

## *II. Derecho Penal (Parte Especial)*

### DELITO DE CULTIVO ILEGAL DE ESPECIES VEGETALES. CLUB CANNÁBICO

LORENA REBOLLEDO LATORRE\*  
*Fiscalía Nacional-Ministerio Público*

La Corte Suprema<sup>1</sup> rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un condenado por el delito de cultivo ilegal de especies vegetales del género cannabis. El comportamiento consistió en el cultivo sin autorización de 190 plantas de cannabis y la guarda de 15 kilos 309 gramos de la misma especie vegetal cosechada y distribuida en diversos contenedores.

Al efecto, se interpusieron tres causales de nulidad. En carácter de principal, la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal (“CPP”) relativa a la infracción sustancial, medularmente, de la garantía constitucional del debido proceso (art. 19 N° 3 de la Constitución chilena) en relación con las actuaciones autónomas de la policía, contenidas en el Código adjetivo. Adicionalmente, la defensa reclama una inobservancia a las instrucciones generales impartidas por el Fiscal Nacional respecto del tratamiento que debe otorgarse a las denuncias anónimas en delitos contemplados en la Ley N° 20.000.

Resolviendo esta primera causal de nulidad, la Corte Suprema declara, en relación con las actuaciones autónomas que la ley procesal penal confiere a las policías, que éstas tienen como límite la dirección y responsabilidad de la fiscalía o judicatura. Por consiguiente, conforme a los hechos establecidos por el tribunal del fondo, los funcionarios policiales, luego de recibir una denuncia anónima en relación con una plantación de cannabis en el domicilio del acusado, concurrieron al lugar y, ante la negativa de autorización voluntaria de entrada y registro, el fiscal solicitó una autorización judicial para tal efecto, ingresando el personal policial y hallando las especies vegetales referidas.

Manifiesta asimismo que las instrucciones que pueda impartir el Fiscal Nacional, según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, son de carácter general para el adecuado cumplimiento

---

\* Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

<sup>1</sup> En un supuesto fáctico similar, una sentencia anterior de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 24.02.20, rol N° 233-2020, declaró la atipicidad del comportamiento (Club Cannábico Greenlife).

de las tareas de dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, el ejercicio de la acción penal y la protección de víctimas y testigos, y en tal carácter no pueden entenderse como requisitos adicionales a aquellos establecidos por la Carta Fundamental y por el legislador procesal penal para la validez de los actos del procedimiento.

De esta manera, concluye declarando que los policías actuaron conforme a las facultades concedidas por la ley previa instrucción del fiscal y autorización del juez de garantía. De esta forma, los jueces orales que apreciaron la prueba proveniente de dichas actuaciones no conculcaron los derechos reseñados en el recurso.

En relación con el primer motivo subsidiario de nulidad, se invoca la causal contenida en el artículo 373 letra b) del CPP, alegándose que el cultivo representa una etapa imperfecta o anterior al consumo final, es decir, un acto preparatorio, realizado de forma privada en el contexto de un cultivo colectivo destinado al consumo privado y terapéutico, en este caso, de un grupo cerrado e individualizado de personas, miembros de una organización con personalidad jurídica sin fin de lucro denominada “Corporación Usuarios Medicinales de Cannabis Dispensario Nacional”; quedando descartada la posibilidad de una difusión incontrolada de droga a terceras personas indeterminadas.

El máximo tribunal rechazó asimismo esta causal, considerando lo siguiente: “[q]ue, conviene precisar que el hecho que tuvieron por acreditado los sentenciadores del fondo –inamovible para este Tribunal por la causal propuesta– estriba en que el cultivo de especies del género cannabis sativa por parte del acusado, pudo poner en peligro la salud pública ya que no es dable entender que era únicamente para su consumo próximo y personal, por su cantidad, su estado y la infraestructura armada, que excede con creces aquella para un consumo propio e inmediato; todo un invernadero habilitado para el cultivo, instalación de cuatro focos halógenos, cuatro ventiladores, cuatro termómetros y un turbo calefactor. Todo aquello, en conjunto, va más allá de aquello necesario para un consumo personal y próximo en el tiempo como se insinuó, por más que se pretenda uno de carácter personal y colectivo. Asimismo, establecieron que las cantidades incautadas excedieron con creces las de aquellas mencionadas en lo resuelto por este Tribunal en el ingreso N° 4.949-2015 –citado por la defensa– en sus alegatos de apertura y cierre. En efecto, en el fallo citado lo incautado versó sobre siete plantas de cannabis sativa y 45 gramos de marihuana seca a granel, frente a 190 plantas de cannabis sativa y más de 15 kilos de marihuana a granel, en este caso”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Considerando 13°.

