

CONSUMO DE MARIHUANA «PRÓXIMO EN EL TIEMPO»: APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL (2005-2015)

Luciano Cisternas Velis*

RESUMEN: El trabajo expone las sentencias más relevantes del país que, en el contexto de la aplicación de la Ley N° 20.000, han definido el concepto “consumo próximo en el tiempo” de marihuana. Se concluye que respecto de este tipo de droga el concepto ha evolucionado, apartándose la jurisprudencia de interpretaciones restrictivas, advirtiéndose como criterios decisivos: la ausencia de prueba que acredite comercialización de la droga; los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*; las condiciones fisiológicas del imputado y su grado de adicción; y otras consideraciones provenientes de la Criminología.

I

Durante el año 2015, la Excma. Corte Suprema se pronunció sobre dos importantes casos de consumo, cultivo y cosecha de *cannabis sativa*. Lo resuelto no fue indiferente ni para los *operadores jurídicos* ni para la opinión pública, atendido el modo en que se interpretó la expresión «consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo», así como la interpretación de la parte final del artículo 8°, inciso 1°, en cuanto se remite al artículo 50 de la Ley N° 20.000, erigiéndose como una “inesperada” posición jurisprudencial que reavivó y fortaleció el debate sobre el consumo de drogas, especialmente tratándose de la eventual legalización o despenalización de la marihuana en nuestro país.

* Magíster, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Asesor Jurídico de la Defensoría Regional de Antofagasta.

Lo cierto, sin embargo, es que estos fallos del máximo tribunal coronan un proceso de evolución jurisprudencial (en especial de los tribunales de juicio oral en lo penal) que se extiende desde los años 2010-2011. En efecto, de la revisión de sentencias puede concluirse que, a partir de estos años, la variación más relevante se advirtió respecto del uso o consumo de marihuana, ya sea en su estado puro, como *cannabis sativa*, o en su variante adulterada, como marihuana prensada. En este sentido, el modo en que ha sido entendido el uso o consumo «próximo en el tiempo» dista, en un importante número de casos, de interpretaciones restrictivas que podían apreciarse en años anteriores, no obstante su carácter formal de *droga dura*.

A continuación se expondrán cronológicamente las sentencias dictadas entre los años 2005 y 2015 que, de acuerdo a nuestra recopilación de jurisprudencia, son las más relevantes, tanto por su argumentación (abstracta) respecto de lo que debería entenderse por consumo «próximo en el tiempo» y de los factores que deberían incidir en ello, como por las cantidades que, en el caso concreto, se consideraron compatibles con la proximidad temporal del consumo. Para ello, se indican brevemente los principales argumentos que consideró el tribunal, transcribiendo a continuación los párrafos que, por su pertinencia, deben considerarse en esta discusión.

II

Durante los primeros años de aplicación de la Ley N° 20.000, no es sino hasta el año 2008 en que pueden encontrarse sentencias en las que el concepto «consumo próximo en el tiempo» se aparta de supuestos menores o residuales. Paradigmática es, en este sentido, la STOP de Santiago (3°) Rit N° 245-2007, de fecha 18 de marzo de 2008, que en el segundo juicio absolvió nuevamente del delito de microtráfico,¹ imputado por la posesión de 89,5 grs. bruto de *cannabis sativa*, junto a 2,3 grs. bruto de pasta base de cocaína, sustancias debidamente distribuidas en más de 100 envoltorios. Los hechos, que a simple vista configuran el porte indiciario del propósito de traficar a cualquier título con ellas, fueron estimados por los magistrados como los propios de quien destina estas sustancias a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. El acusado, trabajador del área de aseo en un centro de

¹ El primer juicio es de fecha 3 de diciembre de 2007. La Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2771-2007, de fecha 11 de enero de 2008, anuló el juicio, por cuanto no se aplicó la pena prevista en el artículo 50 de la ley.

esquí a las afueras de Santiago, portaba parceladamente dicha cantidad de droga puesto que era adicto a la misma, y en esos lugares el acceso a la droga se hacía difícil o muy costoso. Por esto, él se proveía en Santiago de lo que estimaba podía saciar su adicción los días de trabajo que eran, por lo demás, a turnos, los cuales podían prolongarse si las inclemencias del tiempo así lo disponían.

