Santiago, cuatro de abril de dos mil dieciséis.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de doce de febrero de dos mil dieciséis, a **FELICIANO RENÉ CANALES GARCÍA** a la pena de ochenta y tres días de presidio menor en su grado mínimo, a una multa de 40 UTM, a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena como autor del delito consumado de cultivo y cosecha de cannabis sativa, previsto y sancionado en el artículo 8, inciso primero, de la Ley N° 20.000, descubierto el día 30 de marzo de 2015. En la sentencia, además, se absolvió a MIRTA ADELINA VIVIANI de los mismos cargos formulados en su contra.

La defensa del acusado Canales García dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento los días catorce y quince de marzo pasado, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y considerando:

Primero: Que, de manera principal, en el recurso se invoca la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 1, 5 y 19 N°s. 3, 4, 5 y 6 de la Constitución Política de la República; 18 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 y 13 N°s 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por vulneración de los derechos al debido proceso, dignidad, libertad y autonomía personal, intimidad, libertad de creencia, pensamiento y de opinión, y derecho a la máxima realización espiritual.

Expresa que el fallo impugnado tiene por acreditados los siguientes hechos: 1) Se encontraron 15 plantas vivas de marihuana y marihuana a granel; 2) Estas especies vegetales no estaban destinadas a su comercialización o distribución; 3)La marihuana encontrada tampoco estaba destinada a su distribución; 4) La marihuana y hojas encontradas estaban destinadas a dos propósitos: a) Favorecer

0177981628826

el crecimiento de las plantas y b) Consumo de su propietario (Feliciano Canales García); 5) El consumo su propietario lo realiza para calmar los dolores de su cadera. Apunta que, analizados estos hechos a la luz de la autonomía de la voluntad del encausado, su conducta se encuentra amparada por el derecho constitucional consagrado en los artículos 19 N° 6 de la Constitución Política de la República, 18 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 y 13 n°1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estatutos jurídicos estos últimos incorporados a nuestra legislación interna y que obligan tanto al Estado Chileno, como a sus intérpretes judiciales.

En cuanto a la afectación del bien jurídico protegido, el propio fallo establece que ni las plantas ni las hojas de marihuana estaban destinadas a su comercialización o distribución, sin embargo los sentenciadores estiman que el delito del artículo 8° de la Ley N° 20.000 es un delito de peligro abstracto y, por ende, para su configuración basta la existencia de las especies vegetales y la ausencia de autorización. Afirma que la vulneración sustancial de los derechos humanos antes citados, se debe a que el tribunal consideró que la norma del mencionado artículo 8° (en lo que se refiere a la autorización administrativa del SAG), resulta superior en comparación a los derechos fundamentales amagados al acusado. En otras palabras, se desconoció una serie de derechos fundamentales de rango superior, al sancionar la conducta imputada con prescindencia de circunstancias objetivas, comprobadas en el juicio, que debieron ser calificadas como un legítimo ejercicio de sus derechos.

Añade que si se reconoce la autonomía al acusado para decidir el modo de vida que mejor le parezca, siempre que no afecte el orden público ni los derechos de los demás -afectación esta última que el fallo descarta-, la conducta y quehacer del enjuiciado se demuestra, en sí misma, carente de la antijuridicidad que se requiere para castigar por el tipo penal del citado artículo 8° de esta ley. Como las circunstancias que explican la siembra de las plantas de cannabis no permiten suponer que, a futuro, su cosecha pueda también servir para alguna forma de

tráfico del estupefaciente que en una parte de dicha planta se contiene y, de este modo, llegar a promover su consumo masivo, afectando la salud pública, dicha actividad, entonces, carece de antijuridicidad material y, por tanto, no autoriza su castigo. Así las cosas, nunca estuvo en riesgo la salud pública, el orden público o el bien común, y se puede razonablemente inferir que el fallo impugnado utilizó sin fundamentos estas limitaciones, transformando, por ejemplo, la salud pública sólo en un medio para suprimir derechos garantizados por la Convención o la Constitución, o para desnaturalizarlos, o para privarlos de contenido. Ello configura de paso una injerencia estatal arbitraria o abusiva en la vida privada del acusado, situación que socava sus derechos fundamentales.