Por último, se impetra como segunda causal de nulidad subsidiaria la descrita en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) del CPP; argumentándose una supuesta falta de ponderación y omisión respecto a uno de los testigos de cargo.

Sobre este último motivo de nulidad, la Corte Suprema al rechazar expresa esencialmente: “[q]ue, es necesario recordar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad”.

Luego de este resumen de la sentencia del máximo tribunal, haremos algunas consideraciones sobre el tipo penal del cultivo ilegal de cannabis, cuya conducta se adscribe al acusado, en el marco del funcionamiento de un club cannábico<sup>3</sup>.

La conducta desplegada, consistente en el cultivo y cosecha, sin la debida autorización de especies vegetales del género cannabis, 190 plantas y más de 15 kilogramos, se aleja de manera considerable –según lo valora el propio tribunal del fondo– de un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, dada la cantidad del objeto material acreditado, que desde luego permite construir la mentada figura penal sobre la posibilidad de difusión desmesurada de esta droga. De igual forma, entendemos que existe una consideración fáctica no recogida por el tribunal oral, que dice relación con esta difusión potencial del cannabis por tratarse de una agrupación abierta a cualquier persona que pueda presentar una receta médica, vale decir, se trata de una libre incorporación a un grupo cuyo objetivo es la entrega de esta droga bajo la validez de una prescripción médica. Huelga manifestar al respecto que bajo nuestra interpretación habría por consiguiente una doble posibilidad de ánimo de tráfico presente en este caso concreto. Por una parte, la cantidad de droga, que por sí misma permite inferir la difusión de ésta, como también, y aquí viene la segunda parte, la adhesión indeterminada a esta agrupación con el solo mérito de la presentación de una receta médica.

Sobre este último punto cabe considerar, la mirada científica, que importa tener presente dentro de la medida de peligro potencial del delito de cultivo ilegal, que el cannabis como especie vegetal –planta– no posee propiedades terapéuticas (pues no se trata de un fármaco). Y no podría ser de otro modo tal como ocurre, por ejemplo, con la especie vegetal *Papaver somniferum L.*

---

<sup>3</sup> Sobre la “Despenalización del consumo y auto cultivo de la marihuana (cannabis): MATUS, Jean Pierre. RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 3ª ed., actualizada. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch (2019), pp. 471-474. REBOLLEDO, Lorena. “Cultivo ilegal de especies vegetales como delito de tendencia (especial referencia a los clubes cannábicos)”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 78 (2020), pp. 58-65.

“amapola”; ésta no se usa directamente en el tratamiento del dolor como sí sucede con la morfina o codeína que corresponde a los productos farmacéuticos derivados de esta planta (alcaloides extraídos del Opio); de igual forma sucede con el cannabis, cuyos productos farmacéuticos estandarizados que, permiten entregar seguridad, calidad y eficacia, derivados de la planta, sí poseen un uso médico, como es el caso del medicamento importado Sativex o las recetas magistrales que desarrolla laboratorios Knop.

Es dable recalcar, un reciente estudio científico<sup>4</sup> que concluyó principalmente “que el cannabis que se cultiva de forma local (patios y balcones) y el que se comercializa, no posee concentraciones del principal compuesto terapéutico que se le atribuye (CBD); solamente posee altas concentraciones de componente psicoactivo (THC) y además puede contener CBN, sustancia de reconocido poder tóxico”.

Ahora bien, sobre la adhesión libre y sin control, en estas agrupaciones cannábicas, cabe agregar que el Tribunal Supremo español ha entregado parámetros que importan criterios orientadores para valorar la atipicidad de la conducta de cultivo compartido, en el contexto de estas asociaciones, a saber: primero, que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones; segundo, que la conducta no suponga la organización de un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar; o también cuando la economía del ente se limite a cubrir costos; tercero, reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros; cuarto, el carácter cerrado del círculo; quinto, sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza, más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva al consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su

---

<sup>4</sup> SENDA, Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol. “Estudio análisis químico del cannabis incautado en Chile”, en Observatorio Nacional de Drogas, (2021), pp. 1-10.

cuenta; sexto, ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; y, séptimo, la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como esta pueda considerarse absolutamente informado y por tanto libre).

