

Fernando Mardones, Abogado Jefe de la Unidad de Corte de la Defensoría Penal Pública



SUPREMAZO SOBRE AUTOCULTIVO

A comienzos de junio, fuimos testigos de un “supremazo” en materia de justicia penal, la absolución del caso de Paulina González de Triagrama, lo que marca un precedente para el ministerio público y los tribunales Cortes en relación a todos los casos de autocultivo de cannabis. Fernando Mardones, Abogado de la Defensoría Penal Pública, y litigante en la causa, nos explica cómo se llega a este fallo y cuál es el mensaje que entrega la Corte Suprema a policías, fiscales y jueces sobre la aplicación de la ley 20.000.

Por Pedro Mendoza y Daniela Rodríguez

El día 8 de marzo de 2013, Paulina González, parte del equipo de Triagrama, declaraba en el juicio oral que se seguía en contra del Dr. Milton Flores y reconoció tener un cultivo de cannabis para consumo colectivo. El hecho implicó que ese mismo día la casa-sede de la agrupación ubicada en Aguila Sur, fuera allanada. En el lugar se incautaron 7 plantas entre 1,5 a 2 metros de altura y 55 gramos de marihuana seca a granel, iniciándose una investigación que culminó con una condena de 41 días de prisión en su grado máximo por el delito de cultivo ilícito de cannabis sativa, previsto en el artículo 8° de la ley 20.000. Pero Paulina y Triagrama lejos de quedarse de brazos cruzados y con el apoyo de la Unidad de Corte de la Defensoría Penal Pública (DPP), recurrieron de nulidad en contra del fallo ante la Corte Suprema. Representados por el jefe de la Unidad de Corte de la DPP Fernando Mardones, lograron algo inédito en la historia de la ley 20.000. La Segunda Sala Penal del máximo tribunal, por unanimidad, anulaba la sentencia y absolvía a Paulina debido a que se había aplicado

una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, aclarando que el cultivo personal de cannabis no requiere de permiso del SAG

¿Qué implicancias puede tener un fallo de esta naturaleza?

– Primero, que es un fallo dictado por el máximo tribunal del país, la Corte Suprema, por lo tanto es un precedente importante porque de alguna manera va a iluminar las decisiones que pueden tomar los tribunales de inferior jerarquía y los tribunales de garantía, orales y las cortes de apelaciones, en casos futuros que tengan características similares a esta. Por otro lado, se trata de una situación típica de autocultivo que no tiene características muy especiales. Si bien está rodeada de todo lo que significa Triagrama que es una institución que está integrada por profesionales de la salud que buscan incidir en procesos sociales y de políticas públicas y eso, de alguna manera, podría verse como un caso particular, pero no es especial en términos de autocultivo. Es lo mismo que le puede pasar a cualquier persona que tiene sus plantas en la

casa y que tiene elementos o pruebas suficientes para acreditarle al tribunal que esa plantación es para su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, y que por lo tanto su cultivo no está destinado para un tráfico.

A partir de este caso ¿Qué elementos de prueba pueden utilizar las defensas para acreditar que el cultivo es para consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo?

– Básicamente es la cantidad de plantas, y ahí hay matices porque hay personas que utilizan las plantas para obtener aceite, para aliviar los dolores o sufrimiento de una enfermedad que sea terminal y ahí las cantidades de cultivo son mayores. En general, todos los juicios penales se resuelven con pruebas, y las pruebas tienen que ser atingentes a la teoría que se plantea en el caso concreto. Si es autocultivo destinado al consumo próximo en el tiempo, obviamente tienen que incorporarse elementos que den cuenta que esa persona es consumidora de cannabis, que permitan descartar cualquier posibilidad de tráfico, de comercialización a terceros, es



"Entonces yo planto y llegan a mi casa y se acredita que mi plantación era para mi consumo personal y próximo en el tiempo pero no me pillaron fumando, con más personas, en mi casa, ese acto es absolutamente impune. Es más si se acredita esto, ese acto es completamente impune por el art. 50 porque ni siquiera sanciona el consumo personal en tu casa", comenta Mardones.

decir, que esa plantación está destinada para esa persona que planta, cultiva y obtiene una cosecha para ser consumida en un futuro que es próximo en el tiempo, porque tú podrías tener tres hectáreas de cannabis sativa plantada y alegar que es para un consumo próximo en el tiempo pero es muy difícil que te vayan a crear esa versión, pero es distinto si tú tienes una cantidad más o menos exigua de matas (como el proyecto de los diputados que propone 6 plantas), o el mismo caso de Paulina Gonzalez que tenía 7 plantas.

