

## 5. DERECHO PENAL - CORTE SUPREMA

### CULTIVO DE CANNABIS

I. EVITACIÓN DE PELIGROS CONCRETOS Y LESIONES ES EL MOTIVO DEL LEGISLADOR Y NO UN REQUISITO DEL TIPO. LEGISLADOR SÓLO PUEDE CASTIGAR CONDUCTAS QUE LESIONAN O PONEN EN PELIGRO BIENES JURÍDICOS. PRINCIPIO DE LESIVIDAD CONSTITUYE UNO DE LOS LÍMITES DEL IUS PUNIENDI ESTATAL. II. PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD CONSTITUYE UNO DE LOS LÍMITES DEL IUS PUNIENDI ESTATAL. III. ARTÍCULO 50 DE LA LEY DE DROGAS RECOGE LAS SITUACIONES EN QUE NO SE PONE EN RIESGO LA SALUD PÚBLICA. AUSENCIA DE PELIGRO PUEDE PRESENTARSE INCLUSO CUANDO TALES CONDUCTAS PERMITEN ACCEDER A LA DROGA A MÁS DE UNA PERSONA. IV. SIEMBRA, CULTIVO Y CONSUMO POSTERIOR DE CANNABIS EN MERCADO DENTRO DE LAS ACTIVIDADES Y POSTULADOS DE UNA ORGANIZACIÓN. MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN QUE SE PROVEEN A SÍ MISMOS DE CANNABIS PARA SU CONSUMO.

### 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° en relación al artículo 1° 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: *4949-2015, de 4 de junio de 2015*

PARTES: *Ministerio Público con Paulina González Céspedes*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R.*

### DOCTRINA

- 1. Si bien se ha querido catalogar el tráfico de drogas como un delito de peligro abstracto, 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. 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.*

*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 inculpada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 8° en relación al artículo 50 de la Ley de Drogas. 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. 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 (considerando 5° de la sentencia de nulidad)*

- II. *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. En ese entendido, dado que el daño social que el legislador tenía en vista al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estu-*

pefacientes 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 de Drogas–, 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 precitada–, 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 (considerando 7º de la sentencia de nulidad).

- III. Los sentenciadores, al señalar que la ley excluye de sanción sólo el “consumo individual” y no así el “consumo compartido”, entienden que la expresión “uso o consumo personal exclusivo” no abarca los casos en que la sustancia obtenida de la planta de cannabis esté destinada al consumo de más de una persona, cualesquiera sean éstas y con absoluta prescindencia de su participación en los actos previos de siembra, plantación, cultivo y cosecha de la planta. Tal conclusión debe ser desestimada por no pocas razones. Por lo tanto, dado que el artículo 50 de la Ley de Drogas recoge justamente las situaciones en que a juicio del legislador no se pone en riesgo la salud pública y que esa ausencia de peligro puede presentarse incluso respecto en aquellas conductas que permiten acceder a la droga a más de un individuo, cabe concluir que el uso o consumo “personal exclusivo” a que alude el artículo 8º al remitirse al artículo 50 puede ser llevado a cabo por más de una persona, si un estudio global de los hechos informado por las restricciones que se derivan de la consideración del bien jurídico tutelado y del principio de lesividad, permite excluir totalmente el riesgo de difusión de la sustancia. Por último, lo razonado por los jueces del grado ni siquiera se aviene a la política criminal prohibitiva que hay detrás de la legislación especial en estudio, pues lo que aquellos postulan conllevaría, por ejemplo, que una pareja o grupo de personas que habitan en un mismo domicilio sólo podrán evitar la sanción

*penal prevista en el artículo 8° si, en vez de sembrar y cultivar en conjunto una sola planta de cannabis sativa y compartir su producto, cada uno de ellos siembra y cultiva su propia planta –multiplicándose según el número de habitantes la cantidad total de plantas y de droga que podría obtenerse de las mismas– única forma de justificar frente a una eventual persecución penal que el destino de la droga que se obtendría de cada planta sería el consumo individual o “singular” de su respectivo dueño (considerando 8° de la sentencia de nulidad).*

- IV. *Estableciendo el fallo que tanto la siembra y cultivo de las plantas de cannabis sativa como su consumo posterior se enmarca dentro de las actividades y postulados de una organización, donde las acciones de autocultivo eran conocidas y aceptadas por todos sus miembros como medio para proveerse de la droga que ellos mismos utilizarían en sus rituales, cabe concluir que la acusada sólo es parte de una actividad mancomunada de un determinado grupo de personas para obtener droga de las plantas que ellos mismos cultivan con el objeto de ocuparlas en su propio consumo, en otras palabras, la acusada no facilita ni provee a los miembros de la organización de cannabis sativa para su consumo, sino los miembros de ella –organización de la que forma parte la acusada– se proveen a sí mismos de cannabis sativa para su consumo. En razón de lo anterior, no obstante que la acusada “mantenía sembradas” plantas de cannabis sativa sin contar con la autorización del SAG a que alude el artículo 9° de la Ley de Drogas, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del artículo 8° inciso 1° de la Ley mencionada, como esta misma disposición prescribe, “sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”, sin embargo, no acreditándose que se haya concretado por la acusada el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, el consumo concertado de las drogas en un lugar o recinto privado –que por lo demás, no fue objeto de la acusación–, tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50 (considerando 14° de la sentencia de nulidad).*