De esta sentencia cabe destacar, en primer lugar, que el tribunal explicita que se trata de pequeñas cantidades de droga, por lo que no resultaba aplicable el artículo 3° de la ley, como lo pretendía el Ministerio Público. En segundo lugar, para el tribunal es relevante que se trate de un peso bruto, pues el gramaje neto sería inferior. Asimismo, enfatiza que en el procedimiento no hubo denuncia por venta de droga, sino que sólo se sindicó al imputado como fumador de marihuana. Finalmente, el tribunal entiende que no correspondía aplicar el artículo 50 de la ley, porque

“su traslación desde el bus hasta su dormitorio, acción que si bien se encuentra tipificada en el artículo 50 de la ley 20.000 no por ello debe, necesariamente bajo toda perspectiva tener la consecuencia punible que le otorga tal norma [...] estiman estos sentenciadores que tal traslado íntimo, absolutamente privado, no accesible al público y por tanto inocuo para la sociedad, destinado a un uso también privado, en un recinto particular, no resulta sancionable porque es ineludible al fin buscado, su uso o consumo también personal en forma privada; no se advierte como una persona podría lograr este objetivo sin trasladar la sustancia que va a utilizar por lo menos desde el lugar que la adquirió hasta aquel donde la va a utilizar, una cosa es funcional a la otra, inherente a la misma, por lo que no cabría, en el caso puntual, aplicar dicha normativa”.

Con posterioridad, es relevante la STOP de Quillota Rit N° 111-2009, de 21 de diciembre de 2009, que absolvió al acusado que poseía 138 grs. de marihuana elaborada (la sentencia no especifica si se trata de un peso neto o bruto) y 5 plantas de *cannabis sativa*. En la sentencia –que no fue recurrida por el Ministerio Público– el tribunal sostiene que no adquirió convicción respecto de los hechos contenidos en la acusación, por lo que procedía la absolución. Descarta, asimismo, que corresponda la aplicación del artículo 50.

Durante el año 2010, por su parte, dos son las sentencias que merecen destacarse. La primera corresponde a la STOP de Iquique Rit N° 52-2010, de 10 de mayo de 2010, que absolvió al acusado que poseía la “escasa cantidad” de 122,6 grs. bruto de *cannabis sativa*. En la sentencia –que tampoco fue recurrida por el

Ministerio Público– el tribunal sostiene que no adquirió convicción respecto de los hechos contenidos en la acusación, sin perjuicio de la prueba de la defensa y versión alternativa del acusado, que se condecía con un consumo próximo en el tiempo. En este caso, sin embargo, no hubo discusión en cuanto a la eventual aplicación del artículo 50.

La segunda sentencia es la STOP de Curicó Rit N° 20-2010, de 6 de octubre de 2010, que en el segundo juicio absolvió nuevamente a la acusada que poseía 3 plantas de *cannabis sativa*, junto con la cosecha de 760 grs. neto de marihuana elaborada.² De esta sentencia cabe destacar, en primer lugar, que el tribunal no explicita que la cantidad que estimó destinada al consumo se trate de una pequeña cantidad de droga. En segundo lugar, para el tribunal es relevante que en el procedimiento no hubo denuncia por venta de droga. Asimismo, el tribunal considera que, atendidas las características de los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*, resultaba razonable la cantidad de droga incautada en relación a las condiciones fisiológicas de la acusada y su grado de adicción. Finalmente, el tribunal entiende que no correspondía aplicar el artículo 50 de la ley, porque

“no habiéndose acreditado que ésta se haya concertado con otros para consumir *cannabis sativa*, y por otra, que el lugar donde ésta consumió en forma personal exclusiva y próxima en el tiempo la droga incautada, no fue en alguno de aquellos sitios prohibidos que señala la ley, sino en su domicilio, no puede ser sancionada tal conducta, ni siquiera como una falta”.

² El primer juicio es de 17 de mayo de 2010. La Iltma. Corte de Apelaciones de Talca Rol N° 204-2010, de 9 de julio de 2010, anuló el juicio, entendiéndolo en su considerando cuarto que se efectuó una errónea valoración de la prueba, ya que “habiéndose incautado personal de la Brigada Antinarcoóticos de Curicó en el domicilio de la acusada, tres plantas de *cannabis sativa* en proceso de secado, una turbina destinada al secado de la misma y dos cajas de zapatos contenedoras de 760 gramos netos de marihuana elaborada de la misma sustancia, *escapa a la lógica y máximas de la experiencia estimar que dicha cantidad de droga pueda estar destinadas al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, considerando el significado del vocablo “próximo”, según se señaló en el apartado precedente.*

Es así que valorando la prueba rendida en autos, de conformidad a las reglas de la sana crítica, no resulta creíble que una persona, aun cuando sea dependiente del alucinógeno, estuviese en condiciones de consumir, en los días inmediatamente posteriores al procedimiento policial, la importante cantidad de droga incautada” (se ha incorporado el énfasis al texto original).