Por consiguiente, entendemos que debe darse en el supuesto de hecho un preordenamiento de las acciones desplegadas en estas agrupaciones para hacerlas lícitas, especialmente, en países como el nuestro en el cual falta una regulación especial en materia de cultivo medicinal o recreativo, por ende, no existe un número determinado de personas (sin discriminación etaria) que puedan conformar estas asociaciones de modo autorizado como sucede con el caso español. En consecuencia, no puede quedar al arbitrio de las personas recibir drogas sin control, alegando como justificación la existencia de una inscripción en un club cannábico, a la cual se le une como prueba una receta médica que no es controlada por la autoridad en este punto y, con ello, pretender acceder a cantidades indiscriminadas de drogas.

## 1. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Tráfico ilícito de estupefacientes y cultivo de plantas del género cannabis. Se acreditan los elementos típicos del ilícito de cultivo en grado de tentado. Art. 18 de la Ley N° 20.000 es una norma reguladora de la pena.

### HECHOS

*Defensas de los sentenciados recurren de nulidad en contra de la sentencia definitiva del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que los condenó como autores de tráfico ilícito de estupefacientes y tenencia ilegal de arma de fuego y su munición. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza los recursos de nulidad interpuestos.*

#### ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Iquique.*

ROL: *473-2021, de 20 de diciembre de 2021.*

MINISTROS: *Sr. Pedro Güiza G., Sra. Mónica Olivares O. y Sr. Andrés Provoste V.*

## DOCTRINA

*En la calificación jurídica de tal conducta no ha existido error de derecho alguno, toda vez que las acciones realizadas por los acusados en orden a llevar a efecto la realización del ilícito de cultivo de plantas del género cannabis, previsto en el artículo 8 de la Ley N° 20.000, es posible encuadrarlas en los elementos típicos del ilícito señalado, el que se encontraba en desarrollo, pues se arrendó un inmueble para instalar un invernadero, se adquirió equipos e insumos, dando principio a la ejecución del delito por hechos directos, como fue la implementación del invernadero y un completo equipo e insumos para el cultivo de marihuana, pero faltaron uno o más para su complemento, pues no se sembró la semilla, por lo que el ilícito quedó inconcluso, y solo en grado de desarrollo de tentado. Así, la naturaleza y circunstancias en que se desarrollaron las acciones por los acusados en el inmueble situado en la comuna de Alto Hospicio, revelan indudablemente el propósito de llevar a cabo una empresa criminal, que dado el grado de ejecución de la misma corresponde a una tentativa. En cuanto a la aplicación del artículo 18 de la Ley N° 20.000, se trata de una norma reguladora de la pena, y por ende no es una disposición que haga variar el iter criminis de los delitos, tal como está definido en el artículo 7° del Código Penal, el cual reconoce el grado de desarrollo en que puede encontrarse la realización de un delito, disponiendo que de igual manera debe ser sancionado, al establecer los grados de desarrollo del delito y determinar que concurre responsabilidad penal, tanto del consumado, así como del frustrado y tentado. Esta disposición resulta relevante, pues no realiza regulación de pena, sino que determina la punibilidad de grado de desarrollo imperfectos de los delitos, siendo el artículo 52 del Código Penal el que dispone la aplicación de una regla de determinación de pena que rebaja en dos grados la pena a aplicar, norma esta última de carácter general, debiendo al respecto primar el artículo 18 de la Ley N° 20.000, que establece que no procede la rebaja en dos grados respecto de los delitos sancionados por este cuerpo legal por ser el delito tentado, la que debe ser aplicada con preferencia atendida su especialidad (considerando 19° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/89063/2021*

**NORMATIVA RELEVANTE CITADA:** *Artículos 373 del Código Procesal Penal; 7° y 52 del Código Penal; 1°, 3°, 8° y 18 de la Ley N° 20.000.*