*Cita online: CI/JUR/3161/2015*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 8°, 9°, 20 y 50 Ley N° 20.000.*

## I. SENTENCIA DE NULIDAD

Santiago, a cuatro de junio de dos mil quince.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1300243332-4, RIT N° 14-2015, se dictó sentencia por el Tribunal del Juicio Oral en Lo

Penal de San Bernardo el veintiocho de marzo del año en curso, por la que se condenó a PAULINA PATRICIA GONZÁLEZ CÉSPEDES por su responsabilidad como autora del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis, previsto y sancionado

en el artículo 8° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, por los hechos acaecidos con fecha 8 de marzo de 2013 en la comuna de Paine, a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo, accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y a la pena pecuniaria de multa de un tercio de unidad tributaria mensual a beneficio fiscal. Dicho fallo, además, 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 fs. 21, el que fue admitido a tramitación por resolución de fs. 81, fijándose a fs. 82 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento. A fs. 93 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°, incisos 1° y 4°, 5°, inciso 2°, y 19 N°s. 1, 3, 4, 6 y 12 de la Constitución Política de la República, 18, 19, 26 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 15 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 1, 2, 12 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, enunciando como vulnerados los derechos a debido proceso, dignidad, libertad y autonomía personal, intimidad, libertad de creencia y de opinión, a la máxima realización espiritual, expresión, educación,

al respeto a la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora, y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

Explica el recurso que en el juicio la defensa sostuvo la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, obrar en ejercicio legítimo de un derecho, dado que la acusada realiza junto a su equipo de trabajo una labor de investigación en salud pública, amparada en normas constitucionales, tratados internacionales, normativa interna y, además, en el ejercicio de la libertad de conciencia y de culto, todo lo cual fue desestimado en la sentencia impugnada por la ausencia de autorización administrativa del Servicio Agrícola Ganadero, SAG, pasando por alto los jueces que por sobre esta exigencia prevalece la autorización implícita y superior que supone el ejercicio de los derechos fundamentales antes referidos.

Agrega que en el juicio se incorporaron una serie de elementos probatorios en virtud de los cuales quedó establecido que la conducta realizada por la acusada, en su calidad de psicóloga de un equipo de trabajo, tenía fines terapéuticos, científicos e investigativos. Triagrama, de la que también forma parte un psiquiatra y otros profesionales es una entidad que trabaja desde hace muchos años en salud pública, específicamente en materia de adicciones y expansión de la percepción.

Dado lo anterior, sostiene el recurso, no resulta procedente la aplicación del artículo 8° de la Ley N° 20.000, por las siguientes razones:

1) Porque el caso sub lite no está vinculado a un acto preparatorio del comercio ilícito de estupefacientes, como lo es el cultivo que considera ilícito la norma recién citada;

2) La mera invocación de intereses colectivos, como lo hizo el tribunal para justificar la limitación del ejercicio de derechos y libertades en virtud del artículo 10 N° 10 del Código Penal, puede esconder una utilización arbitraria de esos conceptos por el Estado. Así, en este caso se demostró que se incautaron siete plantas de cannabis desde una casa habitación destinadas al consumo colectivo de los integrantes del equipo Triagrama en un espacio cerrado; descartándose, además, la intención de difusión o comercialización de la planta, circunstancias por las que nunca estuvo en riesgo la salud pública, el orden público o el bien común. De lo anterior se puede inferir que el tribunal utilizó sin fundamentos estas limitaciones, sirviéndose de la salud pública como un medio para suprimir derechos garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución, o para desnaturalizarlos o privarlos de contenido;

3) A diferencia de lo expuesto en el fallo nunca hubo riesgo, ni siquiera futuro para la salud individual de terceros, atendido que la droga no estaba destinada al tráfico ilícito;

4) Al no concurrir las limitaciones aducidas por el tribunal, sólo queda el argumento de legalidad, pero éste conlleva una incorrecta aplicación del artículo 8° de la Ley N° 20.000, porque en este caso el cultivo estaba destinado

al consumo personal colectivo, conducta que constituye una falta y no un delito, que no causa daño a terceros ni lesiona efectiva o potencialmente a la salud pública y que, por tanto, no puede considerarse como ejercicio ilegítimo de un derecho;

5) Atendidos los hechos asentados en el fallo cabe concluir que con el cultivo de las plantas que le fueron incautadas en su domicilio, la acusada estaba ejerciendo en forma legítima sus derechos, concurriendo a su respecto la eximente del artículo 10 N° 10 del Código Penal.

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 de la causal de nulidad antes expuesta, en el recurso se invoca la de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal por errónea aplicación de los artículos 1°, incisos 4° y 5°, y 19 de la Constitución Política de la República, 7°, 8°, 9° y 10 N° 10 del Código Penal, 8 y 50 de la Ley N° 20.000, 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 15 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Expresa que la referencia al consumo personal que efectúa el artículo 8° de la Ley N° 20.000 al remitirse al artículo 50 del mismo texto no puede entenderse limitada al consumo individual, la que debe también considerarse relativa al consumo personal colectivo concertado, ya que el aludido artículo 50 que la previene no efectúa tal distinción y porque,

además, el consumo concertado no es más que un consumo personal colectivo.

