

## 6. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### CULTIVO DE CANNABIS

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ES LA SALUD PÚBLICA. PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO LÍMITE DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL. NECESIDAD DE EXAMINAR SI LA CONDUCTA SIGNIFICÓ UN RIESGO PARA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. EXAMEN DE LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO DE PELIGRO RESULTA IMPERIOSO TRATÁNDOSE DEL DELITO DE CULTIVO DE CANNABIS. DELITO DE CULTIVO DE CANNABIS PREVIENE EL PELIGRO DE QUE ALGUIEN EN EL FUTURO PONGA EN RIESGO LA SALUD PÚBLICA. INSUFICIENCIA DE ACREDITAR LA EXISTENCIA DE ESPECIES VIVAS DEL GÉNERO CANNABIS. JUSTIFICACIÓN DE QUE LAS ESPECIES VIVAS DEL GÉNERO CANNABIS ESTÁN DESTINADAS AL USO O CONSUMO PERSONAL Y EXCLUSIVO PRÓXIMO EN EL TIEMPO.

### HECHOS

*Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis, previsto y sancionado en el artículo 8° de la ley N° 20.000. Defensa de condenada recurre de nulidad, la Corte Suprema acoge el recurso deducido y dicta sentencia de reemplazo.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

ROL: *15920-2015, de 11 de noviembre de 2015*

PARTES: *Ministerio Público con Jendery Agullo Escobar*

MINISTROS: *Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.*

### DOCTRINA

- I. En el delito de tráfico de drogas el bien jurídico protegido es la salud pública, el que es de carácter colectivo y carente de individualización, pues se refiere a la generalidad, y que ha sido entendido como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas. Si bien se ha querido catalogar el tráfico de drogas como un delito de peligro abstracto –sin éxito de acuerdo a la jurisprudencia del Máximo Tribunal–, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto*

*se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo, no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos. Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “praesumptio juris et de jure” de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material, cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución, de presumir de derecho la responsabilidad penal. (Considerando 8° de la sentencia de nulidad)*

*La proscripción de presumir de derecho la responsabilidad penal demanda que para la sanción de un delito de peligro, se requiera la posibilidad que de la conducta pudiera seguirse la difusión incontrolable o incontrolada de sustancias que pongan en peligro la salud y libertad de los demás; lo que conduce a descartar la aplicación de los preceptos que reprimen el tráfico de drogas si la acción de que se trata aparece exclusivamente dirigida al concreto consumo de ellos por una persona individualizada. De esa manera, según sean las circunstancias y el contexto de los hechos, podrá decidirse si se trata de un acto aislado vinculado al “uso personal exclusivo y próximo en el tiempo” de un individuo o si ese acto debe incluirse en las hipótesis de incitar, promover o facilitar la difusión de drogas nocivas susceptibles de producir dependencia. Tal peligro está directamente vinculado al trayecto de la droga en el circuito criminal y su acceso a los más vulnerables, en particular a los jóvenes. Entonces, aun cuando el tipo de los delitos de peligro abstracto no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, sí requiere una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito. Se trata de exigir, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste (considerando 8° de la sentencia de nulidad). El examen sobre la posibilidad de producción del resultado de peligro resulta aún más imperioso respecto de aquellas conductas como las tipificadas en el artículo 8° de la ley N° 20.000, precepto mediante el cual no se castiga el*

*tráfico de drogas ya sea en su sentido estricto o amplio, sino se está previniendo el peligro de que, a través de la plantación de especies vegetales del género cannabis, alguien pueda en el futuro poner en peligro la salud pública elaborando con el producto de dicha planta sustancias estupefacientes que puedan facilitarse a terceros para su uso o consumo. De ahí precisamente que el legislador excluya de la sanción prevista en el citado artículo 8° los casos en que se justifique que la droga se destinará al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del autor. (Considerando 9° de la sentencia de nulidad)*

