ndarc.med.unsw.edu.au/resource/16-summary-diversion-programs-drug-and-drug-related-offenders-australia> [Visitado el 11/10/2023].
- INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM (2016): “Guía sobre políticas de drogas del IDPC” 3 edición. Disponible: <https://idpc.net/es/publications/2016/03/guia-sobre-politicas-de-drogas-del-idpc> [Visitado el 11/03/2023].

- JUNTA NACIONAL DE DROGAS (2019): Monitoreo y evaluación de ley 19.172: principales indicadores del mercado de cannabis en Uruguay (Montevideo, Uruguay: Observatorio Uruguayo de Drogas).
- LAI, Gloria (2012): “Drugs, crime, and punishment: Proportionality of sentencing for drug offences
- LAQUEUR, Hannah, RIVERA-AGUIRRE Ariadne, SHEV Aaron, CASTILLO-CARNIGLIA Álvaro, Rudolph Kara E., RAMIREZ Jéssica, MARTINS Silvia S., Cerdá Magdalena (2020): “The impact of cannabis legalization in Uruguay on adolescent cannabis use”, en: *Int J Drug Policy* (N° 80): pp. 1-22.
- LASCURAÍN, Juan Antonio (2020): *Sobre la retroactividad penal favorable?* (Madrid, Civitas).
- MALLOCH, M. y MCIVOR, G. (2013): “Criminal justice responses to drug related crime in Scotland”, en: *International Journal of Drug Policy* (N° 24), pp. 69-77.
- MCCULLUM, April (2018): “Marijuana ‘gifting’ businesses illegal, says Vermont Attorney General, en: *Burlington Free Press* 25th July. Disponible en: <https://www.burlingtonfreepress.com/story/news/politics/government/2018/01/22/vermonts-legal-marijuana-law-what-you-should-know/1045478001/> [Visitado el 11/03/2023].
- MELCHIOR María, NAKAMURA, Aurélie, BOLZE Camille, HAUSFATER Félix, EL KHOURY, Fabienne, MARY-KRAUSE Marine (2019): “Does liberalisation of cannabis policy influence levels of use in adolescents and young adults? A systematic review and meta-analysis, en: *BMJ Open* (N° 9), pp.1-13.
- MEZGER, Edmund (1955): *Derecho penal: Parte General*, 6° ed., Conrado A. Finzi (Trad.) (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).
- MIRON, Jeffrey A. (1999): “Violence and the US prohibitions of drugs and alcohol”, en: *American Law and Economics Review* (N° 1), pp.74-114.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1995). *la responsabilidad por el producto en el derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE (2017): *The health effects of cannabis and cannabinoids: The current state of evidence and recommendations for research* (Washington, DC). Disponible en: <https://nap.nationalacademies.org/read/24625/chapter/1> [Visitado el 12/10/2023].
- NORCIA, Alex (2020): “How to Expunge Your Record for Cannabis Crimes: California”, en: *VICE* (16th January). Disponible en: <https://www.vice.com/en/article/xgqg5j/expungement-california-legalization-cannabis-weed-marijuana> [Visitado el 11/03/2023].
- OBSERVATORIO DEL NARCOTRÁFICO DE CHILE (2022): “VII Informe Anual”. Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Informe_2022_Observatorio_del_Narcotrafico.pdf [Visitado el 11/03/2023].
- OBSERVATORIO URUGUAYO DE DROGAS (2019: Monitoreo y evaluación de la Ley 19.172: Aplicación justa de la Ley y Seguridad y Convivencia, Documento de trabajo. Disponible en: <https://www.gub.uy/junta-nacional-drogas/comunicacion/publicaciones/monitoreo-evaluacion-ley-19172-aplicacion-justa-ley-seguridad> [Visitado el 11/03/2023].
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2023): *Informe Mundial sobre Drogas*. Disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/world-drug-report-2023.html> [Visitado el 11/03/2023].
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2007): *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PARKER, Howard (2005): *Normalization as a Barometer: Recreational Drug Use and the Consumption of Leisure by Younger Britons*, en: *Addiction Research and Theory*, (Vol. 13, 3), pp. 205-215.
- QUEIROLO, Rosario, CECILIA Rossel, ÁLVAREZ, Eliana y REPETTO, Lorena (2019): “Why Uruguay Legalized Marijuana? en: *The Open Window of Public Insecurity*”. (Vol .114,7), pp. 1313-21. <https://doi.org/10.1111/add.14523>.