Hasta el año 2010, las citadas STOP de Iquique Rit N° 52-2010 y STOP de Curicó Rit 20-2010 (tanto la correspondiente al primer juicio oral, como al segundo que se efectuó), constituyen casos aislados, por cuanto, como se indicó anteriormente, por regla general la proximidad temporal no superaba en el país hasta esa fecha los 50 grs. neto.³

³ No obstante, igualmente conviene tener presente los razonamientos de la STOP de Santiago (7°) Rit N° 3-2010, de fecha 16 de febrero de 2010, que estimó destinados al consumo el porte de 41,3 grs. neto de marihuana, y que no fue anulada por la SCA de Santiago Rol N° 431-2010, de fecha 12 de mayo de 2010. Con relación a la pretensión punitiva, en el sentido de que una semana no constituía un período próximo en el tiempo, el tribunal declaró que “resulta a todas luces reducida por el sentido común, la lógica y las máximas de la experiencia, pues pretender que el acusado viajara todos los días, o día por medio, a abastecerse de marihuana para su consumo, y sólo así reconocer un consumo personal y próximo en el tiempo, evidentemente resulta un despropósito”; la STOP de Curicó Rit 38-2010 (13.07.2010), que sostuvo que “en nada altera lo ya concluido, la cantidad de dosis que se puedan elaborar con el total de marihuana encontrada [39 grs. neto], así como tampoco, resta credibilidad al relato del acusado de que esa droga era para el consumo personal de su hijo, puesto que no existe normativa alguna que señale que se entiende por consumo próximo en el tiempo, y ante este silencio de la ley se deja en manos de los jueces la flexibilidad suficiente para que sean ellos quienes resuelvan en forma soberana y discrecional cuando se está en presencia de un consumo próximo en el tiempo, por lo cual se terminó por no fijar condiciones objetivas y expresas a este respecto. En consecuencia, la decisión de tratarse de un consumo próximo en el tiempo, ha sido entregada a la ponderación de los jueces en el evento concreto, *resolución que debe ser adoptada después de un análisis razonado de los antecedentes probatorios y del hecho que se ha tenido por comprobado, en parangón con sus propias circunstancias y no se puede reducir a un número determinado de días o señalar que debe ser inmediato*” (se ha incorporado el énfasis al texto original); la STOP de Linares Rit N° 44-2010 (06.07.2010), que estimó destinados al consumo el porte de 27,5 grs. neto, sosteniendo que “la cantidad de dosis de consumo que como media podrían extraerse de la referida cantidad neta de marihuana, que los policías deponentes fijaron en aproximadamente 91 (hablaron de dosis de consumo de 300 miligramos), incluso consumidas “organizadamente” de a dos o tres diarias como señaló el acusado hacerlo actualmente, “organización” que no es razonable esperar cumpla disciplinadamente, a lo sumo le durarían tres o cuatro semanas, *lo que no constituye un período extenso de tiempo en contraposición con la proximidad que exige la ley para efectuar la calificación jurídica por la que optó el Tribunal*” (se ha incorporado el énfasis al texto original); la STOP de La Serena Rit N° 431-2010 (22.12.2010), que sostuvo que “[e]n cuanto a la proximidad en el tiempo exigida por el legislador, cabe apuntar que *ello no importa, ni podría hacerlo, como ‘inmediato’, sino simplemente cercano*. En la especie el encartado fumaba entre 3 a 10 gramos diarios, lo que se probó con sus dichos y con lo expuesto por el referido psicólogo. Pues bien, el justiciable fue sorprendido poseyendo únicamente 20,78 gramos de marihuana y una mata de la misma especie —en condiciones de ser cosechada en semana y media más, pues las dos que le seguían en tamaño aún no estaban aptas y las doce restantes eran brotes de semilla de no más de 8 centímetros— lo que conforme, a su nivel de adicción, sólo alcanza para solventar el consumo de una semana que es justo el período que faltaba para que la mata viva de marihuana estuviese apta para ser cosechada. De esto sólo cabe

Del año 2011, por su parte, corresponde destacar la STOP de La Serena Rit N° 163-2011, de fecha 9 de agosto de 2011, que estimó destinados al consumo del acusado el transporte y posesión de 185,4 grs. bruto de marihuana. Para el tribunal –cuya sentencia no fue anulada por la SCA de La Serena Rol N° 259-2011, de fecha 4 de octubre de 2011– resultó esencial que no existieran antecedentes indiciarios de conductas de tráfico y, asimismo, que el consumo del acusado se efectuaba en el contexto de su creencia religiosa adscrita a la cultura *rastafari*. Al respecto, la Iltma. Corte sostuvo que