En efecto, sostiene el recurso, el legislador castiga el acto preparatorio –cultivo– a fin de combatir más eficazmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes, es decir, para combatir una difusión incontrolada de sustancias estupefacientes, porque con ello se afecta la salud pública, que es el bien jurídico que preside a la Ley N° 20.000. Pero en este caso, el cultivo estaba destinado a un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo; ello, evidentemente en el contexto particular del acusado: su consumo personal y próximo en el tiempo, tal como se reconoce en el fallo, con la finalidad de paliar los dolores de su extremidad inferior, recetados por un médico.

Pide, en virtud de esta causal se invalide la sentencia y el juicio de autos.

Segundo: Que, como primera causal subsidiaria, se alega la de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342 letra c) del mismo texto.

Refiere que el fallo presenta una grave infracción a las reglas de las lógica, en su versión de principio de no contradicción, pues en dos partes de la sentencia concluye algo absolutamente irreconciliable, esto es, en los párrafos 5° y 6° del considerando 8°, al afirmar, primero, que las especies vegetales y marihuana estaban destinadas al consumo personal y próximo en el tiempo del acusado, y

después expresar que no se acreditó que estuvieran destinadas a su consumo personal.

Por esta causal pide igualmente se invalide la sentencia y el juicio.

Tercero: Que, en subsidio de las anteriores, el recurso se afinca en la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciando como infringido el artículo 8º Ley N° 20.000.

Señala que el cultivo, que es aquello que se le reprocha al acusado, representa una etapa imperfecta, anterior o preparatoria al consumo final que es realizado de forma privada en su domicilio de Rancagua. De este modo, en el caso sub lite, la conducta de auto proveerse cannabis es atípica y, por lo tanto, debió absolverse al acusado de la imputación.

Añade que en momento alguno se puso en riesgo la salud pública, bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000, pues la sentencia reconoce que las especies no estaban destinadas a su comercialización o distribución a terceros, sino al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo del acusado.

En virtud de esta causal pide se invalide solo la sentencia impugnada y se dicte la de reemplazo en que se absuelva al acusado.

Cuarto: Que en relación a la causal principal, una atenta lectura de su motivación evidencia que las garantías fundamentales se denuncian infringidas porque el fallo no las considera a los efectos de calificar los hechos, cuya aplicación habría llevado a estimar que la conducta atribuida al acusado no es antijurídica por no afectar el bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000 y además por corresponder al ejercicio legítimo de sus derechos, no concurriendo de ese modo todos los elementos necesarios para sancionarlo criminalmente conforme al artículo 8° de la Ley N° 20.000.

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 conducta prohibida en el citado artículo 8°, pues en definitiva se busca que, en virtud de la vigencia de dichas garantías y

derechos, en la especie, dadas las particularidades de las circunstancias y fines de la plantación del acusado, no se aplique la exigencia de autorización del Servicio Agrícola y Ganadero para liberar al acusado de la sanción penal prescrita en dicho artículo 8°. De ese modo, en el caso sub lite no se llega a sostener una vulneración de los derechos y garantías invocados aislada de la errónea aplicación del artículo 8° de la Ley N° 20.000, alegación que por ende se acomoda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, debiendo entonces esta Corte, con ocasión del estudio de la segunda causal subsidiaria de nulidad, si fuere necesario, abocarse a examinar si la sentencia recurrida descuidó la debida consideración de las garantías y derechos que se plantean en esta causal principal al determinar en el caso de marras la sanción del acusado.

Quinto: Que en relación a la primera causal subsidiaria afincada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por arribar la sentencia en su considerando 8° a conclusiones contradictorias, afirmando y luego negando que la droga incautada estuviese destinada al consumo personal y próximo del acusado, cabe consignar que en el párrafo 5° del considerando 8° del fallo, en parte alguna se afirma que toda la droga incautada, plantas y marihuana a granel, estuviera destinada al consumo personal y próximo del acusado, sino que se señala ambas "*no estaban destinadas a su comercialización o distribución a terceros*", sin que el hallazgo de la droga a granel lleve a concluir lo contrario, ya que las hojas fueron cortadas con el objeto de favorecer el crecimiento de la planta como para el consumo de su propietario. De esa manera, en este párrafo los sentenciadores se abocan a descartar que el acusado mantenga la plantación como las hojas obtenidas de ésta, con el objeto de distribuir o facilitar su producto a terceros, pero sin pronunciarse aún sobre la calificación del consumo por parte del acusado, cuestión que sólo se efectúa en el párrafo 6° siguiente del mismo considerando. En efecto, en éste, descartado ya que se buscaba por el acusado facilitar la droga a terceros, los sentenciadores expresan que, estando destinada a su consumo, no se pudo establecer que ese consumo sería "*exclusivo y próximo en el tiempo*".