*En consecuencia, si bien resultó demostrado que el imputado, careciendo de la debida autorización, poseía especies vegetales vivas del género cannabis, lo cierto es que no se acreditó que tales acciones tengan por objeto realizar alguna de las restantes conductas que la ley N° 20.000 proscribiera por ser lesivas del bien jurídico protegido por ella, de manera que no habiéndose acreditado que la tenencia de la droga tuviera como destinatario una persona diversa de aquella a la cual se imputan los actos reprochados, encontrándose justificado en autos sólo la mantención de plantas vivas de la especie cannabis, y al no incluirse en la acusación ni establecerse como cierto ninguno de los supuestos que el tipo penal materia de los cargos considera, ni otro cualquiera de la misma ley, no es dable su castigo. En efecto, concurren los presupuestos establecidos en la parte final del artículo 8° inciso 1°—“a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo próximo en el tiempo”— y aun cuando la sentencia impugnada sólo atribuye al acusado “mantener” plantas vivas, lo relevante es que los hechos y circunstancias que fija no permiten calificar esa actividad como heterónoma respecto de terceros que posteriormente usarían la sustancia, salvo que se admita una presunción de tráfico que el tribunal ni siquiera enuncia explícitamente, lo que no resulta admisible, en atención a que es el contenido de la acusación aquello que ha de ser probado y tal extremo no ha sido consagrado en ella, por lo que sólo cabe concluir que lo reprochado es una actividad individual, sin un destinatario diverso de la persona del imputado. (Considerandos 12° y 16° de la sentencia de nulidad y 1° y 2° de la sentencia de reemplazo)*

*En estas condiciones, cobra relevancia la teoría de la defensa conforme a la cual la conducta de éste sólo es susceptible de configurar un acto preparatorio realizado en forma privada. No habiendo fijado el fallo recurrido los hechos constitutivos de las conductas lesivas para la salud pública susceptibles de ser reprochados, ni si las condiciones en que la plantación se mantenía permitían obtener una cantidad trascendente de la sustancia que permita satisfacer el consumo de un conjunto de personas y por un período de tiempo relevante, con el objeto de dotar de contenido a la presunción de tráfico que subyace en la sentencia, pero que no ha sido argumentativamente demostrada, se concluye*

*que la conducta de la acusada no tuvo siquiera la posibilidad de constituir un riesgo para la salud pública, que es lo que se protege en el artículo 8° de la ley N° 20.000. (Considerandos 13° y 15° de la sentencia de nulidad)*

*Cita online: CL/JUR/6849/2015*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 8° y 50 ley N° 20.000.*

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA  
SEGUNDA SALA PENAL ROL 15920-2015

GONZALO MEDINA SCHULZ  
*Universidad de Chile*

La sentencia elabora un criterio de exclusión de la relevancia penal de ciertas formas de comportamiento vinculadas al consumo y puesta a disposición de terceros de drogas y estupefacientes, que es tributaria de la tradicional comprensión del objeto de protección de la ley, la salud pública. Sin embargo, el insostenible carácter de bien jurídico de la idea de salud pública<sup>1</sup> genera que la cadena de razonamientos del fallo sea dogmáticamente errónea, desdibujando la noción de bien jurídico así como el concepto de delito de peligro.

En primer término, el considerando 8° expresa el consenso respecto a ese supuesto bien jurídico como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, concepto que es asimismo invocado respecto de otros tipos penales de nuestra legislación. Asimismo la sentencia expresamente niega en el considerando 12° que se trate de la sanción de la autolesión, sino que reitera que el injusto está dado por la posibilidad de difusión incontrolada.

Frente a ello, no cabe sino aseverar que la salud pública no es un concepto que en modo alguno pueda ser construido sino como la sumatoria acumulada de la salud individual de un número significativo de individuos. Que la cantidad de sujetos sea considerable y/o indeterminada no cambia cualitativamente la idea de que la salud no es más que un estado predicable respecto de entes biológicos concretos y no de un abstracto constructo social desligado de los sujetos individuales.

A continuación el fallo razona sobre la exigencia de un peligro real, con lo cual intenta una restricción de la idea de delito de peligro abstracto, de tal manera que

---

<sup>1</sup> HEFENDEHL, Roland, El bien jurídico como eje material de la norma penal, en HEFENDEHL, Roland (Editor), La teoría del bien jurídico (Madrid-Barcelona, 2007), pp. 188 y ss.

no se convierta en un injusto penal por la mera desobediencia, cuestión acertada en esos términos, pero que carece de sentido cuando se trata de establecer si en el caso concreto concurre o no el riesgo de difusión incontrolada de la sustancia. Ese peligro no es definido ni por la sentencia ni por la literatura de forma concreta, sino que invocado sin más la idea de la difusión incontrolada como una manera de afectar a la salud pública.