“son las circunstancias del caso, las que permiten dilucidar si el encartado tenía la droga con la intención de comerciar con ella o sólo con la voluntad de consumirla. En el caso sub lite, los sentenciadores de primer grado, en consideración a los hechos que, en definitiva tuvieron por establecidos, apreciando, asimismo, acertadamente diversas situaciones fácticas y razonando en torno a los elementos de probatorios allegados a los autos, arriban a la conclusión que ellos no resultaban indiciarios de la voluntad del acusado, en orden a traficar la droga que portaba, y que, por el contrario, no habiéndose demostrado su participación en una actividad de transacción de sustancias estupefacientes y atendida la cantidad de la marihuana encontrada en poder del encartado, además, habiéndose acreditado su condición de consumidor de dicha droga, y que se trataba, asimismo, de una conducta atribuida a la creencia religiosa que profesa, circunstancias que lo llevan a consumir alrededor de diez cigarrillos de marihuana al día, estimaron que estaba destinada a su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, conclusión compartida por esta Corte, habida cuenta que, por una parte, las máximas de la experiencia indican que un sujeto consumidor no traficante, ciertamente, pueden llegar a adquirir cantidades superiores a las de un consumo inmediato, por razones de economía o para evitar los riesgos que implica la búsqueda de la droga y que, además, el consumo de marihuana por un adicto, lo constituye más de un cigarrillo al día; y, por otra parte, que el legislador ni siquiera ha definido lo que deben entenderse por proximidad temporal, toda vez que la noción de proximidad, vale decir, la cercanía en el tiempo o el espacio, es en sí misma relativa, por tanto, es posible explicar, entonces, que

concluir que el encausado únicamente se provea de la marihuana necesaria para satisfacer su consumo personal. *No puede pretenderse que una persona adicta posea, para su consumo, menos de unos 20 gramos y una mata de marihuana a ser cosechada en el futuro, sin que se logren los objetivos normativos, cual es, el evitar conductas de riesgo asociadas a la compra de droga a microtraficantes. Si el límite se estimase menor al del caso sub lite, obligaría al consumidor a comprar droga, que es precisamente lo que nuestra Ley N° 20.000 busca evitar*” (se ha incorporado el énfasis al texto original).

el concepto de proximidad, aplicada al consumo personal de estupefacientes, no está regida por un cálculo cronológico absoluto e invariable, por lo que solo debe desaparecer cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título, como prescribe el párrafo final del referido artículo 4° de la ley 20.000. En consecuencia, nada indica que de la sola situación de porte y posesión acreditada en la especie, se advierta que estemos en presencia de la hipótesis del delito tráfico, por la cual se acusó al encausado, resultando, adecuada, por ende, la interpretación efectuada por los jueces del tribunal oral de dicha norma, en el sentido que, además, los actos de portar y poseer consigo la droga deben estar ligados al ánimo o intención de cometer el delito reprochado, lo que no ha sido acreditado en la especie”.

III

Puede afirmarse que esta comprensión y empatía con que los tribunales analizan, por una parte, los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*, y, por otra parte, las condiciones fisiológicas del imputado y su grado de adicción, se intensifican y son más reiteradas a partir del año 2012.⁴

Así, la STOP de Quillota Rit N° 9-2012, de 20 de marzo de 2012, estimó destinados al consumo del acusado el transporte de 137 grs. neto de *cannabis sativa*, sentencia que no fue anulada por la SCA de Valparaíso Rol N° 388-2012, de 2 de mayo de 2012. El tribunal considera, por una parte, que no se acreditó supuesto alguno de tráfico de drogas, y, por otra parte, que no procedía la aplicación del artículo 50, porque la droga era transportada en un bolso. En cuanto a la proximidad temporal, en la sentencia se sostuvo que

⁴ Respecto del año 2012, también pueden consultarse las siguientes sentencias: STOP de Santiago (4°) Rit N° 158-2012 (14.09.2012) que estimó destinados al consumo de los acusados la adquisición y porte de 37,2 grs. neto; que no fue anulada por la SCA de Santiago Rol N° 2650-2012 (06.11.2012); STOP de Concepción Rit N° 355-2012 (13.08.2012) que estimó destinados al consumo la posesión de 13 plantas de *cannabis sativa*, junto con 83,4 grs. (no se especifica si es peso neto o bruto); que no fue anulada por la SCA de Concepción Rol N° 455-2012 (21.09.2012); STOP de Quillota Rit N° 7-2012 (30.06.2012) que estimó destinados al consumo la posesión de 20 plantas de *cannabis sativa*; STOP de San Fernando Rit N° 23-2011 (23.01.2012) que estimó destinados al consumo el porte de 39 grs. bruto; STOP de Quillota Rit N° 146-2011 (17.01.2012) que estimó destinados al consumo la posesión de 7 plantas de *cannabis sativa*; confirmada por la SCA de Valparaíso Rol N° 120-2012 (29.02.2012).

“[s]obre este punto y acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, próximo se define como cercano, que dista poco en el espacio o en el tiempo. La ley no emplea expresiones como ‘inmediato’ o ‘rápido’ para calificar el consumo en su limitación temporal, dependiendo de las circunstancias del caso su calificación y atendidas las especiales particularidades de estos hechos, de un consumidor que iba a estar por un espacio de a lo menos 60 días fuera de su domicilio habitual, es esperable que pretenda asegurar su consumo personal por un determinado tiempo cercano en el tiempo aunque no inmediato, lo que resulta atendible, conforme a los riesgos y clandestinidad en que por regla general se producen los intercambios de droga, apareciendo como plausible que el acusado pretendiera evitar”.