- RIVERA-AGUIRRE, Ariadne *et al.* (2022): “Does recreational cannabis legalization change cannabis use patterns? Evidence from secondary school students in Uruguay.” *Addiction* (Vol. 1–12), pp. 2866–2877. DOI: 10.1111/add.15913.
- ROLLES, Steve y SLADE, Harvey (2022): *How to Regulate Cannabis. A Practical Guide*, 3° ed. (Transform Drug Policy Foundation, Londres).
- ROTERMANN Michelle (2020): “What has changed since cannabis was legalized?”, en: *Health reports*, (Vol. 31,2), pp. 11–20. <https://doi.org/10.25318/82-003-x202000200002-eng>
- RUIZ, Fernando (2009): “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20.000”, en: *Polít. crim.* (Vol. 4, N° 8), pp. 408-429 (1-22). http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A4.pdf
- SEDDON, Toby y FLOODGATE, William. (2020): *Regulating Cannabis: A Global Review and Future Directions* (Cham, Suiza, Palgrave Macmillan).
- SILVA, Diego (2018): *Regulación de la marihuana. Drogas y Estado de Derecho. El modelo regulatorio de Uruguay. La situación en España* (Madrid, Dykinson).
- SLADE, Harvey (2020): “Capturing the Market: Cannabis regulation in Canada”, en: *Transform Drug Policy Foundation y México Unido Contra la Delincuencia*. Disponible en: <https://transformdrugs.org/product/capturing-the-market/> [Visitado el 11/03/2023].
- STATISTICS CANADA (2019) *Stats Cannabis data availability: Crowdsourced cannabis prices, fourth quarter 2019*. Disponible en: <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/200123/dq200123c-eng.htm> [Visitado el 11/03/2023].
- TASK FORCE ON CANNABIS LEGALIZATION AND REGULATION (2016): *a Framework for the Legalization and Regulation of Cannabis in Canada: The Final Report of the Task Force on Cannabis Legalization and Regulation*, (Ottawa, Gobierno de Canadá).
- VARGAS, Juan Enrique (1994): *La Extinción de la Responsabilidad Penal*, 2ª edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica).
- WERB, Dann, ROWELL, Greg, GUYATT Gordon, KERR Thomas, MONTANER Julio y WOOD Evan (2011): “Effect of drug law enforcement on drug market violence: a systematic review”, *International Journal of Drug Policy* (Vol. 22,2), pp.87-94. DOI: 10.1016/j.drugpo.2011.02.002.
- WHEELDON, Johannes y HEIDT, Jon (2022): *Cannabis Criminology* (Londres, Routledge).
- ZUCKERMANN, Alexandra M. A., BATTISTA Katelyn, BÉLANGER, Richard E., HADDAD Slim, BUTLER Alexandra, COSTELLO Mary Jean y LEATHERDALE Scot T. (2021): “Trends in youth cannabis use across cannabis legalization: Data from the COMPASS prospective cohort study”, en: *Preventive Medicine Report* (Vol. 2, 22), pp.101-351. Doi: 10.1016/j.pmedr.2021.101351
- ZUCKERMANN, Alexandra M. A., BATTISTA Katelyn, De Groh Margaret, JIANG Ying y LEATHERDALE Scot T. (2019): “Prelegalisation patterns and trends of cannabis use among Canadian youth: results from the COMPASS prospective cohort study”, en: *BMJ Open* (Vol. 20,9) 20;9(3). Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30898832/> [Visitado el 11/03/2023].