La manera acertada de entender la sanción de los actos de cultivo de especies del género cannabis no radica en la afirmación de un peligro de difusión incontrolada, sino en entender que se trata de un delito de preparación que implica que el reproche se funda en que quien cultiva genera un estado de cosas nuevo, la existencia de las especies vegetales del género cannabis aptas para producir drogas, y que ese nuevo estado de cosas en el mundo puede ser utilizado tanto por quien lo produce como por terceros a fin de realizar una conducta de puesta a disposición de las plantas o sus derivados a terceros.

Sin duda aquí tiene sentido una restricción interpretativa como la que realiza la sentencia, en cuanto a la verificación en concreto que existen elementos de juicio que permitan afirmar que ese nuevo estado de cosas esta objetivamente destinado a producir efectos en terceros. Esta es la manera en la cual uno podría compatibilizar el reconocimiento escaso del principio de autorresponsabilidad con el sentido de la aplicación del tipo penal.

Con todo, resulta más apropiada esta aproximación, pues ella efectivamente da ciertos parámetros de juzgamiento sobre la relevancia de la conducta<sup>2</sup>, en cuanto se trata de las posibilidades reales de interacción con esferas de libertad de terceros que la legislación juzga como una forma inadecuada de interacción, que en términos de la ley N° 20.000 se expresa en la puesta a disposición de sustancia.

La mejor expresión que esta es la manera adecuada de comprender el injusto de la conducta es que la propia sentencia en su considerando 11° señala que lo primero a determinarse es si la siembra y cultivo ha de entenderse como una conducta individual destinada a objeto de facilitar la sustancia a terceros o no. Si esa es la cuestión central, entonces no puede entenderse sino que la puesta a disposición a terceros es la conducta reprochable y el único significado real de esa conducta es la posible autolesión del tercero a cuya disposición se ha puesto la sustancia.

El riesgo de la elaboración dogmática que subyace a la sentencia radica en querer ocultar el carácter paternalista propio de toda la regulación de prohibición del consumo y puesta a disposición de terceros de drogas y estupefacientes.

---

<sup>2</sup> MEDINA SCHULZ, Gonzalo, El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico, en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (coordinador), La ciencia penal en Chile. Libro homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile (Santiago, 2013), pp. 499 y ss.

Al argumentar centrándose en un supuesto peligro de difusión incontrolada como una forma de afectación de la denominada salud pública, omitiendo cualquier referencia a la forma en la cual se sancionan conductas referidas a intereses individuales, pierde potencia crítica la noción de bien jurídico a efectos de analizar el supuesto general que subyace a la ley de drogas y, dejando al margen casos puntuales, le otorga un incorrecto sustento teórico a este orden normativo, por ello no solo el resultado es analizable, sino también la vía por la que se llega a él.

#### I. SENTENCIA DE NULIDAD

Santiago, a once de noviembre de dos mil quince.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1401238957-5, RIT N° 266-2015, se dictó sentencia por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de La Serena el veintinueve de agosto del año en curso, por la que se condenó a Jendery Karina Agullo Escobar por su responsabilidad como autora del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis, previsto y sancionado en el artículo 8° de la ley N° 20.000, por los hechos descubiertos con fecha 19 de diciembre de 2014 en la localidad de Alcohuaz, comuna de Paihuano, Cuarta Región, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y a la pena de multa de dos unidades tributarias mensuales. Dicho fallo sustituye el cumplimiento de la pena privativa de libertad por la de remisión condicional, por el plazo de un año.

Contra este pronunciamiento la defensa de la acusada dedujo recurso de nulidad cuya copia rola a fojas 16, el que fue admitido a tramitación por resolución de fojas 57, fijándose a fojas 58 la audiencia que se llevó a cabo para

su conocimiento. A fojas 69 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

Considerando:

*Primero:* Que el recurso de nulidad deducido se funda, de manera principal, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 1, 5 y 19 N°s. 3, 4, 5 y 6 de la Constitución Política de la República; 18 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 12 y 13 N°s. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 12, 18, 19 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 N°s. 1 y 2 y artículo 18 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Explica que el debido proceso supone un estándar que va más allá de las formas procesales, pues apunta a la idea de decisiones materialmente justas. La persecución y la sanción penal no pueden realizarse sobre la base de anular derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, la inviolabilidad del hogar y la libertad de creencia, como aconteció en la especie.

En relación al artículo 1° de la Constitución Política, que se estima transgredido, sostiene el recurso que los valores de la dignidad y la libertad configuran el principio de la autonomía personal, que en palabras de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos implica que el ser humano tiene la capacidad de conducir su vida y resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para ese fin, seleccionados y utilizados con autonomía. Ese postulado encuentra concreción en el derecho a la máxima realización espiritual, contemplada en el inciso cuarto del precepto constitucional citado, norma que es propia de la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un Estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos.