Asimismo, corresponde destacar la STOP de Linares Rit N° 15-2012, de 26 de marzo de 2012, que estimó, por mayoría, destinados al consumo del acusado la posesión de 830 plantitas de *cannabis sativa*, sentencia que no fue anulada por la SCA de Talca Rol N° 141-2012, de 7 de mayo de 2012. El tribunal considera, por una parte, que no se acreditó supuesto alguno de tráfico de drogas, y, por otra parte, que procedía la aplicación del artículo 50, aunque sin fundamentar esta decisión. En cuanto a la proximidad temporal, en la sentencia se sostuvo que

“compartiendo lo razonado por la Defensa, el Tribunal estima que la lógica que invoca el Ministerio Público es la de un observador sano y no la de adicto a la *cannabis sativa*, enfermedad que, como ya señalamos y explicamos, fue suficientemente probada. Los efectos que dicha condición producen en el organismo fueron debidamente acreditados con el informe incorporado por el Ministerio Público sobre la acción de la *cannabis sativa* en el organismo, evacuado por el Servicio de Salud del Maule, en que se describen las nocivas consecuencias que dicho alucinógeno genera a las personas, en particular, adicción o toxicomanía, tolerancia, dependencia síquica y euforia, que se conceptualiza como la sensación de bienestar y estímulo síquico que producen los estupefacientes y que todos los adictos buscan afanosamente. Desde esa perspectiva, patente es que resulta lógico pensar que el acusado no podía esperar durante meses a que unas pocas semillas de ese alucinógeno se desarrollaran, por lo que la posibilidad que le restaba era sembrar una gran cantidad de semillas para poder obtener rápidamente un volumen relevante de marihuana en unas pocas semanas, como lo aseveró”.

Otras dos sentencias de este período evidencian la relevancia de que el acusado posea una cantidad de droga, pero que el Ministerio Público no acredite algún supuesto de venta o que el acusado posea, además, elementos que faciliten o permitan la manipulación de la droga y su venta. En este sentido, destacan la STOP de La

Serena Rit N° 99-2012, de 14 de mayo de 2012, que estimó destinados al consumo de la acusada la posesión de 1 planta de *cannabis sativa*, junto con la cosecha de 166,6 grs. neto, y no aplicó la sanción del artículo 50, por estimar que no tenía competencia para pronunciarse respecto de faltas. Esta sentencia no fue anulada por la SCA de La Serena Rol N° 187-2012, de 17 de julio de 2012. La otra sentencia es la STOP de Los Ángeles Rit N° 19-2012, de 4 de julio de 2012, que en el segundo juicio estimó destinados al consumo del acusado el porte de 202 grs. de *cannabis sativa* (en la sentencia no se especifica si se trata de un peso neto o bruto).

IV

Por su parte, del año 2013 merecen especial atención seis sentencias.⁵ La primera es la STOP de Santiago (4°) Rit N° 107-2013, que estimó destinados al

⁵ Respecto del año 2013, también pueden consultarse las siguientes sentencias: STOP de Temuco Rit N° 137-2013 (30.09.2013) que estimó destinados al consumo el porte de 25,62 grs. neto; que no fue anulada por la SCA de Temuco Rol N° 885-2013 (15.11.2013); STOP de Santiago (5°) Rit N° 156-2013 (31.12.2013) que estimó, por mayoría, destinados al consumo la posesión de 465 grs. neto; confirmada por la SCA de Santiago Rol N° 96-2014 (25.04.2014); STOP de Santiago (5°) Rit N° 145-2013 (13.12.2013) que estimó, por mayoría, destinados al consumo la posesión de 86,5 grs. neto; que no fue anulada por la SCA de Santiago Rol N° 3743-2013 (15.04.2014); STOP de Iquique Rit N° 256-2013 (13.12.2013) que estimó destinados al consumo el transporte de 80 grs. neto; que no fue anulada, por mayoría, por la SCA de Iquique Rol N° 209-2013 (04.02.2014); STOP de Santiago (5°) Rit N° 133-2013 (15.11.2013) que estimó, por mayoría, destinados al consumo el porte y posesión de 3 plantas de *cannabis sativa* junto con 51 almácigos de la misma planta; que no fue anulada por la SCA de Santiago Rol N° 3399-2013 (17.01.2014); STOP de Talagante Rit N° 106-2013 (17.09.2013) que estimó destinados al consumo la posesión de 6 plantas de *cannabis sativa*; que no fue anulada por la SCA de San Miguel Rol N° 1367-2013 (04.11.2013); STOP de Chillán Rit N° 118-2013 (06.09.2013) estimó destinados al consumo el cultivo de 4 plantas de *cannabis sativa*; que no fue anulada por la SCA de Chillán Rol N° 251-2013 (17.10.2013); STOP de Valparaíso Rit N° 357-2012 (10.05.2013) que estimó destinados al consumo el porte de 53,77 grs. neto; STOP de Los Ángeles Rit N° 19-2013 (17.04.2013) que estimó destinados al consumo la posesión de 6 plantas de *cannabis sativa*; que no fue anulada por la SCA de Concepción Rol N° 249-2013 (07.06.2013); STOP de Santiago (6°) Rit N° 17-2013 (28.03.2013) que estimó destinados al consumo el porte de 39,6 grs. neto; que no fue anulada por la SCA de San Miguel Rol N° 521-2013 (15.05.2013); STOP de Valdivia Rit N° 12-2013 (28.03.2013) que estimó destinados al consumo el porte de 32,47 grs. bruto de marihuana, junto a la posesión de 9 planta de *cannabis sativa*; que no fue anulada por la SCA de Valdivia Rol N° 173-2013 (22.05.2013); STOP de Talca Rit N° 245-2012 (15.02.2013) que estimó, por mayoría, destinados al consumo la posesión de 49,7 grs. neto; que no fue anulada por la SCA de Talca Rol N° 97-2013 (22.03.2013); STOP de Valdivia Rit N° 109-2012 (26.11.2012) que estimó destinados al consumo de los acusados la posesión de 13,2