En síntesis, la cantidad de matas cultivadas, la condición del consumidor de cannabis, además otros elementos que pudiesen dar cuenta en el tribunal que se trata de una plantación destinada a un consumo personal, darían cuenta de un acto que no es punible.

– Además ahí hay otro punto, porque el artículo 8° que sanciona el cultivo de especies vegetales del género cannabis, sin autorización, señala en su parte final "salvo que esté destinado al consumo personal, exclusivo y próximo en el

tiempo." Y ahí dice que se aplicaran las sanciones del artículo 50 de la ley 20.000, que son las sanciones para el consumidor en determinadas circunstancias, porque en general el consumidor, no se le sanciona porque es una acción que no es punible en Chile. Pero, en determinadas circunstancias sí se le castiga al que esté consumiendo en lugares públicos. A ti te pueden sancionar por el artículo 8° aunque estés cultivando en la esfera privada, pero se pueda acreditar que ese cultivo estaba destinado para ser consumida en la vía pública o en un recinto privado previo concierto.

¿Por eso es que a Paulina ni siquiera se la sancionó por el artículo 50?

– Efectivamente. Paulina que no recibió sanción alguna porque la falta en nuestra legislación se castiga consumada, es decir, para que Paulina hubiese sido condenada, además de que los funcionarios policiales descubrieran la plantación, debieron haberla sorprendido consumiendo grupalmente en el momento de la incautación.

¿De manera concertada?

– De manera concertada y colectivamente con más personas.

Pero entonces ahí hay un matiz en el caso de Paulina porque el fallo dice que en el fondo como no los acusaron por eso y tampoco se acreditó en ninguna parte, no los podían sancionar, pero quedaría abierto para que en el futuro la misma conducta que se realiza en Triagrama, este consumo concertado, sea punible.

– Es que el consumo concertado es punible, como falta. Pero si ese cultivo que está concertado para un consumo que no se realiza, ese cultivo es impune. Porque es una falta que está en un estado primario, o sea, hay un principio de ejecución, y la falta en estado de principio de ejecución no son sancionadas en nuestra legislación, por lo tanto para que hubiese sido condenada Paulina, como decía antes, debió ser descubierta no solamente con las siete plantas, sino también en una sesión grupal justo en el momento de la incautación, fumando marihuana con los demás integrantes. Como eso no fue



parte de la acusación, no se acreditó, no fue objeto de prueba en el juicio, entonces la Corte Suprema terminó absolviendo.

Y en el caso de una hipotética asociación de usuarios de cannabis -que es un cultivo colectivo para un consumo privado ¿Siguiría siendo una falta?

– El fallo de la Corte Suprema es muy interesante, porque el artículo 8° establece que la persona será sancionada por cultivo ilegal, salvo que ese cultivo sea destinado para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Ese es un elemento negativo, que niega el tipo penal, que niega la sanción por un delito que tiene una pena de hasta 10 años. En este caso toda la prueba que se rindió por parte de la defensa y en general la que fue incorporada al juicio, daba cuenta que esa plantación estaba destinada no solo para el consumo de ella, sino para todo el conjunto de Triagrama. Por lo tanto se excluye, a efectos de eliminar el cultivo como delito, el caso del cultivo concertado. En primer lugar la corte dice que el tipo penal del artículo 8°, el cultivo y en general la cultura de cultivar, puede ser realizada no solo por una persona, la pueden desarrollar varias personas. En segundo lugar, cuando se hace una remisión al artículo 50 del artículo 8°, hace una remisión a todas las figuras del artículo 50, y entre ellas no solo está el consumo individual en un lugar público, sino también el consumo concertado y colectivo en un lugar privado que también es sancionado como falta. Por lo tanto hay otra razón de texto legal que te permite incorporar el cultivo concertado dentro de la excepción a la aplicación del artículo 8°.

Con respecto a la interpretación del artículo 8°, hay una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y otra de la Corte de Apelaciones de Chillán, en que estimaban que una vez que se acredita el cultivo para consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, siempre constituía un delito no contar con la autorización del

S.A.G, porque el art. 8° dice que se aplicarán las sanciones del art.50

– Esa es una interpretación errónea, porque el artículo 8° te remite a la figura del artículo 50 lo que literalmente, si uno interpreta gramaticalmente esa norma, no es que al que sorprendan plantando para un consumo próximo en el tiempo, será sancionado per se, inmediatamente por las sanciones que establecen el art. 50, sino que está diciendo que esa conducta que es de plantación personal próxima en el tiempo, debe someterse al sistema de faltas del art.50, y este debe a su vez regirse por el sistema de faltas general de nuestro sistema penal y la falta para ser condenada debe ser consumada. Una falta que es frustrada, tentada o incluso en acto de preparación, es impune. Entonces yo planto y llegan a mi casa, y se acredita que mi plantación era para mí consumo personal y próximo en el tiempo, pero no me pillaron fumando con más personas, en mi casa, ese acto es absolutamente impune. Es más si se acredita esto, ese acto es completamente impune por el art. 50 porque ni siquiera sanciona el consumo personal en tu casa.