Asimismo, se vulneró el derecho a la intimidad, pues la vida privada constituye un espacio o esfera personal libre de intromisiones e injerencias externas, y la libertad de pensamiento, derecho que identifica al ser humano, pues los hombres razonan, analizan, descubren ideas y son capaces de elaborar a partir de ellas conceptos, teorías y filosofías. Todo este proceso interno de un ser pensante es ajeno al ordenamiento jurídico, pues el Estado no puede inmiscuirse en el fuero interno de cada individuo. Por ende, las creencias no pueden ser objeto de control, sanción, prohibición o restricción, en tanto permanezcan en ese espacio de intimidad.

De otra parte, el fallo se enfrenta contra la libertad de opinión, que conforma una proyección de la autonomía de la persona que implica el derecho a expresar libremente y sin autorización previa, opiniones políticas, religiosas, filosóficas y científicas. Junto a la libertad de pensamiento, es un derecho esencial, un presupuesto que posibilita el ejer-

cicio de la casi totalidad de los demás derechos y el disfrute de las libertades fundamentales.

En este caso se produjo una vulneración sustancial de los derechos humanos citados, pues en definitiva la sentencia consideró que la norma del artículo 8° de la ley N° 20.000, en lo que se refiere a la autorización administrativa del Servicio Agrícola y Ganadero, resulta superior que los derechos fundamentales amagados, obviando la existencia del principio de autodeterminación de la persona humana.

En la situación fáctica demostrada, nunca estuvo en riesgo la salud pública, el orden público o el bien común. Solo existe una injerencia estatal arbitraria para suprimir derechos de la imputada garantizados por la Constitución Política y los tratados internacionales señalados, pues el cultivo que se reprime estaba destinado a un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

Al finalizar el desarrollo de esta causal, se pide invalidar la sentencia impugnada y el juicio que le precede, y disponer la realización de un nuevo juicio oral que no incurra en las infracciones de derechos y garantías reseñadas.

*Segundo:* Que, en subsidio, el recurso se funda en el motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal, pues la imputada, renunciando a su derecho a guardar silencio en la secuela del juicio, explicó el uso que daba a la planta decomisada, lo que se lee en el fundamento quinto, párrafo 2° del fallo. Reconoció uso de marihuana hace 15 años y explicó

los motivos de ese consumo. El fallo, sin embargo, silenció partes esenciales de la declaración del perito psicólogo aportado por su parte, Rodrigo Frías Barías, acerca de esta circunstancia, por lo que su relato no fue ponderado en conjunto, razonando los jueces que no se alcanzó convicción sobre la teoría de la defensa por falta de prueba técnica, lo cual no es efectivo, ni se extiende la sentencia acerca de la proximidad del consumo.

Por ello la sentencia presenta deficiencias en su extensión, al no ponderar la prueba relativa al consumo, de conformidad con lo que ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal. Al no establecerse la situación de consumidora de la imputada, se desechó sin más la alegación de que las plantas estuviesen destinadas a su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Dicha tergiversación omisiva pugna con el principio de la razón suficiente y las máximas de la experiencia, en especial aquella que indica que quien trafica, sabe de pesos y medidas, cantidades y dosis, cuyo caso no es el de la imputada.

Solicita por este motivo se invalide la sentencia y el juicio y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que se proceda a la realización de un nuevo juicio oral.

*Tercero:* Que, por último, siempre en subsidio, el recurso invoca la causal de invalidación de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del artículo 8° de la ley N° 20.000.

El cultivo, que es lo que se reprocha a la imputada, representa una etapa

anterior o imperfecta al consumo final, es decir, se trata de un acto preparatorio realizado en forma privada en su domicilio. Tal conducta, de auto proveerse de cannabis sativa, lo que constituyó la teoría de la defensa, es atípica.

Al efecto explica que la protección del bien jurídico de la salud pública pretende evitar la difusión incontrolada de este tipo de sustancias al público, pero ese peligro potencial nunca existió, pues el bien jurídico nunca fue puesto en riesgo. La penalización del acto preparatorio de cultivo es para combatir eficazmente las actividades vinculadas al comercio ilícito de drogas, pero en este caso, el contexto particular de la imputada indica que la sustancia estaba destinada solo a un consumo personal, de ella misma, por lo cual no hay afectación de aquello que la norma busca proteger.

