



LA CORTE SUPREMA Y EL **AUTO CULTIVO DE MARIHUANA**

En el siguiente artículo y a partir de tres sentencias relativamente recientes del máximo tribunal del país, el jefe de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional analiza los más recientes criterios jurisprudenciales que ha fijado la Corte Suprema en torno al auto cultivo de *cannabis*.

► Por **Claudio Fierro M.**,
jefe Unidad de Corte, Defensoría Nacional.

La sala penal de la Corte Suprema se ha pronunciado en diversos fallos sobre el auto cultivo de *cannabis*¹, relevando cuatro aspectos de esta cuestión que son de vital importancia para entender la trascendencia de esta jurisprudencia: (i) la falta de lesividad de la conducta; (ii) la no punibilidad del uso concertado que no alcanza a concretarse; (iii) las razones que justifican castigar penalmente un cultivo no autorizado de *cannabis*; y (iv) el cultivo colectivo para consumo privado.

Previamente debe enfatizarse el hecho de que los referidos pronunciamientos de la Corte Suprema se han adoptado a través de la activación por la Defensoría de mecanismos de tutela jurisdiccional que facilitan la protección de los derechos fundamentales. Ha sido a través del recurso de nulidad y la acción constitucional de amparo que el máximo tribunal ha fijado estándares relevantes de garantía para los ciuda-

danos frente al poder penal y ha corregido los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes han incurrido.

El punto de partida que asumió la Defensoría en estos casos es que, en determinadas circunstancias, quienes desarrollan conductas asociadas al auto cultivo de *cannabis* se amparan en el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Se trata de ciudadanos que se relacionan con la *cannabis* totalmente al margen de la criminalidad asociada al tráfico de drogas. Son personas o grupos de personas que creen posible trabajar con la *cannabis* para la expansión de la conciencia desde una mirada científica, visión tan respetable y legítima como la de quienes optan por su uso medicinal o por quienes la usan para fines recreacionales.

No obstante, la premisa levantada por la defensa siempre se vio enfrentada a un elemento de juicio totalizante o inamovible, esto es que el número de plantas levantadas como evidencia resultaba ser el factor decisivo en la determinación de

¹ Sentencias dictadas por la Corte Suprema en los autos Rol N° 4949-15; Rol N° 15.920-15, y Rol N° 14.863-16.



un auto cultivo para un uso personal y próximo en el tiempo, por tanto lícito, ya que permitía despejar cualquier duda en torno a un riesgo de difusión descontrolada o de comercialización de la *cannabis*.

Fue en este escenario que en 2015 la sala penal absolvió a una ciudadana que mantenía 40 plantas de *cannabis* en su hogar y posteriormente, en 2016, a otra persona que le fueron incautadas en su domicilio 15 plantas de la misma especie, lo que marcó un punto de inflexión importante en la aplicación del tipo penal del artículo 8 de la Ley N° 20.000 -que sanciona el cultivo sin autorización-, incorporando en la interpretación de la ley penal principios básicos de un estado de derecho como la lesividad y excepcional intervención del derecho penal.

Para la sala penal de la Corte Suprema, si la punición y la sanción penal deben ser expresión de la afectación al bien jurídico -peligro o de lesión-, si aquello no ocurre, es simplemente la sanción de opciones de vida que quedan al margen de lo establecido como expectativa de no intromisión a través de los tipos penales, abandonando en consecuencia la prohibición de exceso que tiene el Estado para intervenir en los derechos fundamentales de las personas, generando una medida estatal inidónea.

LA FALTA DE LESIVIDAD DE LA CONDUCTA

En los fallos mencionados, la Corte empieza por despejar la naturaleza de la figura penal del artículo 8° de la Ley N° 20.000. Señala que la misma exige que el hecho haya tenido al menos la posibilidad de lesionar o poner en riesgo el bien jurídico protegido -en este caso la salud pública-, considerando para ello la parte final del norma que establece una excepción a la punición de la conducta: “salvo que esté destinado al uso personal y próximo en el tiempo”.

De este modo, la Corte parte por rechazar el castigo penal en ausencia de dicha lesión o puesta en peligro, poniendo énfasis en que el fundamento de la tipificación de la conducta, esto es, el daño social de la misma, es lo que funda el castigo penal y no la mera obediencia de una norma:

“(...) 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 (...)”².

LA NO PUNIBILIDAD

Si bien la parte final del inciso primero del artículo 8° excluye de la sanción establecida para el cultivo no autorizado a quien justifique que las plantas de *cannabis* están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Sin embargo, la misma norma remite a las sanciones de los artículos 50° y siguientes de la Ley N° 20.000, que castigan como falta, entre otras conductas, a quienes consuman drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito.

Ahora bien, debe considerarse que el uso concertado de *cannabis* es punible como falta sólo si se ha concretado, condición que resulta aplicable a todos los hechos punibles que responden a esta categoría. De allí que la Corte estimara en estos pronunciamientos que si la *cannabis* resultante de un cultivo destinado al consumo concertado, no se alcanza a usar con esos fines -descartado, por cierto, cualquier elemento o indicio de distribución o comercialización-, ello supone meramente el principio de ejecución de una falta que no es punible en nuestra legislación:

“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

² Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 5°.

la acusación-, tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50³

De esta manera, aun cuando el artículo 8° remita a las faltas reguladas en el artículo 50°, esto no significa que quien es sorprendido plantando *cannabis* para un consumo próximo en el tiempo deba *per se* ser sancionado como autor de falta, pues previamente se le debe someter al sistema general de nuestro sistema penal. Así, en términos simples, si se acredita que la plantación era para su consumo personal y próximo en el tiempo y la persona no fue sorprendida al momento del hallazgo fumando con otras personas, el acto es absolutamente impune.