De este modo, dado que las faltas se castigan sólo cuando han sido consumadas, y que en el caso sub lite el cultivo imputado es una etapa anterior al consumo final y concertado que se encuadra en la falta del artículo 50 de la Ley N° 20.000, cabe concluir que los hechos reprochados a la acusada son atípicos.

En virtud de esta causal se solicita invalidar únicamente la sentencia pronunciada y dictar la de reemplazo que absuelva a la acusada.

*Tercero:* Que también de manera subsidiaria, se arguye la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal por errónea aplicación de los artículos 10 N° 10 del Código Penal, 1, inciso 4°, de la Constitución Política de la República, 18, 19 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 15.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 1, 2, 12 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Manifiesta que con los hechos probados en el juicio se configura la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, ya que por sobre la autorización administrativa del SAG, la acusada se encuentra amparada por la autorización superior en rango del inciso 4° del artículo 1° de la Constitución, así como por la que está implícita en el reconocimiento de los derechos y garantías ya enunciados y desarrollados en la causal principal del recurso.

Solicita por esta causal que se invalide sólo la sentencia impugnada y se

dicte la de reemplazo que absuelva a la acusada.

*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 calificarse los hechos, cuya aplicación habría llevado a estimar que la conducta atribuida a la acusada no es antijurídica por concurrir una causal legal de justificación en favor de ésta, faltando de ese modo 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, entonces, que las referidas normas que contienen las garantías y derechos se invocan como elementos de interpretación que habrían de incidir y determinar los alcances de la causal de justificación mencionada, y, en definitiva, de la conducta prohibida en el citado artículo 8°, 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 segunda causal subsidiaria afincada en la mencionada letra b).

De allí que, con ocasión del estudio de la segunda causal subsidiaria de nulidad, 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, al no

aplicar la causal de justificación argüida por la defensa.

*Quinto:* Que para la adecuada resolución de la primera causal subsidiaria invocada en el arbitrio asilado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por medio de la que se propone que la referencia al consumo personal que efectúa el artículo 8° de la Ley N° 20.000 al remitirse al artículo 50 del mismo texto comprende también el consumo personal colectivo concertado, 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 —tam-

bién en el ámbito del enjuiciamiento— a establecer la real dañosa social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 8° en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000.

Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “*praesumptio juris et de jure*” de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff-Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3, inciso 7°, de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. 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-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. Conforme a esta variante, que configura ciertos delitos de peligro como delitos de “peligro hipotético”, se puede decir que no se dará la tipicidad del delito de tráfico de drogas en aquellos casos

en los que el peligro que caracteriza la acción de este delito quede totalmente excluido porque falta la posibilidad del resultado de peligro (Muñoz-Soto, El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Nº 7, 2001, p. 61).

*Sexto:* 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 8º de la Ley Nº 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 o germinal 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 8º los casos en que se justifique que la droga se destinará al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del autor.

*Séptimo:* 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 (en términos similares, Politoff-Matus, cit., pp. 14, 15, 18 y 19).

*Octavo:* Que a la luz de las reflexiones anteriores cabe ahora centrarse en dilucidar el sentido de la oración “uso o consumo personal exclusivo” a que condiciona el artículo 8º de la Ley N° 20.000 la sanción de las conductas que ésta norma tipifica conforme al artículo 50 del mismo texto.

Los sentenciadores, como se desprende de lo expuesto en el motivo noveno del fallo impugnado, en el que se indica que la ley excluye de sanción sólo el “consumo individual” y no así el “consumo compartido”, entienden que

la expresión “uso o consumo personal exclusivo” no abarca los casos en que la sustancia obtenida de la planta de cannabis esté destinada al consumo de más de una persona, cualesquiera sean éstas y con absoluta prescindencia de su participación en los actos previos de siembra, plantación, cultivo y cosecha de la planta. Tal conclusión debe ser desestimada por no pocas razones.

En un primer orden, la mera atención a la estructura gramatical del artículo 8º es insuficiente para dilucidar este asunto, pues este precepto, como la mayoría de los tipos penales, está redactado en base a la conducta de un autor individual, y así comienza expresando “El que, sin la competente autorización”, para luego, de manera concordante señalar “a menos que [Él] justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”. Pero como resulta sabido, esta técnica legislativa no excluye la coautoría ni la participación en un delito, a menos que la naturaleza de éste no la permita –lo cual no ocurre en el caso de autos–. Por ende, los actos de siembra, plantación, cultivo o cosecha de las plantas realizados por dos o más personas mancomunada o concertadamente, aun cuando no todos ellos ejecuten alguno de esos actos de manera directa o inmediata, no serán sancionados conforme al artículo 8º sino según el artículo 50, en su caso, si justifican que la droga que obtendrían de esas plantas está destinada a su propio uso o consumo.

En un segundo aspecto, un análisis semántico tampoco abona la tesis de

los juzgadores, pues la expresión “personal exclusivo” en el contexto de una disposición que admite la coautoría y la participación, como lo es el artículo 8° en comento, no supone necesariamente que el uso o consumo de la sustancia obtenida de la planta deba ser realizado por un solo individuo, sino nada más que debe efectuarse única y exclusivamente por la o las mismas personas que sembraron, plantaron cultivaron o cosecharon la planta que la produce, excluyéndose entonces su uso o consumo por terceros o extraños ajenos a dichas acciones.