¿Cómo afecta a la salud pública, que es el bien jurídico protegido por la Ley 20.000, un cultivo que hago en la intimidad de mi hogar?

– La Suprema da una connotación que es muy relevante para el tema del cultivo, para un consumo concertado futuro, porque también señala que cuando el cultivo lo hacen varias personas, determinadas, plenamente individualizadas, para consumir después a futuro, dice que no hay una afectación al bien jurídico, lo que se protege en casi todas las figuras de tráfico y también en la figura que son de actos preparatorios que se elevan a categorías de delitos autónomos, como la plantación o el cultivo de cannabis. Lo que protege el legislador en general es la salud colectiva, y ese bien jurídico en general, en derecho penal, se entiende como una especie de límite o barrera para el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. Es decir, los ciudadanos tene-

mos como una barrera de contención del poder punitivo, a los bienes jurídicos, por lo tanto no cualquier conducta puede ser sancionada como delito, solamente aquellas conductas que están afectando a bienes jurídicos. Toda figura penal tiene un bien jurídico que la fundamenta, en el caso de la ley 20.000 ese bien jurídico es la salud pública... debemos considerar que solamente el cultivo genera afectación a la salud pública cuando ese cannabis pueda difundirse incontroladamente a personas indeterminadas. Es decir, puede haber un segmento de la colectividad, que no son los que están cultivando, que pueden verse en definitiva como receptores finales de la droga, como consumidores afectados en su salud individual. En el caso de Paulina, lo que se logró determinar en el juicio es que habían tres o cuatro personas plenamente individualizadas, que eran los que estaban cultivando junto a Paulina, y que eran los que después consumirían esas drogas, por lo tanto no había una difusión incontrolada, no había una difusión hacia terceros no identificados.

Cómo se relaciona este fallo con aquellos casos en que amigos juntan plata para comprar en grupo y repartirlo después... ¿Es microtráfico?

– Es la misma situación, si están todos proveyéndose de droga, para después repartirla entre ellos y consumirla, ese acto anterior, que es el de proveerse la droga, es un acto atípico porque en definitiva es un acto preparatorio para una falta que se va a cometer a futuro. El tema es, que la afectación al bien jurídico, la salud pública, se da cuando la compra es para distribuir a sujetos no identificados, estoy vendiendo, estoy implicado en el ciclo económico del tráfico. Pero si se genera una delegación para que un tercero la compre y luego la entregue para que fumemos todos juntos en la casa, ahí no hay afectación a la salud pública. Porque son sujetos determinados, individualizados, que proveen de medios para que el otro amigo, plenamente identificado, compre y luego se junten a fumar.

"En el caso de Paulina González, lo que se logró determinar en el juicio es que habían tres o cuatro personas plenamente individualizadas, que eran los que estaban cultivando junto a Paulina, y que eran los que después consumirían esas drogas, por lo tanto no había una difusión incontrolada, no había una difusión hacia terceros no identificados", señala Mardones.

¿Pero entonces cuales son los problemas en la manera en que se aplica la ley 20.000?

– El problema que tiene la aplicación de la ley 20.000, tiene que ver fundamentalmente con dos actores del sistema. Primero los fiscales que meten en el saco del tráfico a todos, habiendo normas o habiendo argumentos normativos para sustentar que no todo es tráfico, que no todos portan droga para traficar, sino que para consumir. Y segundo los jueces que no hacen las distinciones o las interpretaciones que corresponden, en consideración al bien jurídico, es decir que no se atiende a una real afectación y la interpretación es muy formal de las normas, es decir, si alguien tiene drogas eso es tráfico porque el art. 1° en relación al 3° o al 4°, según el tráfico así lo dice. Pero lo que está diciendo la Suprema en este fallo es decir, "usted juez al interpretar tiene que atender al bien jurídico protegido, si usted desatiende el bien jurídico protegido, usted está aplicando mal la norma e incurre en un error de aplicación del derecho" como ocurre en este caso, o sea, en tráfico, usted juez, tiene que siempre atender a la salud pública, si esa conducta dada las pruebas que se rinden en el juicio, claramente uno descarta un peligro concreto de afectación de la salud pública, porque esa droga no iba destinada a una distribución descontrolada o comercialización, es porque estamos ante una situación que no debería ser punible, desde la ley 20.000. Ese es el mensaje que le está dando la Corte Suprema a sus jueces.