consumo del acusado la posesión de 153,7 grs. neto de *cannabis sativa*, sentencia que no fue anulada por la SCA de Santiago Rol N° 1575-2013, de 26 de julio de 2013. Para la absolución el tribunal enfatiza lo que se indicó anteriormente: que el Ministerio Público no acreditó supuestos de venta de marihuana, ni tampoco el acusado poseía elementos que facilitarían o permitirían la manipulación de la droga y su venta. Asimismo, el tribunal considera relevante la enfermedad que aquejaba al acusado, no obstante no haberla acreditado mediante pericias. Así, sostuvo que

“Por otra parte, la versión del acusado [...] quien reconoció ser consumidor de marihuana, apareció como verosímil, pues se encuentra ratificada con la prueba pericial y testimonial aportada por la defensa, llegando a aseverar el médico siquiátra [...] que el imputado tiene un consumo impulsivo, no pudiendo determinar si éste era compulsivo, pero ello carece de importancia pues la ley sólo exige que la sustancia esté destinada a su consumo personal y próximo en el tiempo. En este punto debe indicarse que la necesidad de introducir pruebas médicas para acreditar la calidad de consumidor del imputado, indicadas por el Ministerio Público en su alegato de clausura, poniendo como ejemplo el caso de los llamados tribunales de droga, donde dicha institución requiere exámenes de orina y de pelo tanto para autorizar el ingreso a ese sistema como para verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la salida alternativa, no se reflejan en la exigencias legales, pues cabe recordar que en el actual sistema procesal existe libertad de prueba, no habiendo medios de prueba obligatorios para establecer determinados hechos, por lo que no se le puede imponer a la defensa dicha obligación si no está establecida en la legislación, pudiendo recurrir a los diferentes medios de prueba para acreditar tal circunstancia. En otro orden de ideas, la droga encontrada en manos del acusado, no estaba dosificada o distribuida, situación que también permite pensar que no estaba destinada a su transferencia a terceros, especialmente cuando no se aportó ningún antecedente ni existe indicio alguno que dé cuenta de ello, según se estableció en los hechos descritos en el considerando octavo. No existe siquiera un testimonio de oídas que involucre al acusado en una venta de drogas; no se encontraron balanzas, papelillos ni dosificadores de droga; la hierba se encontraba en una bolsa negra y que aún estaba húmeda, en horas de la mañana, a plena luz del sol, todo lo cual nos permite concluir que su origen y destino no era otro que el sostenido por el imputado”.

grs. neto y 4 plantas de *cannabis sativa*; que no fue anulada por la SCA de Valdivia Rol N° 621-2012 (10.01.2013).

La segunda sentencia relevante es la STOP de Villarrica Rit N° 1-2013, de fecha 31 de mayo de 2013, que en el segundo juicio nuevamente estimó destinados al consumo del acusado la posesión de 46 plantitas de *cannabis sativa*, junto con 57,73 grs. bruto de marihuana. Para el tribunal resultó relevante que no se acreditó ningún supuesto de venta de droga, y que los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa* permitían entender que no se trataba de una posesión de una cantidad importante de droga. En este sentido, en cuanto a la proximidad temporal el tribunal sostuvo que

“la cantidad de droga incautada en su poder, que asciende a 57,73 gramos brutos, sumado a la circunstancia de que el acusado consume la marihuana en forma crónica, permiten concluir que la dosificación de la misma le permitirá consumir durante un limitado espacio temporal [...].