RAZONES DEL CASTIGO AL CULTIVO NO AUTORIZADO

El objetivo de penar especialmente un acto preparatorio como el cultivo no autorizado de *cannabis* es, precisamente, combatir más eficazmente el comercio ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Ello, pues una difusión incontrolada de estas sustancias afecta la salud pública, lo que amerita anticipar la sanción penal a etapas anteriores a la comercialización de la droga.

En los tres casos decididos por la Corte se determinó que las plantas no estaban destinadas a su comercialización o distribución a terceros, sino al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo de los acusados, de modo que la figura de cultivo ilegal no resultaba aplicable, al no visualizarse una cierta aptitud o posibilidad de que la conducta pudiera mínimamente contribuir a la propagación, puesta a disposición o facilitación más o menos generalizada de las sustancias entre un número indeterminado de consumidores finales:

“Por otro lado, lo que se viene discurriendo 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

3 Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 14°.

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”⁴.

CULTIVO COLECTIVO PARA CONSUMO PRIVADO

En estos fallos la sala penal de la Corte Suprema puso especial atención a la parte final del inciso primero del artículo 8° de la Ley N° 20.000, la que, como se indicara, dispone un elemento negativo del tipo penal: que se justifique que las plantas de *cannabis* están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Así, en caso de verificarse este elemento, no se configura el delito de cultivo no autorizado, cuya pena asignada asciende hasta 10 años de cárcel.

No obstante que de la redacción de la norma podría sustentarse la improcedencia del elemento negativo del tipo en un cultivo colectivo, la Corte consideró que el cultivo, y en general la acción de cultivar, puede ser realizada no sólo por una persona, sino por varias:

“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 recurridos importa una restricción a la aplicación del artículo 50° únicamente a autores solitarios de las conductas

4 Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 8°.



*que tipifica el artículo 8°, lo que una correcta interpretación de dicho precepto no permite compartir, como ya fue explicado*⁵.

Luego, cuando el cultivo lo realizan varias personas plenamente identificadas y determinadas para consumir en un futuro próximo, no hay afectación al bien jurídico salud colectiva. De esta forma, la Corte ha dejado claro que el cultivo afecta la salud pública cuando existan elementos de juicio de que la *cannabis* incautada iba a ser distribuida a personas indeterminadas, a un segmento de la población que no son los que cultivan y que son receptores finales de la sustancia y que, como consumidores, puedan ver afectada su salud individual.

En los casos conocidos por la sala penal las personas asociadas al cultivo colectivo estaban completamente identificadas y eran quienes luego consumirían, independientemente de las motivaciones que tenían para hacerlo. En este punto, la Corte reconoce como expresión de la autonomía de la voluntad de los individuos singulares al exponerse al consumo de las sustancias prohibidas por la Ley N° 20.000, siendo sólo objeto de sanción dicho uso cuando existiere la posibilidad real de que de aquel surja una difusión incontrolable de sustancias y que pongan en peligro la salud y libertad de los demás⁶.

Como se puede apreciar, la importancia de estos fallos radica fundamentalmente en la utilización por la Corte Suprema de un poderoso dispositivo de contención del poder punitivo, como son los bienes jurídicos. Cualquier conducta no puede ser sancionada como delito, sino sólo aquellas que afectan bienes jurídicos. En consecuencia, como muy bien lo señala el máximo tribunal, el bien jurídico debe entenderse siempre como un límite o barrera para el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado.

PROBLEMAS DE APLICACIÓN Y POSIBILIDADES DE REFORMA


Pareciera ser que los problemas en la aplicación de la Ley N° 20.000 están en los actores y operadores del sistema penal. El Ministerio Público, por ejemplo, no ha hecho especiales esfuerzos por distinguir las hipótesis de consumo de las de tráfico, habiendo argumentos normativos que permiten

hacerlo, así como argumentos expuestos por la propia Corte. Así, no toda persona que porta o tiene droga lo hace para su comercialización.

Segundo, un problema similar puede encontrarse en el razonamiento de algunos jueces, que a veces al pronunciarse no discriminan los contextos fácticos, por ejemplo respecto de una medida cautelar. Así, efectúan interpretaciones en exceso formales de las normas y no atienden a las consideraciones específicas relacionadas con la real afectación del bien jurídico protegido.

Sin embargo, el mensaje de la Corte Suprema es claro: se debe atender a esta circunstancia para no cometer errores en la aplicación del derecho, que trae aparejada la afectación de derechos fundamentales como la autodeterminación y la libertad ambulatoria.

Por último, no se puede soslayar la actual discusión en el Congreso de los proyectos de ley sobre auto cultivo, uno proveniente del Poder Ejecutivo y otro de la Cámara de Diputados. En este contexto, cuando la Defensoría ha sido invitada a la Comisión de Salud de la Cámara ha planteado que los fallos de la Corte Suprema deben ser insumos fundamentales a la hora de ajustar la legislación a los tiempos actuales.

El legislador debería tener presente que el auto cultivo no puede ser sancionado si es para un consumo personal y próximo en el tiempo, ya sea en su modalidad recreacional, espiritual o medicinal o que la política criminal debería solo sustentarse en afectaciones a bienes jurídicos, porque de lo contrario el sistema penal tenderá a castigar opciones de vida, signo de autoritarismo y normativismo irracional. 



⁵ Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 11°.

⁶ Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 7°. Ver también las sentencias Rol N° 15.920-2015 y Rol N° 14.863-2016.