La equivocada aplicación del precepto al caso concreto influyó de manera determinante en la decisión condenatoria, pues de haberse aplicado la ley en forma acertada, debía absolverse a su representada.

Finaliza solicitando que se anule el fallo y se dicte el correspondiente de reemplazo que absuelva a la imputada de la acusación formulada.

*Cuarto:* Que en relación a la causal principal, una atenta lectura de su motivación evidencia que las garantías fundamentales se denuncian infringidas porque el fallo no las considera a los efectos de calificar los hechos, pues su aplicación habría llevado a estimar que la conducta atribuida a la acusada no es antijurídica, por la ausencia de uno de los elementos del delito contemplado en



el artículo 8° de la ley N° 20.000 para la punición de la conducta.

Lo anterior importa que las normas que contienen las garantías y derechos se invocan como elementos de interpretación que habrían de incidir y determinar los alcances de la justificación de la conducta y, en definitiva, de la prohibición que contempla el citado artículo 8° de la ley N° 20.000; pero a su respecto no se llega a sostener una vulneración directamente relacionada con la decisión, alegación que por su razonamiento se acomoda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, de manera que la fundamentación de esta causal principal es coincidente con la que sirve para sostener la subsidiaria afinada en la mencionada letra b), por lo que con ocasión del estudio de ella, si fuere necesario, esta Corte se abocará a examinar si la sentencia recurrida descuidó la debida consideración de las garantías y derechos que se plantean en esta causal principal.

*Quinto:* Que, en lo que concierne a la primera causal subsidiaria, la ley exige respecto del examen de fundamentación de las sentencias que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas. Efectivamente, la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocer, no sólo al acusado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal, la justicia de la decisión judicial y dará cabida a la interposición de los recursos legales para activar los mecanismos de control en la aplicación del derecho al caso concreto. Todo esto supone expo-

ner razones, hacer interpretaciones y tomas de posición sobre las posturas que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y la explicación de la convicción adoptada.

En cuanto al control de la motivación en la determinación de los hechos, se ha sostenido que: “si bien es cierto que en el sistema de la sana crítica racional, el juzgador no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, la legitimidad de esa apreciación dependerá de que su juicio sea razonable. Es decir, que al apreciar los elementos de prueba incorporados al proceso, observe las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común que deben siempre informar el desenvolvimiento de la sentencia” (Julio Maier, *El Control Judicial de la Motivación de la Sentencia Penal en ‘La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios’* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 118).

Por lo expuesto y a fin de que esta Corte, en cuanto tribunal de nulidad, se encuentre en condiciones de efectuar un control sobre las reglas de la valoración de la prueba en la fundamentación de la sentencia penal, resulta indispensable, acorde con lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal y con el carácter extraordinario de este recurso, que la parte recurrente precise al momento de formalizar su arbitrio las reglas fundamentales de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que habrían sido incumplidas por los jueces de la instancia, límites de ponderación que

tradicionalmente se han entendido referidos a las leyes fundamentales de coherencia y derivación y a los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, exigencia que no se ha cumplido en la especie.

Esto es así por cuanto por esta vía de impugnación no se trata de que el tribunal valore nuevamente la prueba del debate, que no ha presenciado, actividad que le está prohibida, sino que el imputado demuestre, no sólo argumentalmente a través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción del conocimiento que incorpora. Esa circunstancia constitutiva de la infracción ha debido ser demostrada por quien la alega, lo que hacía necesaria la rendición de prueba, en la forma que prevé el artículo 359 del Código Procesal Penal.

*Sexto:* Que, en consecuencia, amén de que el impugnante no precisa en su recurso cuáles serían los errores lógico formales en el pensamiento de los jueces, tampoco es posible dar por ciertos los defectos que postula en cuanto a la valoración de la prueba, pues de la lectura de la sentencia atacada aparece que cumple con todas las exigencias formales antes referidas. Como se anticipara, la circunstancia de consignar el fallo secciones parciales de los relatos y aseveraciones que difieren de modo sustancial con lo declarado por los deponentes, ha debido ser demostrado por

la vía procesal correspondiente, lo que en la especie no ha sucedido.

*Séptimo:* Que de acuerdo a lo ya razonado, es dable concluir que las pretendidas omisiones o ausencias en la valoración de la prueba no son tales, todo lo cual impide que el vicio denunciado, como constitutivo de la invalidación absoluta que contempla el artículo 374 e) del código del ramo pueda prosperar, lo que conlleva el rechazo de la segunda causal del recurso.