En tercer lugar, el artículo 8° respecto de quienes justifiquen que la droga obtenida de la planta será destinada a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo dispone que “sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”, sin excluir expresamente la aplicación del inciso 4° del aludido artículo 50, el que sanciona a “quienes consuman dichas drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito”, y sin que tampoco, como ya se dijo, la misma estructura gramatical del artículo 8° ni el análisis semántico de la expresión “personal exclusivo” permita considerarlo implícitamente excluido. Es decir, si dos o más personas son sorprendidas sembrando, plantando, cultivando o cosechando la planta productora de cannabis, no serán sancionadas según el artículo 8° sino conforme al artículo 50 de la misma ley, en su caso, si justifican –en el supuesto que ahora interesa– que han convenido destinar la droga que se obtendrá de esa planta al consumo

próximo y en un lugar o recinto privado, de esas mismas personas y no de otras.

Por otro lado, lo que se viene discutiendo es armónico con una interpretación teleológica del artículo 8° de la Ley N° 20.000, pues la afectación del bien jurídico salud pública no puede dilucidarse en base a un simple y mecánico criterio disyuntivo de unidad o pluralidad, que lleve a postular –como lo hace implícitamente la sentencia revisada– que si la acción del agente permite acceder a la droga sólo a una persona –entonces, el mismo agente– no se hace peligrar el bien jurídico, pero si le permite el acceso a dos sí se pone en riesgo. En el examen en referencia debe observarse más bien si la conducta dubitada puede generar, incrementar o al menos potenciar el riesgo de difusión o propagación incontrolada de la droga o del tráfico de drogas en la comunidad o colectividad, lo que supone una cierta aptitud o posibilidad de que la conducta contribuya a la propagación, puesta a disposición o facilitación más o menos generalizada de alguna de las sustancias traficadas entre un número indeterminado de consumidores finales, efecto o resultado que puede presentarse ya sea con un acto singular de venta de una dosis de droga a un único adicto o menor de edad, o por el contrario, puede estar ausente en el consumo privado de droga por varias personas que concertadamente se han proveído de la misma.

Por lo tanto, dado que el artículo 50 recoge justamente las situaciones en que a juicio del legislador no se pone en riesgo la salud pública y que, como ha sido dicho, esa ausencia de peligro

puede presentarse incluso respecto en aquellas conductas que permiten acceder a la droga a más de un individuo, cabe concluir que el uso o consumo “personal exclusivo” a que alude el artículo 8° al remitirse al artículo 50 puede ser llevado a cabo por más de una persona, si un estudio global de los hechos informado por las restricciones que se derivan de la consideración del bien jurídico tutelado y del principio de lesividad, permite excluir totalmente el riesgo de difusión de la sustancia.

Por último, lo razonado por los jueces del grado ni siquiera se aviene a la política-criminal prohibitiva que hay detrás de la legislación especial en estudio, pues lo que aquellos postulan conllevaría, por ejemplo, que una pareja o grupo de personas que habitan en un mismo domicilio sólo podrán evitar la sanción penal prevista en el artículo 8° si, en vez de sembrar y cultivar en conjunto una sola planta de cannabis sativa y compartir su producto, cada uno de ellos siembra y cultiva su propia planta –multiplicándose según el número de habitantes la cantidad total de plantas y de droga que podría obtenerse de las mismas– única forma de justificar frente a una eventual persecución penal que el destino de la droga que se obtendría de cada planta sería el consumo individual o “singular” de su respectivo dueño.

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

a) “el día 8 de marzo del año 2013, en horas de la tarde, personal policial

concurrió al domicilio ubicado en Enseñada de Águila lote A-15 de la comuna de Paine, y autorizado por una orden de entrada, registro e incautación emanada del Tribunal de Garantía de San Bernardo para este domicilio, verificó que en el interior de este inmueble Paulina Patricia González Céspedes mantenía sembrada, siete plantas de cannabis sativa con alturas oscilante entre 1,50 metros a 2, 10 y 45 gramos de marihuana seca a granel, sin contar con la autorización para ello” (cons. 10°);

b) el consumo de cannabis por parte de la acusada tenía por objeto un uso “en un ejercicio colectivo o grupal de carácter ritual en que participa la acusada, en el marco de un proyecto de vida desarrollado al interior de la institución Triagrama del que forma parte, del cual es cofundadora y que es guiado por la acusada junto a otras dos personas que entre sus actividades se consagran de manera mística a la especie vegetal señalada, y que acorde a las convicciones colectivas que mantienen como agrupación, permitirían la evolución del ser humano y por ende de quienes participan en tales prácticas, objetivo al que se tiende mediante el desarrollo espiritual de cada persona y la ampliación de conciencia sobre mayores aspectos de la realidad, cuestión que es precisamente potenciada con el uso de cannabis, conforme aprendizajes que han ido descubriendo de diversos referentes que usan dichas técnicas en que se sirven de plantas enteógenas o psicoactivas así como otras prácticas dirigidas al mismo objetivo, tales como danzas, ejercicios corporales, meditación, contemplación y silencio” (cons. 7°).

*Décimo:* Que sigue entonces revisar si en la especie concurren los presupuestos de la parte final del inciso 1° 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 examen 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 para su uso o consumo, o como una actividad concertada de un grupo de personas para sembrar y cultivar esas plantas y utilizar la droga de ellas obtenida en el uso y consumo de los mismos integrantes del grupo.