Así las cosas, en los párrafos supuestamente contradictorios, se tratan asuntos diversos, por lo que no hay infracción al principio de no contradicción como se alega en el recurso, razón suficiente para desestimar esta causal.

Sexto: Que para la adecuada resolución de la segunda causal subsidiaria contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, mediante la cual se denuncia la infracción del artículo 8 de la Ley N° 20.000, 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).

0177981628826

En efecto, una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo pasado (Politoff, Matus, y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65).

El principio de "lesividad" -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 8° 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 y Hormazábal, Nuevo Sistema de Derecho Penal, 2004, p. 90).

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

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

Séptimo: Que este examen sobre la posibilidad de producción del resultado de peligro resulta aún más imperioso respecto de aquellas conductas como las tipificadas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, precepto mediante el cual no se castiga el tráfico ilícito de estupefacientes ya sea en su sentido estricto o amplio, sino que se está previniendo el peligro de que, a través de la plantación de especies vegetales del género cannabis, alguien pueda en el futuro poner en

peligro la salud pública elaborando con el producto de dicha planta sustancias estupefacientes que puedan facilitarse a terceros para su uso o consumo.

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

Octavo: 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 4, inciso 1°, 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 8, inciso 1°, 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.

Noveno: Que entrando ahora al caso particular de autos, la sentencia impugnada estableció en su considerando 8° que "*la prueba de cargo resultó suficiente y certera para acreditar los hechos contenidos en la acusación, pues de los dichos de los funcionarios Soto y Deval, lo expuesto por los testigos de descargo Miranda y Briones, y lo recordado por los encartados Canales y Viviani, quedó demostrado el hallazgo por parte de la policía de 15 plantas vivas y alrededor de 2.4 kilos de marihuana al interior de la propiedad del acusado Canales García, especies vegetales que no estaban destinadas a su comercialización o distribución a terceros, pues los funcionarios de la BRIANT que depusieron, especificaron que llegaron al sitio del suceso por una denuncia anónima, que los alertó 'fundamentalmente' de una plantación de marihuana, cuestión que pudieron constatar in situ, cuando hicieron ingreso al inmueble. Por otro lado, el hecho de haber descubierto marihuana a granel, tampoco fue un indicio de distribución de la misma, pues no se tuvo noticia de la incautación de algún otro elemento destinado a la dosificación, sino que más bien, parece ser*

que ello obedeció al acopio de las hojas que fueron cortadas a las matas para favorecer su crecimiento y para el consumo de su propietario, atendido el dolor crónico que padece como secuela de una intervención a una de sus extremidades inferiores, de la que dio cuenta el médico Arenas.-

De este modo, la interpretación armónica de estos antecedentes permitió calificar la conducta del acusado como constitutiva de la tenencia de una plantación de marihuana, pues se acreditó que éste cultivó y cosechó especies vegetales del género cannabis, sin contar con la debida autorización; especies vegetales que no estaban destinadas a ser comercializadas a terceras personas, ni formaban parte de una red de comercialización o de elaboración de la droga, ante la ausencia de indicios suficientes que lo demostraran. Ahora bien, cabe destacar que tampoco se pudo establecer que las mismas estaban destinadas al consumo exclusivo y próximo en el tiempo de la persona que las detentaba, pues si bien el testigo y el perito de la Defensa, Arenas y Garay respectivamente, expresaron que Canales García les había reconocido ser consumidor de marihuana, (ya sea en infusiones o cigarrillos) lo cierto es que, el primero sin perjuicio de manifestar haberle recomendado su ingesta como terapia complementaria a los analgésicos, para palear el dolor crónico que padece, igualmente alegó desconocer cualquier otro antecedentes de su paciente, relacionado con el consumo de marihuana, pues no le realiza controles periódicos, en tanto el profesional asistente social arguyó que, el evaluado le habría admitido que fumaba sólo dos pitos al día. Por otro lado, y conforme las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, la cantidad de cannabis a granel que se le encontró y las 15 matas vivas que mantenía en su casa, hacen poco factible que esa sustancia prohibida hubiere estado destinada a su consumo exclusivo y próximo en el tiempo, teniendo en cuenta que de cada mata adulta es posible obtener alrededor de 1.5 kilos de droga.