En ese sentido, llevar un pito u otra droga en mi billetera por la calle para consumir en mi casa tampoco afecta a la salud pública...

– No la afecta y no es una falta. El tema que también tiene importancia, y que la Corte Suprema lo dice, es que en nuestra legislación consumir no es crimen ni delito, o sea, el consumo de cualquier sustancia no es delito, solamente es falta en algunos casos, como en lugares públicos y el consumo concertado en un lugar privado. Pero todo consumo en casa es completamente

impune, y la razón es sencilla, porque lo que protege la ley 20.000 no es la salud individual, es la salud colectiva, la difusión incontrolada de la droga, que llegue a sectores de la población sin control alguno, y que por lo tanto pueda llegar a jóvenes o a personas en situación de vulnerabilidad y que el consumo pudiera afectar su existencia o su vida. En general las faltas que son castigadas por falta, tampoco están involucradas ni se hacen en función de que esté comprometida la salud pública, sino que más que nada son faltas sancionadas, en las que subyace una especie de protección del orden público. Es decir que es porque se vería feo ver en la calle a alguien fumándose un pito, se vería feo llegar a una casa y que todos estén fumando marihuana, ahí está el fundamento.

Se supone que el principio de objetividad debe guiar el actuar de los fiscales ¿cómo se puede evitar ir a un juicio y acreditarle a un fiscal el consumo personal, para que él decida sobreseer la causa?

– Eso es lo ideal, pero va a depender de las políticas del fiscal nacional. Si bien los fiscales deben actuar en función del principio de objetividad, los fiscales actúan en función de instructivos generales que dicta el fiscal nacional. Y el fiscal nacional, por lo tanto va fijando los criterios de persecución penal y que los fiscales deben asumir y aplicarlos. Pero si eso no se hace es muy difícil, por lo tanto va a quedar integrado el criterio particular de cada fiscal, y van a haber fiscales más punitivos que otros, o más persecutores que otros, probablemente van a haber fiscales que son más criteriosos que otros y que por lo tanto vamos a estar frente a la incerteza de dar con la buena suerte que justo aparezca un fiscal que tenga un mejor criterio, que haya compartido el raciocinio del fallo de la Corte Suprema, y decida no seguir con la investigación o sobreseer la causa. Y eso es super desigual, va a estar entregado a la arbitrariedad, y eso debe bajar de arriba, al menos tiene

que haber un instructivo general del fiscal nacional que informe y que incorpore estos criterios para que se uniformen en el trabajo de los agentes persecutores que son los fiscales.

¿Cómo ve el proyecto que se está revisando en la cámara?

– Nosotros no hemos intervenido mucho en ese proyecto, pero esperamos que se nos invite porque nos interesa ser parte de los proyectos que tengan incidencia en nuestro trabajo. Obviamente que cualquier proyecto que implique reducir la intervención punitiva nos va a parecer favorable, si se regula el autocultivo en función de poner ciertos requisitos, nos parece siempre bien. Ahora el problema es que hay artículos que podrían destruir la ley o incisos que podrían ser utilizados para que el autocultivo igual siga siendo penalizado. Entonces hay que tener cuidado de cómo esa ley se consolida en el parlamento. Pero reconociendo que el fallo de la Corte Suprema es un hito sobre este tema, la mayor seguridad jurídica para los ciudadanos que consumen habitualmente cannabis, que se proveen sin entrar en el ciclo de la droga, es una modificación legislativa, o sea que el legislador diga expresamente que el autocultivo para fines de consumo colectivo o particular, es absolutamente no punible, con una cierta cantidad. Todas esas precisiones, obviamente que la ley las tiene que señalar, no puede haber más indeterminación en la ley 20.000 porque eso genera que el sistema penal incorpore gente al juicio, a la cárcel. La indeterminación genera inseguridad e indefensión a las personas. Entonces mientras más específicamente estén detalladas las condiciones de un autocultivo impune, eso te va a generar una certeza en tu conducta y obviamente en tu conducta futura, y evidentemente un ciudadano informado al que le interesa cultivar para su consumo individual, necesita esa certeza y no la tiene, y es el peligro que tenemos hoy día, principalmente en relación al uso terapéutico que requiere cantidades enormes de plantación. 🌱