Al respecto, en su considerando 10° la sentencia examinada sólo establece que la acusada en el domicilio ubicado en Ensenada de Águila lote A-15 de la comuna de Paine “mantenía sembrada, siete plantas de cannabis sativa con alturas oscilante entre 1,50 metros a 2, 10 y 45 gramos de marihuana seca a granel, sin contar con la autorización para ello”, pero sin establecer que dicha actividad era realizada de manera aislada o solitaria por la acusada, excluyendo de ella la participación, colaboración o

conocimiento de quienes posteriormente la usarían “en un ejercicio colectivo o grupal de carácter ritual en que participa la acusada” (cons. 7°). Muy por el contrario, la sentencia sienta hechos que permiten calificar la siembra y cultivo de plantas de cannabis sativa de este caso como una actividad imputable a un colectivo de personas que conforman la agrupación Triagrama, realizada con el objeto de ser consumida por sus mismos integrantes. En efecto, en el considerando 7° se establece que el consumo de cannabis se concreta en el marco de un “proyecto de vida desarrollado al interior de la institución Triagrama” del que “forma parte” la acusada y entre cuyas actividades “se consagran de manera mística a la especie vegetal señalada”. Asimismo, en el basamento 8° refiere que “la acusada se encuentra formando parte de un colectivo tendiente al incumplimiento de una política de control social”, agregando que la salud pública de la sociedad se ve mermada por “la desobediencia colectiva en que se ha materializado la libertad de conciencia de la acusada y la agrupación Triagrama en relación al consumo de sustancias psicoactivas”, a lo que cabe agregar que en el mismo razonamiento expresa que “la institución Triagrama” ha participado en la formulación de un proyecto de ley presentado al congreso que tiende a la regulación del “consumo y autocultivo para fines medicinales, recreativos y espirituales”.

De esa forma, aun cuando la sentencia no atribuye a la acusada un acto concreto de siembra, si se entiende como tal “Arrojar y esparcir las semillas en

la tierra preparada para este fin”, sino “mantener sembradas” las plantas, lo relevante es que los hechos y circunstancias que fijan los propios recorridos no permiten calificar esa actividad como heterónoma respecto de los demás integrantes de la agrupación Triagrama que posteriormente usarían la sustancia en sus actos rituales, sino como una actividad acordada y aceptada, explícita o implícitamente por los demás miembros del colectivo, pues es el medio que de consuno han previsto o consentido –e incluso promovido públicamente– para obtener la cannabis que luego utilizarán en sus rituales.

*Undécimo:* Que en cuanto al carácter “personal exclusivo” del consumo que realizarán los miembros de la agrupación Triagrama de la droga que al interior de la misma se produce, cabe remitirse a las reflexiones ya desarrolladas en el motivo octavo ut supra, esto es, que la frase “uso o consumo personal exclusivo” a que condiciona el artículo 8° de la Ley N° 20.000 el reenvío al artículo 50 del mismo texto no excluye los casos en que la droga que se obtendría de las plantas esté destinada al uso o consumo de más de una persona si éstas son las mismas a quienes puede imputarse la siembra, plantación, cultivo o cosecha de las plantas. Nada más cabe insistir en que la tesis de los recorridos importa una restricción a la aplicación del artículo 50 únicamente a autores solitarios de las conductas que tipifica el artículo 8°, lo que una correcta interpretación de dicho precepto no permite compartir, como ya fue explicado.

Cabe también anotar en esta parte que aun cuando la sentencia declara en su motivo 8° que los rituales grupales eran desarrollados “por un número variable de personas que compartirían dicha creencia y al que se han ido incorporando individuos con el transcurso del tiempo”, tal circunstancia –la adición o sustitución de los miembros de la agrupación–, no resulta suficiente para alterar lo que antes se ha concluido, pues la naturaleza de las acciones que incluye el artículo 8° de la Ley N° 20.000, esto es, la siembra, plantación, cultivo y cosecha de la planta, denota una actividad más o menos prolongada en el tiempo, un proceso, al cual pueden adherir los nuevos miembros en cualquiera de sus etapas –de manera similar a los denominados delitos de emprendimiento o empresa–, aceptando con ello el conjunto de esas acciones previas como propias, pues estaban encaminadas a producir la droga de que se servirían en sus rituales.

*Duodécimo:* 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 por tratarse de un “consumo compartido”, sin embargo los hechos que fija el mismo dictamen, esto es, el cultivo de “siete plantas de cannabis sativa con alturas oscilante entre 1,50 metros a 2”, permiten calificar el consumo que se realizaría de la droga obtenida de esas plantas como uno “próximo en el tiempo”.

*Decimotercero:* Que, por último, analizado este asunto desde la óptica del riesgo que para el bien jurídico tutelado importan las acciones atribuidas a la acusada, si bien el dictamen en revisión señala que la agrupación Triagrama no corresponde un grupo hermético sino que a ésta se han incorporado nuevos miembros, cabe resaltar que el fallo no fija, ni siquiera aproximadamente, el número total de sus integrantes ni de los que participaban en los rituales a la época de los hechos materia de la acusación –nada más indica en su consideración séptima que Triagrama “es guiado por la acusada junto a otras dos personas”–, por lo que no se ha asentado que se trate de un número elevado o al menos relevante de individuos. Asimismo, el fallo no refiere que se trate de un grupo fungible de personas en el que el ingreso a Triagrama sea indiscriminado y abierto para sujetos de cualquier edad, o que se pueda consumir la droga obtenida de las plantas fuera del contexto de los rituales celebrados, al contrario, expresamente da por sentado que los rituales grupales eran desarrollados por “personas que compartirían dicha creencia” (cons. 8º) y que el consumo al que se destina la cannabis se realiza “siempre en un recinto privado, de manera organizada y disciplinada” (cons. 14º).