De este modo, al no haberse aportado elementos en orden a establecer que la tenencia de la droga por parte del acusado estaba destinada a ser

comercializada a terceras personas, así como tampoco a su consumo personal y próximo, el Tribunal se inclinó por la calificación jurídica postulada por el Investigador en estrados en su alegato de clausura y, encuadró los hechos demostrados en la figura típica contenida en el artículo 8 inciso 1 de la Ley 20.000, por cuanto se acreditó que en el domicilio de Juan Molina N° 30 de esta ciudad, había 15 plantas de cannabis sativa en proceso de crecimiento, además de 2.4898 Kilogramos cosechados de la misma sustancia a granel, todo ello realizado por el acusado Canales García, sin la autorización competente del Servicio Agrícola y Ganadero."

Décimo: Que, como se dijo, por la segunda causal subsidiaria sustentada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se alega la infracción del artículo 8° de la Ley N° 20.000, por dos razones, primero, porque la plantación de marihuana y posesión de hojas de la misma tenía por objeto un consumo privado, y al ser esto último una conducta atípica, importa que los actos preparatorios de plantación y posesión igual lo son; y, segundo, que no ha habido en el caso sub lite afectación del bien jurídico protegido por la norma penal.

En relación a lo primero, al sostenerse que la plantas y marihuana a granel estaban destinadas a la comisión de un acto atípico, el recurso no está sino sosteniendo entonces que el acusado destinaría esa droga a su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo en lugar privado o no abierto al público, único caso en que ese consumo privado no es sancionado penalmente ni aun a título de falta. Lo anterior importa entonces que con tal alegación el recurso no hace sino esgrimir la causal que el mismo artículo 8° contempla para eximir de la sanción penal que prescribe, al disponer que incurrirá en ésta "*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.*"

Sigue entonces revisar si en la especie concurren los presupuestos del artículo 8° de la Ley 20.000, esto es, si se establecieron hechos en la sentencia

que impongan someter la conducta de cultivo y cosecha de plantas de cannabis sativa objeto de la acusación, a las disposiciones de los artículos 50 y siguientes de la Ley N° 20.000. Huelga señalar que este examen debe emprenderse respetando los hechos fijados por los sentenciadores, sin que quepa por tanto el estudio o valoración de la prueba rendida en el juicio que llevó a su establecimiento.

Undécimo: Que, en ese empeño y como primera cuestión, debe determinarse si el cultivo y cosecha de las plantas de cannabis sativa que el dictamen da por cierto, debe calificarse como una conducta realizada con el objeto de facilitar la sustancia obtenida a terceros, o como una actividad destinada a su autoconsumo y, por ende, al consumo personal y exclusivo.

Al respecto, en su considerando 8° la sentencia examinada establece "*el hallazgo por parte de la policía de 15 plantas vivas y alrededor de 2.4 kilos de marihuana al interior de la propiedad del acusado Canales García, especies vegetales que no estaban destinadas a su comercialización o distribución a terceros*", con lo cual entonces cabe dar por concurrente, a contrario sensu -al no afirmarse otra finalidad de la plantación y su cosecha-, que el objeto era el consumo personal y exclusivo del acusado, lo que se ratifica al afirmar el fallo que "*el hecho de haber descubierto marihuana a granel, tampoco fue un indicio de distribución de la misma, pues no se tuvo noticia de la incautación de algún otro elemento destinado a la dosificación, sino que más bien, parece ser que ello obedeció al acopio de las hojas que fueron cortadas a las matas para favorecer su crecimiento y para el consumo de su propietario, atendido el dolor crónico que padece como secuela de una intervención a una de sus extremidades inferiores*".