*Octavo:* Que, por último, para la adecuada resolución de la restante causal subsidiaria invocada en el arbitrio, asilada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por la que se propone que la subsunción de los hechos demostrados en la conducta que reprime el artículo 8° de la ley N° 20.000 es equivocada, cabe realizar las siguientes indispensables reflexiones.

Respecto del delito de tráfico de drogas hoy parece existir consenso en que el bien jurídico que se busca proteger es la salud pública, el que es de carácter colectivo y carente de individualización, pues se refiere a la generalidad, y que ha sido entendido como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas (Politoff y Matus, “Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”, en Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, 1998, p. 14).

Si bien se ha querido catalogar el tráfico ilícito de drogas como un delito de peligro abstracto —lo que ha sido

denegado en fallos anteriores de esta Sala-, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo (Roxin, C. Derecho Penal, Parte General, T. I, Trad. 2a ed. alemana, 1997, pp. 336 y 407), no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos. (Cobo del Rosal-Vives Antón. Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., 1999, pp. 319 y 324).

En efecto, una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo

pasado (Politoff, Matus, y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65).

El principio de “lesividad” –que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico– se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga –también en el ámbito del enjuiciamiento– a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 8º de la ley N° 20.000.

Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “*praesumptio juris et de jure*” de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff/Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 7º de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. Así se ha sostenido que si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro abstracto, pues establecen una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro (Bustos y Hormazábal, Nuevo Sistema de Derecho Penal, 2004, p. 90).

Es la citada proscripción constitucional la que demanda que para la sanción de un delito de peligro se requiera la posibilidad que de la conducta pudiera seguirse la difusión incontrolable o incontrolada de sustancias que pongan en peligro la salud y libertad de los demás; lo que conduce a descartar la aplicación de los preceptos que reprimen el tráfico ilícito si la acción de que se trata aparece exclusivamente dirigida al concreto consumo de ellos por una persona individualizada. De esa manera, según sean las circunstancias y el contexto de los hechos, podrá decidirse si se trata de un acto aislado vinculado al “uso personal exclusivo y próximo en el tiempo” de un individuo o si ese acto debe incluirse en las hipótesis de incitar, promover o facilitar la difusión de drogas nocivas susceptibles de producir dependencia. Tal peligro está directamente vinculado al trayecto de la droga en el circuito criminal y su acceso a los más vulnerables, en particular a los jóvenes (Politoff/Matus, cit., pp. 16-19).

Entonces, aun cuando el tipo de los delitos de peligro abstracto —en el evento que se lo estimare aplicable al artículo 8° de la ley N° 20.000— no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, sí requiere una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito. Se trata de exigir, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un

contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste.

*Noveno:* Que este examen sobre la posibilidad de producción del resultado de peligro resulta aún más imperioso respecto de aquellas conductas como las tipificadas en el artículo 8° de la ley N° 20.000, precepto mediante el cual no se castiga el tráfico ilícito de estupefacientes ya sea en su sentido estricto o amplio, sino que se está previniendo el peligro de que, a través de la plantación de especies vegetales del género cannabis, alguien pueda en el futuro poner en peligro la salud pública elaborando con el producto de dicha planta sustancias estupefacientes que puedan facilitarse a terceros para su uso o consumo.

Mediante esta técnica legislativa se anticipa la barrera de la protección penal a una etapa muy primaria del llamado ciclo económico de la producción y tráfico de la droga, esto es, de todos los actos destinados a poner indebidamente a disposición del consumidor final sustancias sicotrópicas o estupefacientes y es tal consideración la que impide afirmar inequívocamente que el mero hecho de sembrar, plantar, cultivar y cosechar especies vegetales del género cannabis sin la autorización debida, supone que de éstas se obtendrá droga y que a ésta se le dará un destino que puede afectar el bien jurídico salud pública. De ahí precisamente que el legislador excluya de la sanción prevista en el citado artículo 8° los casos en que se justifique que la droga se destinará al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del autor.

*Décimo:* Que lo último señalado obedece a que el principio de ofensividad que limita la potestad punitiva del Estado, excluyéndola, sobre aquellos supuestos en los que es la propia persona la que voluntariamente realiza comportamientos que representan un riesgo para su propia vida o salud, se vería quebrantado al entrometerse (punitivamente) el Estado en la esfera personal de quien voluntariamente ha decidido consumir determinadas sustancias (Escobar-Larrauri, “Legislación y Política Criminal en España en materia de drogas desde el nuevo Código Penal de 1995”, en Gran Criminalidad Organizada y Tráfico de Estupefacientes, 2000, p. 99).