Tampoco da por verdadero la sentencia que para la incorporación a la agrupación, y especialmente para poder acceder al consumo de la cannabis, se exigiera alguna prestación económica o de otra naturaleza; al respecto, en el motivo décimo cuarto del fallo se expresa que la acusada “vive en una zona rural

manteniendo una vida austera principalmente dedicada al desarrollo espiritual”.

Finalmente, aunque ya fue anotado, sólo se atribuye a la acusada haber “mantenido sembradas” siete plantas de cannabis sativa con alturas entre 1,50 a 2 metros, sin que los sentenciadores concluyeran que en esas condiciones se pueda obtener una cantidad trascendente de la sustancia que permita satisfacer el consumo de un conjunto elevado de personas y por un extenso período de tiempo.

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 González Galdames haya tenido siquiera la posibilidad de constituir un riesgo para la salud pública que se protege en el artículo 8º de la Ley N° 20.000.

*Decimocuarto:* Que en síntesis, estableciendo el fallo examinado que tanto la siembra y cultivo de las plantas de cannabis sativa como su consumo posterior se enmarca dentro de las actividades y postulados de la organización Triagrama, donde las acciones de autocultivo eran conocidas y aceptadas por todos sus miembros como medio para proveerse de la droga que ellos mismos utilizarían en sus rituales, cabe concluir que la acusada González Céspedes sólo es parte de una actividad mancomunada de un determinado grupo de personas para obtener droga de las plantas que ellos mismos cultivan con el objeto de ocuparlas en su propio consumo, en otras palabras, la acusada no facilita ni provee a los miembros de Triagrama de cannabis sativa para su consumo,

sino que los miembros de Triagrama –organización de la que forma parte la acusada– se proveen a sí mismos de cannabis sativa para su consumo.

En razón de lo anterior, no obstante que la acusada “mantenía sembradas” plantas de cannabis sativa sin contar con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero a que alude el artículo 9° de la ley N° 20.000, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del inciso 1° del artículo 8° de la Ley N° 20.000, como esta misma disposición prescribe, “sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes”, sin embargo, no acreditándose que se haya concretado por la acusada el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, el consumo concertado de las drogas en un lugar o recinto privado –que por lo demás, no fue objeto de la acusación–, tampoco resulta aplicable al caso sub iudice el referido artículo 50.

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

Atendido lo resuelto, y de conformidad al artículo 384, inciso 2°, del Código Procesal Penal, no se emitirá pronunciamiento sobre la segunda causal subsidiaria fundada también en la letra b) del artículo 373 del mismo código.

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 Paulina Patricia González Céspedes y, en consecuencia, se anula la sentencia de veintiocho de marzo de dos mil quince, escrita a fs. 1 y ss. de estos antecedentes, en la causa RUC N° 1300243332-4, RIT N° 14-2015, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, por lo que se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Rol N° 4.949-2015.

## II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, a cuatro de junio 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 veintiocho de marzo de dos mil quince pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de San Bernardo, se mantiene su parte expositiva y sus considerandos 1° a 7°, 10°, 11° y 15°, eliminándose todo lo demás, y de la sentencia de nulidad se reproducen los motivos 5° a 14°.

Y considerando:

1° Que aun cuando se ha demostrado que la acusada Paulina González Céspedes, careciendo de la debida autorización, sembró y cultivó especies vegetales del género cannabis con el objeto de destinar la droga obtenida de ellas “en un ejercicio colectivo o grupal de carácter ritual”, también se acreditó que tales acciones de siembra y cultivo se insertan “en el marco de un proyecto de vida desarrollado al interior de la institución Triagrama del que forma parte”, por lo que la conducta de la acusada no puede ser calificada aisladamente de la de los destinatarios de la droga que se produciría con las plantas si, como ocurrió en la especie, la siembra y cultivo es parte de las actividades que todos los miembros de la agrupación aceptan como vía idónea para hacerse de la droga que utilizarán en sus actos rituales.

2° Que de ese modo, el uso o consumo que se haría de la droga debe calificarse como uno de carácter “personal exclusivo”, dado que esta expresión en el contexto del artículo 8° de la Ley N° 20.000 no supone necesariamente que el uso o consumo deba ser realizado por una sola persona, sino que el consumo debe ser efectuado única

y exclusivamente por aquel o aquellos a quienes se imputan los actos de sembrar, plantar, cultivar o cosechar las plantas que las produce, presupuesto que concurre en el caso sub judice como se ha mencionado.