Legislación citada

- Ley N° 18.050 que Fija Normas Generales para Conceder Indultos Particulares, de 6 de noviembre de 1981.
- Ley N° 19.925 sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, de 19 de enero de 2004.
- Reglamento sobre Control de Consumo de Drogas en Diputadas y Diputados (2022). *Diario Oficial*, Sección I, Núm. 43310 de 22 de julio de 2022.
- Ley N° 21.483 que “Modifica el Código Penal para Reforzar la Protección Penal a la infancia y a otras Personas que indica”, de 24 de agosto de 2022.

- Ley N° 21.575 que “Modifica Diversos Cuerpos Legales con el Objeto de Mejorar la Persecución del Narcotráfico y Crimen Organizado, Regular el Destino de los Bienes Incautados en esos Delitos y Fortalecer las Instituciones de Rehabilitación y Reinserción Social, de 23 de mayo 2023.
- Cámara de Diputados y Diputadas (2022): Proyecto de Ley que Establece un nuevo Código Penal, Boletín N° 14.795-07. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15283&prmBOLETIN=14795-07> [Visitado el 11/03/2023].
- DECRETO N° 64 (Ministerio de Justicia), Reglamenta la Eliminación de Prontuarios Penales, de Anotaciones, y el Otorgamiento de Certificados de Antecedentes, de 27 de enero de 1960.
- Costa Rica: Ley N° 8.204, Ley sobre Estupefacentes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de capitales y Financiamiento al Terrorismo, de 2001.
- Canadá, Newfoundland y Labrador, (2018): Cannabis Control Act, SNL2018 Chapter C-4.1. Disponible en: <https://assembly.nl.ca/legislation/sr/statutes/c04-1.htm> [Visitado el 11/03/2024].
- Canadá, British Columbia: Cannabis Control and Licensing Act: Cannabis Licensing Regulation. Disponible en: http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/202_2018#Schedule2 [Visitado el 11/03/2023].
- Canadá, Saskatchewan (2018): The Cannabis Control Act, C-2.111. Disponible en: <https://publications.saskatchewan.ca/#/products/92030> [Visitado el 11/10/2023].
- Uruguay: Decreto N° 120/014. Reglamentación de la ley 19.172 relativo a la Regulación y Control del cannabis.
- Canadá: Cannabis Act, S.C. 2018, c. 16. Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Regulations/SOR-2018-144/index.html> [Visitado el 11/03/2023].
- Estados Unidos, Vermont: VERMONT STATUTES (2017), Title 18, § 4230, Sección (b.4).
- Estados Unidos, Washington: SENATE BILL REPORT, SB 5605 (2019).
- Estados Unidos: Granting Pardon for the Offense of Simple Possession of Marijuana, Presidential Documents, Proclamation 10467 of October 6, 2022. Federal Register Vol. 87, No. 196 Wednesday, October 12, 2022.
- Estados Unidos, California: California Code Health and Safety Code, 2022 – HSC DIVISION 10 - Uniform Controlled Substances Act, Chapter 6.
- Estados Unidos, Colorado: Colorado General Assembly (2017) HB17-1266: Seal Misdemeanor Marijuana Conviction Records. Disponible en: <https://leg.colorado.gov/bills/hb17-1266> [Visitado el 11/03/2023].
- Naciones Unidas (2011): Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, 65/229.
- WOLA (Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos, Consorcio Internacional de Políticas sobre Drogas, De Justicia y Comisión Interamericana de Mujeres (2016): Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Disponible en: http://www.wola.org/commentary/women_drug_policies_and_incarceration_in_the_americas [Visitado el 11/03/2023].

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, Rol N° 223.043-2023, de 10 de octubre de 2023.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 834–2023 de 20 de julio de 2023.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, RUC N°2100610440-9, de 17 de mayo de 2023.