Duodécimo: Que en lo que dice relación a la proximidad temporal del consumo de la droga que se obtendría de las 15 plantas, así como de las hojas ya cosechadas, cabe primero aclarar que dado que se trata de un elemento del tipo penal, la determinación de lo que constituye un consumo próximo en el tiempo es una labor de calificación del órgano jurisdiccional y, en su caso, de subsunción,

0177981628826

que debe hacer el tribunal de la instancia en su fallo, y que pueda ser revisada por esta Corte si se alega, como ocurrió en el presente caso, la errónea aplicación del derecho, pero siempre en base a los hechos y circunstancias que para dicho efecto hayan fijados los jueces del grado.

Al respecto, la sentencia, sólo asienta que se hallaron en el domicilio del acusado 15 plantas vivas de marihuana y alrededor de 2,4 kilos de marihuana a granel que correspondían a hojas cortadas de las mismas plantas, pero sin explicitar de modo alguno el tribunal qué entiende por consumo próximo y porqué, en este caso, los hechos acreditados no permiten afirmarlo, más allá de mencionar -pero sin precisar de dónde proviene este dato- que "*de cada mata adulta es posible obtener alrededor de 1.5 kilos de droga*".

En esa labor de calificación no pueden pasarse por alto las circunstancias establecidas por el propio fallo, donde se determina que el acusado consume marihuana para mitigar el dolor crónico que padece por una secuela de una intervención a una de extremidades inferiores, lo que supone entonces la necesidad de un consumo permanente e indefinido -dado el carácter "crónico" de la dolencia-, lo que además debe ir enlazado con las particularidades del ciclo de la vida de la planta de cannabis, las que le impedirían al acusado de disponer de la misma todo el año para el tratamiento de sus afecciones físicas, lo que lo fuerza a cultivar el número de plantas suficiente para proveerse durante el período en que las plantas no serán cosechadas. De otro modo, se instaría al acusado y a quienes se encuentren en una situación similar, a adquirir la sustancia, durante las épocas en que sus plantas no les provean de la misma, de manera clandestina a terceros que la comercialicen de manera ilícita, fomentando de esa forma la actividad de tráfico de drogas que el legislador proscribe y que constituye la verdadera afectación del bien jurídico salud pública que protege la Ley N° 20.000.

Décimo tercero: Que así las cosas, en el contexto fáctico establecido por los jueces del grado, esto es, "*el hallazgo por parte de la policía de 15 plantas vivas y alrededor de 2.4 kilos de marihuana al interior de la propiedad del*

acusado", cabe calificar que la tenencia de esas plantas en esas circunstancias estaba destinada a consumir su producto en un tiempo próximo y, por ende, 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 el acusado el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, su consumo -que por lo demás, no fue objeto de la acusación, la que, al contrario, afirma que no hay elementos que permitan presumirlo-, tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50.

Décimo cuarto: Que, por último, analizado este asunto desde la óptica del riesgo que para el bien jurídico tutelado importan las acciones atribuidas al acusado, cabe resaltar que el fallo no fija hechos constitutivos de conductas lesivas para la salud pública susceptibles de ser reprochados, como que de las condiciones en que la plantación se mantenía fuera posible obtener una cantidad trascendente de la sustancia que permita satisfacer el consumo de un conjunto de personas y por un período de tiempo relevante, generando de ese modo un riesgo de difusión de la sustancia no sujeta a control de la autoridad, todo ello con el objeto de dotar de contenido a la puesta en peligro del bien jurídico que declara en el considerando 9°, pero que no ha sido argumentativamente demostrada, menos aún si el fallo declara expresamente que la droga se destinaba a atenuar dolencias físicas del acusado, es decir, como parte de un procedimiento para recuperar su bienestar.

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

Décimo quinto: Que por lo razonado se acogerá la causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal invocada en el recurso de nulidad por la errónea aplicación del artículo 8° de la Ley N° 20.000 con influencia

0177981628826

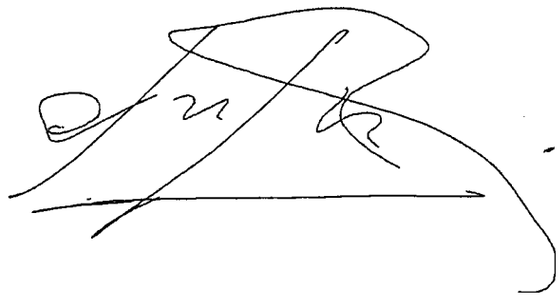
sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, defecto relativo sólo a la sentencia impugnada, mas no el juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se aplicó una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que se **acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado **Feliciano René Canales García** y, en consecuencia, **se anula la sentencia** de doce de febrero de dos mil dieciséis, en la causa RIT N° 621-2015 y RUC N° 1500309338-4 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 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. Dahm.