3° Que encontrándose justificado en estos autos que la acusada, como integrante de la agrupación Triagrama, sembró y cultivó plantas de la especie cannabis que estaban destinadas al consumo personal exclusivo y próximo de los mismos miembros de la mencionada agrupación, de conformidad al artículo 8° de la Ley N° 20.000 debe aplicarse a los hechos fijados las disposiciones del artículo 50 del mismo cuerpo legal, y no incluyéndose en la acusación ni estableciéndose como cierto en el fallo ninguno de los supuestos que este último precepto sanciona como falta, esto es, el consumo, tenencia o porte de la cannabis obtenida de las referidas plantas en lugares públicos o abiertos al público, ni su consumo concertado en un lugar cerrado, tampoco es dable su castigo como en virtud de dicha disposición.

4° 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 1°, 2°, 14, 15 y 16 del Código Penal; 8° 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 Paulina Patricia González Céspedes 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 8° 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.

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., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Rol N° 4.949-2015.

DEL CONSUMO PERSONAL EXCLUSIVO Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO AL CONSUMO  
COLECTIVO EN LA NUEVA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LA CORTE SUPREMA

XIMENA MARCAZZOLO AWAD  
*Pontificia Universidad Católica de Chile*

El principio de lesividad en materia penal es fundamento del *ius puniendi* del Estado, erigiéndose al mismo tiempo como una garantía para los destinatarios de la norma penal en atención a que la punibilidad de la conducta dependerá de la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En la sentencia de la Corte Suprema que a continuación comentaremos se expresa este principio, el cual fundamenta la conclusión a la que se arriba, de la cual discrepamos como se explicará en lo sucesivo.

En la SCS de 4 de junio de 2015<sup>1</sup>, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia pronunciada por el TOP de San Bernardo de fecha 28 de marzo de 2015<sup>2</sup>, mediante la cual se condena a la imputada por el delito de cultivo de especies del género *cannabis*, contemplado en el artículo 8° de la ley N° 20.000<sup>3</sup>. El principal argumento esgrimido por la Corte Suprema se

<sup>1</sup> Causa Rol N° 4.949-2015.

<sup>2</sup> Causa Rit N° 14-2015.

<sup>3</sup> Este caso se vincula con el RIT N° 116-2012 y la SCS 1967-2012 dictada en conocimiento de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado Milton Flores, el cual obedece a que el TOP de San Bernardo condenó al mencionado médico psiquiatra por infracción al artículo 8° de la ley N° 20.000 y posteriormente la Corte Suprema anuló el fallo dando lugar a un nuevo juicio oral. La relación de dicho caso con el que es objeto del presente comentario emana de que los imputados de ambos casos forman parte de la organización Triagrama, que dentro de sus plan-

vincula con la infracción de ley en que habría incurrido el TOP al no haber interpretado que el consumo personal exclusivo y próximo, comprendería también el consumo personal colectivo. El haber acogido este argumento dio origen a que nuestro máximo tribunal dictase sentencia de reemplazo absolviendo a la imputada.

Para fundamentar la aludida conclusión, la Corte parte de una premisa ampliamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, esto es, que los delitos de tráfico de drogas y conexos protegen la salud pública, entendida como *“la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas”*<sup>4</sup>. Se trata entonces de un bien jurídico supraindividual al comprender la salud de los miembros de la comunidad<sup>5</sup>. Coherente con lo expuesto y conforme al principio de lesividad, la salud pública es puesta en peligro cuando existe un riesgo de difusión incontrolable de las sustancias ilícitas<sup>6</sup>.

Por su parte, La Corte en el considerando quinto, si bien reconoce que estamos en presencia de un delito de peligro, discrepa que sea abstracto. Para estos efectos, se funda en la circunstancia *“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”*, a continuación cita a Roxin en su obra sobre derecho penal parte general. Lo anterior es un reconocimiento por parte de la Corte Suprema en orden a que los delitos de tráfico ilícito de drogas son de peligro concreto. En todo caso, esta tendencia a indagar sobre la peligrosidad de la sustancia incautada en relación con el principio de lesividad, se venía manifestando en fallos anteriores, en los que el tema principalmente debatido dice relación con la pureza de la droga<sup>7</sup>.

---

teamientos promueve el uso de la *cannabis sativa* para la expansión de la mente. Adicionalmente, el origen del segundo caso tiene lugar durante el juicio oral seguido en contra del imputado Milton Flores, cuando la imputada reconoce que mantiene un cultivo de *cannabis sativa* en su domicilio.

<sup>4</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, (Santiago, 2004), p. 574.

<sup>5</sup> Miguel Ángel Núñez y Germán Guillén en este sentido señalan que si bien la salud pública comprende la salud individual, es independiente de ésta, dado que para estimar que el bien jurídico se encuentra afectado no es necesario constatar la afección negativa en la salud individual. En NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel y GUILLÉN LÓPEZ, Germán, Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal, en *Revista Penal*, N° 22- (2008) pp. 80-108.

<sup>6</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ G., María Cecilia, ob, cit. p. 574.

<sup>7</sup> A vía ejemplar las SCS Roles N°s. 4215-2012 de 25 de julio de 2012, 21.599-2014 de 1° de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril y 3707-2015 de 28 de abril, ambas de 2015, Rol N° 8071-15 de 30 de julio de 2015.