Considerando que efectivamente se puedan obtener tres dosis por gramo y que el consumo diario del imputado asciende de 4 a 6 cigarrillos de marihuana, la droga incautada le permitiría mantener ese nivel de consumo durante un rango máximo aproximado de 28 a 43 días, lo que constituye claramente una escasa cantidad de tiempo. Independiente de la cantidad de dosis que es posible obtener de la sustancia incautada, el volumen de la misma [...] no supera el que puede contenerse en una cajetilla de cigarrillos o en una bolsita de condimento que venden en cualquier supermercado, volumen que no superaría los 70 centímetros cúbicos aproximadamente. Ello, unido a la ausencia de cualquier otro elemento de convicción objetivamente incriminatorio, respecto de un eventual tráfico hace que esta cantidad no pueda ser apreciada como idónea o viable para el comercio ilícito, sino más bien destinada al uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo del imputado.

En relación a la plantación de *cannabis sativa*, se trata de 46 plantas en proceso de germinación, carentes aún de principios activos. Si bien los testigos al efectuar una proyección en el tiempo señalaron que de las mismas es posible obtener un gramaje de marihuana considerable, esta afirmación parte de un supuesto y es que todas las plantas crezcan y tengan principios activos de *cannabis sativa*. Debe considerarse que esta proyección supone un cuidado adecuado de las plantas en un ambiente óptimo, que permita el crecimiento y desarrollo de todas ellas. De acuerdo a las máximas de experiencia, no todas las semillas que se plantan germinan, así mismo, no todas las plantas que germinan son aptas para ser trasplantadas y entre éstas trasplantadas no todas prenden o arraigan en la tierra. La cantidad de plantas que fructifiquen, constituye un hecho futuro e incierto que este Tribunal no puede considerar como incuestionable, limitándose a apreciar la calidad y características de la plantación

a la fecha de ocurrencia de los hechos. De acuerdo a la prueba rendida, se trata de una instalación muy precaria, que da cuenta de la falta de sofisticación y experticia del acusado, constituido por plantas de escasos centímetros, sin principios activos y por ende inocuos para afectar el bien jurídico protegido de la salud pública tutelado por el legislador, debiendo acreditarse un riesgo del bien jurídico, no pudiendo condenar en base a una mera suposición de que éste se vea afectado en el futuro”.

La tercera sentencia corresponde a la STOP de Santiago (5°) Rit N° 130-2013, de 19 de noviembre de 2013, que estimó destinados al consumo del acusado la posesión de 13 plantas de *cannabis sativa*, junto con la cosecha de 400 grs. neto de marihuana. No obstante poseer la droga en el patio de su domicilio, el tribunal aplicó las sanciones del artículo 50 de la ley. La sentencia no fue anulada por la SCA de Santiago Rol N° 3456-2013, de fecha 19 de marzo de 2014, respecto del recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público. Para el tribunal es relevante que en el procedimiento no hubo denuncia por venta de droga, como asimismo, que, atendidas las características de los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*, resultaba razonable la cantidad de droga incautada en relación a las condiciones fisiológicas del acusado y su grado de adicción. En este sentido, sostuvo que

“la entidad de las plantas de marihuana incautadas se explica como actos propios de quien realiza acciones para satisfacer su autoconsumo, sin que exista ningún antecedente que lleve a concluir que se haya facilitado el consumo a terceras personas o se hayan realizado otras acciones distintas al autoconsumo, más si se tiene en cuenta que el propio acusado reconoció consumir marihuana desde los 14 años y explicó que las plantas y hojas de marihuana encontradas en su domicilio estaban destinadas a satisfacer su consumo personal, explicitando que el número de matas estaba íntimamente relacionado con el desconocimiento respecto a si estas serían o no productoras de cogollos (machos o hembras) y la esperanza de mantener, luego de la floración, al menos tres plantas que permitieran su consumo personal, circunstancias todas que no pudieron ser desmentidas por los antecedentes de cargo, y que por el contrario dada la cantidad de plantas encontradas, su entidad y ubicación e inexistencia de otros antecedentes, refuerzan los dichos del declarante.

Lo antes expuesto, permite a estos magistrados concluir que el cultivo realizado por [...] en su domicilio, no tenía otra finalidad que procurar satisfacer su consumo personal, atendido que la cantidad de plantas encontradas en su domicilio y las hojas emanadas de las mismas, son rudimentarios y no existen otros antecedentes que permitan suponer que dichos cultivos estuvieran destinados a otros efectos, más si se tiene en consideración que no se hallaron otros vestigios al allanarse la residencia,

más que los incautados, cuya tenencia fue justificada por el acusado como consumo personal, teniendo presente a este respecto, que la determinación de la cantidad en caso de autocultivo no puede tener como criterio que la dosis que se posea sea de aquellas que pueda consumirse en ese instante, pues el autocultivo necesariamente puede involucrar la tenencia de una mayor cantidad ya que este implica realizar ciertas actividades propias de cualquier persona que quiere satisfacer sus necesidades, como lo es la tenencia de más de una planta como sucede en este caso, pero que debido a su estado y ubicación –no florecidos y en una pequeña franja de tierra en el patio de la residencia del acusado– y la inexistencia de otros antecedentes que permitan presumir una conducta diversa al consumo personal [...]”.