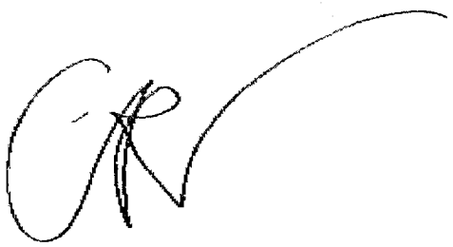
Rol Nº 14.863-16.



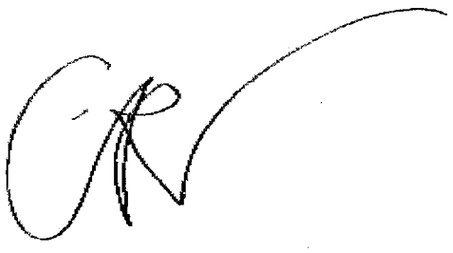
0177981628826

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O. Santiago, cuatro de abril de dos mil dieciséis.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema



En Santiago, a cuatro de abril de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



0177981628826

Santiago, a cuatro de abril de dos mil dieciséis.

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 dos de febrero de dos mil dieciséis pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Rancagua, se mantiene sus considerandos 1° a 7° y del considerando 8° sus párrafos 2° a 5°, eliminándose todos lo demás, y de la sentencia de nulidad se reproducen los motivos 11° a 14°.

Y considerando:

1°) Que al no acreditarse que las especies vegetales que el acusado Canales García cultivó y cosechó sin autorización estuvieran destinadas a ser comercializadas a terceras personas, o que formaren parte de una red de comercialización o de elaboración de la droga, u otra de las conductas descritas en el artículo 3° de la Ley N° 20.000, cabe descartar en el caso sub judice el delito de tráfico de estupefacientes objeto de la acusación.

2°) Que presentándose en la especie la situación prevista en la parte final del inciso primero del artículo 8° de la Ley N° 20.000, tampoco procede la sanción de Canales García conforme a esta norma en la forma solicitada por el Ministerio Público en su alegato de clausura.

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

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 2, 14, 15 y 16 del Código Penal; 3, 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 **MIRTA ADELINA VIVIANI** y a **FELICIANO RENÉ CANALES GARCIA**, de la acusación que les fuera formulada por el Ministerio

Público de ser autores del delito de tráfico de estupefacientes, ilícito previsto y sancionado en el artículo 3º y 1º de Ley Nº 20.000.

II. Se ordena devolver a Mirta Adelina Viviani, las sumas de $478.000 chilenos y $1.097.75 argentinos, con sus reajustes e intereses si correspondiere.

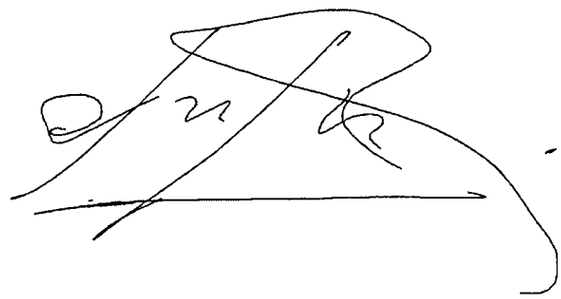
III. Se exime del pago de las costas al Ministerio Público por estimar que tuvo razones plausibles para someter a enjuiciamiento a los acusados.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental incorporada al juicio.

Regístrese y devuélvase.

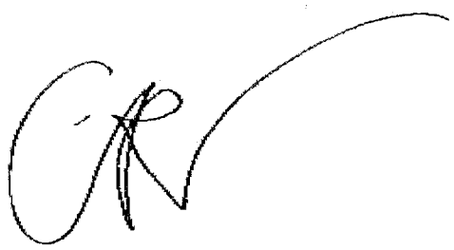
Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol N° 14.863-15.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O. Santiago, cuatro de abril de dos mil dieciséis.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema



En Santiago, a cuatro de abril de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

0187591628827