A nuestro entender los delitos de tráfico de drogas son de peligro abstracto por tratarse de conductas que se encuentran sancionadas debido al peligro que importan, de lo que se sigue que no es vinculante indagar por el peligro concreto al momento de juzgar dicho caso. Lo expresado no importa presunción del peligro pues justamente éste ha sido un factor para la criminalización de la conducta<sup>8</sup>. En el mismo sentido, Joshi quien afirma que se trata de un delito de peligro abstracto, donde el daño es posible o potencial, descartando que se trate de un peligro presunto o de mera desobediencia o formales<sup>9</sup>.

A continuación, en el considerando sexto, la Corte declara que respecto de la conducta contemplada en el artículo 8° del estatuto nacional de drogas, es todavía más necesario efectuar el examen sobre el posible resultado de peligro, por cuanto a través de esta figura se pretende evitar el riesgo que el producto del cultivo pueda ser facilitado a terceros para su uso o consumo. Se trata de una conducta que anticipa la barrera de punición del tráfico de drogas, lo cual justificaría que el legislador sancione con pena de falta los casos en que el producto del cultivo esté destinado al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Enseguida, la Corte Suprema en el considerando octavo concluye que es posible la coautoría y la participación respecto de la figura del artículo 8° en supuestos de cultivo realizados por más de un interviniente, donde no sería requisito que todos ejecuten materialmente la conducta y que también es posible en caso que la sustancia esté destinada al consumo personal, aplicar la norma sobre faltas del artículo 50 de la misma ley. Agrega que el cultivo puede imputarse a la actuación de un colectivo como es Triagrama. Finalmente, la Corte en el considerando decimocuarto concluye que no existe facilitación del consumo de *cannabis* puesto que el cultivo es común o colectivo y por ende los miembros de Triagrama se proveen a sí mismos dicha droga.

Discrepamos de la interpretación que realiza la Corte respecto del consumo colectivo ya que éste por definición se opone al consumo personal, de lo cual se sigue que en el evento de aplicarse las penas del artículo 50 aquello solo podría determinarse respecto de la imputada que ha sido sujeto del juicio, no siendo posible descartar el juicio de peligro de difusión de las sustancias en relación con los otros posibles intervinientes en el delitos, cuya identidad y participación concreta se desconoce y que además no fueron imputados en el caso, por lo que malamente puede afirmarse una supuesta autoría o participación en el cultivo.

---

<sup>8</sup> En este sentido se ha señalado que mientras en los delitos de peligro concreto la exigencia de éste emana del tipo, en los de peligro abstracto, la existencia del peligro es el motivo por el que se incorporó dicha conducta, pero no es parte integrante del tipo. En ESCRIBA GREGORI, José María, La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal, (Barcelona 1976), p. 69.

<sup>9</sup> JOSHI JUBERT, Ujala, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368, (Barcelona 1999), p. 42.

Con estos antecedentes no es dable descartar el peligro de difusión incontrolable de sustancias. En efecto, es lo contrario lo que queda en evidencia, esto es, que la sustancia cultivada estaba expresamente destinada a ser difundida entre un grupo de personas indeterminadas, las cuales iban a consumirlas. De esta forma, y aun cuando a nuestro juicio el delito es de peligro abstracto, en este caso se estableció concretamente el peligro de difusión de la *cannabis* entre un grupo indeterminado de personas, con lo que además queda de manifiesto la existencia de una promoción o facilitación de sustancias para ser consumidas.

A mayor abundamiento, discrepamos de la sentencia cuando expone que en este caso nos encontramos en la hipótesis que la droga está destinada a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, habida consideración que se demostró que estaba destinada a ser consumida por un colectivo compuesto por personas indeterminadas, pero además en el supuesto que se tratase de un consumo de tales características, debería haberse aplicado la pena contemplada en el artículo 50, que es lo que expresamente mandata el artículo 8° y no hacerse un reenvío a la falta de consumo e insistir en que se trata de un consumo colectivo o concertado en lugar privado que no se habría concretado. Lo anterior, porque es un hecho acreditado que existió cultivo, el cual puede ser sancionado con la pena del artículo 8° o con la pena del artículo 50, pero no transformar el cultivo-falta en falta de consumo o porte, la cual nunca podría concretarse porque los hechos de la falta-consumo-porte difieren de los que deben concurrir en el caso de la sanción del cultivo-falta. Esto se aprecia de la sola lectura del artículo 8° que hace aplicable la pena mas no el sustrato fáctico exigido por la falta de consumo<sup>10</sup>.

Debido al razonamiento aludido, la Corte Suprema acoge el recurso interpuesto a favor de la imputada y además dicta sentencia de reemplazo mediante la cual es absuelta, por estimar que el consumo es personal exclusivo debido a que en el contexto del artículo 8° no necesariamente el consumo debe realizarse por una sola persona, sino que por aquellas a quienes se les imputa el cultivo, siembra o cosecha. Por su parte, como se anticipó, la Corte en el considerando 3° no sanciona por la falta del artículo 50 porque “*el consumo, tenencia o porte de la cannabis obtenida de las referidas plantas en lugares públicos o abiertos al público, ni su consumo concertado en un lugar cerrado, tampoco es dable su castigo como en virtud de dicha disposición*”.

---

<sup>10</sup> El artículo 8° de la ley N° 20.000 en la parte pertinente establece: Artículo 8°.- *El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes.*” El destacado es nuestro.

De esta forma la Corte Suprema amplía el contenido del consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, al de consumo colectivo en caso de cultivos realizados de manera conjunta o por varias personas, lo cual no compartimos por las razones explicitadas.