En ese entendido, dado que el daño social que el legislador tenía en vista al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estupefacientes no consiste en la autolesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud y su libertad a riesgos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás, nuestra ley sobre estupefacientes reconoce, siquiera parcialmente, el principio de la autodeterminación sobre los riesgos a la propia salud al consagrar la impunidad, con algunas excepciones, de las acciones de tráfico de las sustancias de que se trata para el “uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”, de lo que debe inferirse que, de no mediar tales excepciones relativas a los sitios en que el consumo está prohibido y

sancionado como falta, los actos de posesión, transporte, guarda o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 4º inciso 1º en relación al artículo 50 de la ley N° 20.000), o de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de la misma (artículo 8º inciso 1º en relación al artículo 50 de la ley N° 20.000), donde el destino de la sustancia sea el consumo personal exclusivo y próximo de la o las mismas personas que realizan las conductas antes enunciadas, no realizan el peligro general que se quiere evitar, sino, a lo más, pueden poner en peligro la salud del consumidor de esos productos, esto es, crear un peligro individual que la propia ley entiende no relevante a efectos penales.

*Undécimo:* Que entrando ahora al caso particular de autos, la sentencia impugnada dio por establecidos los siguientes hechos:

“El día 19 de diciembre de 2014, aproximadamente a las 15:20 horas, personal de Carabineros de Chile, específicamente de Sección OS7 de Coquimbo, sorprendió a la acusada Jendery Karina Agullo Escobar, manteniendo sin la debida autorización al interior de su domicilio ubicado en El Pabellón s/n, Localidad de Alcohuaz, Comuna de Paihuano, a un costado del inmueble, 40 plantas vivas del género cannabis sativa, con sumidades floridas, distribuidas en tres tambores de lata de 200 litros cortados por la mitad, plantas que medían entre 20 y 90 cms. de altura, con un peso de 1068,50 gramos netos, siendo detenida la imputada en el lugar” (cons. 7º).

*Duodécimo:* Que sigue entonces revisar si en la especie concurren los presupuestos del artículo 8° de la ley N° 20.000, esto es, si se establecieron hechos en la sentencia que impongan someter la conducta de siembra y cultivo de plantas de cannabis sativa objeto de la acusación, a las disposiciones de los artículos 50 y siguientes de la ley N° 20.000. Huelga señalar que este examen debe emprenderse respetando los hechos fijados por los sentenciadores, sin que quepa por tanto el estudio o valoración de la prueba rendida en el juicio que llevó a su establecimiento.

En ese empeño y como primera cuestión, debe determinarse si la siembra y cultivo de las plantas de cannabis sativa que el dictamen da por cierto, debe calificarse como una conducta individual y exclusiva de la acusada realizada con el objeto de facilitar la sustancia obtenida a terceros, o como una actividad de siembra y cultivo de tales plantas destinada a su autoconsumo.

Al respecto, en su considerando 7° la sentencia examinada sólo establece que la acusada mantiene en el domicilio ubicado en El Pabellón s/n, Localidad de Alcohuz, Comuna de Paihuano... “40 plantas vivas del genero cannabis sativa, con sumidades floridas, distribuidas en tres tambores de lata de 200 litros cortados por la mitad, plantas que medían entre 20 y 90 cms. de altura” sin contar con la autorización para ello, pero sin establecer la finalidad de dicha conducta.

De esa forma, aun cuando la sentencia sólo atribuye a la acusada “mantener” plantas vivas, lo relevante es que los hechos y circunstancias que fijan

los propios recurridos no permiten calificar esa actividad como heterónoma respecto de terceros que posteriormente usarían la sustancia, salvo que se admita una presunción de tráfico que el tribunal ni siquiera enuncia explícitamente, lo que no resulta admisible, en atención a que es el contenido de la acusación aquello que ha de ser probado y tal extremo no ha sido consagrado en ella, por lo que sólo cabe concluir que lo reprochado es una actividad individual, sin un destinatario diverso de la persona de la acusada.

*Decimotercero:* Que, en tales condiciones, cobra relevancia la teoría expuesta por la defensa en su libelo, conforme a la cual la conducta de la recurrente sólo es susceptible de configurar un acto preparatorio realizado en forma privada, aserto que se ve reforzado por la circunstancia que la sentencia nada dice sobre las condiciones en que se encontraban las plantas incautadas, salvo que medían entre 20 a 90 centímetros, de lo que se colige que nada se probó al respecto por quien tenía la carga de hacerlo. Ante esto, entonces, resulta relevante tener en cuenta que la prohibición del artículo 8° de la ley N° 20.000 encuentra su justificación en su carácter de herramienta de que se dota la ley a la que pertenece para la protección del bien jurídico que ella tutela, la salud pública, de manera que la determinación de su sentido, en cuanto norma que prescribe conductas, ha de ser fijado teniendo en consideración la referida finalidad.

*Decimocuarto:* Que en lo que concierne al extremo consistente en que el uso o consumo que se haría de la droga

obtenida de las plantas sea “próximo en el tiempo”, la sentencia en estudio no se aboca a este asunto al haber desestimado de antemano la posibilidad de la aplicación del artículo 50, sin embargo los hechos que fija el mismo dictamen, esto es, la tenencia de 40 plantas vivas que medían entre 20 a 90 centímetros, permiten calificar el consumo que se realizaría de la droga obtenida de esas plantas como uno “próximo en el tiempo”.

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

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

*Decimosexto:* En razón de lo anterior, no obstante que la acusada “mantenía” plantas de cannabis sativa sin contar con

la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero a que alude la ley N° 20.000, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del inciso 1° del artículo 8° de la ley N° 20.000, como esta misma disposición prescribe, “sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”; sin embargo, no acreditándose que se haya concretado por la acusada el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, el consumo de las drogas en un lugar o recinto privado –que por lo demás, no fue objeto de la acusación–, tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50.

*Decimoséptimo:* Que por lo razonado se acogerá la causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal invocada en el recurso de nulidad por la errónea aplicación del artículo 8° de la ley N° 20.000 con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, defecto relativo sólo a la sentencia impugnada, mas no el juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se aplicó una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada Jendery Karina Agullo Escobar y, en consecuencia, se anula la sentencia de veintinueve de agosto de dos mil quince,



escrita a fs. 2 y ss. de estos antecedentes, en la causa 1401238957-5, RIT N° 266-2015, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, por lo que se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, quien estuvo por rechazar el recurso, incluso por la causal del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, invocada en forma subsidiaria y que la mayoría ha acogido, porque el estudio de los antecedentes de que se trata –hecho en la perspectiva propia de la nulidad de fondo– no le permite adquirir convicción que esté acreditada suficientemente la concurrencia, en el caso de autos, de elementos de hecho que pudieran autorizar la excepcional eximición punitiva de las sanciones contempladas en la ley N° 20.000 para el cultivo o plantación de especies del tipo cannabis.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

Rol N° 15920-2015.

## II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, a once de noviembre de dos mil quince.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385

del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

De la sentencia de veintinueve de agosto de dos mil quince pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de La Serena, se mantiene su parte expositiva y sus considerandos 1° a 8°, eliminándose todo lo demás, y de la sentencia de nulidad se reproducen los motivos 4° y 8° a 16.

Y considerando:

1°) Que aun cuando se ha demostrado que la acusada Jendery Karina Agullo Escobar, careciendo de la debida autorización, poseía especies vegetales vivas del género cannabis, no se acreditó que tales acciones tengan por objeto realizar alguna de las restantes conductas que la ley N° 20.000 proscribía por ser lesivas del bien jurídico protegido por ella.

2°) Que de ese modo dado que no se demostró que la tenencia de la droga tuviera como destinatario una persona diversa de aquella a la que se imputan los actos reprochados, encontrándose justificado en estos autos sólo la mantención de plantas vivas de la especie cannabis, y al no incluirse en la acusación ni establecer como cierto en el fallo ninguno de los supuestos que el tipo penal materia de los cargos considera, ni otro cualquiera de la misma ley, no es dable su castigo.

3°) Que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado



una participación culpable y penada por la ley.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 14, 15 y 16 del Código Penal; 8º y 50 de la ley N° 20.000; 48, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

I. Se absuelve a Jendery Karina Aguillo Escobar de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Público de ser autora del delito de cultivo de especies del género cannabis, previsto y sancionado en el artículo 8º de la ley N° 20.000.

II. Se exime del pago de las costas al Ministerio Público por estimar que

tuvo razones plausibles para someter a enjuiciamiento a la acusada.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, quien estuvo por mantener la sentencia condenatoria dictada en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

Rol N° 15290-2015.