La cuarta sentencia corresponde a la STOP de Punta Arenas Rit N° 83-2013, de 13 de noviembre de 2013, que estimó destinados al consumo del acusado el porte de 174 grs. neto, no siendo anulada, por mayoría, por la SCA de Punta Arenas Rol N° 175-2013, de 17 de marzo de 2014. Cabe destacar que en este caso el tribunal omite pronunciamiento respecto de la eventual aplicación del artículo 50. Asimismo, para el tribunal resultó relevante que no se acreditó ningún supuesto de venta de droga, las condiciones fisiológicas del imputado y su grado de adicción, y consideraciones provenientes de la Criminología. Respecto de la proximidad temporal sostuvo que

“la droga incautada no estaba dosificada, por lo que la cantidad de dosis que implicaba esa cantidad, depende de diversos factores, incluido el gusto personal del consumidor, de manera que no se cuenta con un número preciso y determinado de porciones, para el cálculo que se pretende.

Por otra parte, el concepto de ‘próximo en el tiempo’ que utiliza en la ley, no se encuentra definido ni determinado, pues el legislador entendió que debía analizarse caso a caso. En la especie, estamos ante un consumidor habitual de marihuana, quien en un viaje a la República Argentina, tuvo la oportunidad de adquirir dicha droga a un precio muy menor del que se transa en esta ciudad, de manera que podría contar con dicha sustancia sin necesidad de adquirirla día a día, pero por un plazo razonable de acuerdo al dinero gastado en su compra. De este modo, el período en que el acusado podía consumir la marihuana, resulta relativamente ‘próximo’, en relación al dinero gastado y la oportunidad que se le presentó”.

La quinta sentencia de este período que debe destacarse es la STOP de Curicó Rit N° 83-2013, de 11 de diciembre de 2013, que estimó, por mayoría, destinados al consumo del acusado la posesión de 8 plantas de *cannabis sativa*, junto con la cosecha

de 208,1 grs. neto de marihuana, sentencia que no fue anulada, por mayoría, por la SCA de Talca Rol N° 654-2013, de 9 de enero de 2013. Para el tribunal resultó relevante que no se acreditó ningún supuesto de venta de droga y las condiciones fisiológicas del imputado y su grado de adicción. En este sentido, respecto de la proximidad temporal sostuvo que

“la cantidad encontrada al acusado, parece razonable atendido su condición de dependiente del alucinógeno, es por ello, que mantenía en su domicilio, plantas que le permitían autoabastecerse de droga para ser consumida en tiempo próximo. Por otra parte, al respecto, se debe tener en cuenta, que la cantidad de droga que una persona puede llegar a consumir, es variable y debe ser apreciada, según las personales circunstancias y condiciones del consumidor. Fue relevante considerar, que consultado el funcionario de Carabineros de Chile [...] sobre la existencia de algún indicio de tráfico en el inmueble del acusado o sus alrededores, afirmó categóricamente que no existían elementos que permitieran concluir la venta de droga al menudeo, lo cual se condice, con la declaración del acusado, en cuanto sostuvo que la droga era para su provisión y consumo personal. Por tanto, en este caso, tratándose de una persona adicta, que incluso consume mientras cuida de sus hijos pequeños, es del parecer del tribunal, que se justifica que dicha cantidad de *cannabis sativa*, pueda estar destinada al uso y consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, considerándose, en consecuencia, verosímil la versión del acusado”.

Por último, debe destacarse la STOP de Santiago (5°) Rit N° 156-2013, de fecha 31 de diciembre de 2013, que, por mayoría, estimó destinados al consumo del acusado la posesión de 465,8 grs. neto de *cannabis sativa*, sentencia que no fue anulada por la SCA de Santiago Rol N° 96-2014, de fecha 25 de abril de 2014. Para el tribunal resultó relevante que no se acreditó ningún supuesto de venta de droga y las condiciones fisiológicas del imputado y su grado de adicción, enfatizando, además, que la acusación sostenía que hubo comercialización de la droga, lo que finalmente no se acreditó. En este sentido, el tribunal sostuvo que

“[d]escartada las hipótesis de tráfico en la acusación fiscal, sólo nos queda el hecho de haber encontrado a granel 465 gramos de marihuana, que según expresó el Fiscal resultaba un exceso, dado que con dicha cantidad se pueden elaborar muchos papelillos. Esta última afirmación, respecto de la cantidad de papelillos que puedan confeccionarse con la marihuana encontrada, varió de 200 a 600 miligramos, esto es, de 2325 dosis a menos de 900 dosis, por lo que difícilmente puede servir como criterio para considerar excesivo la cantidad de papelillos, pues ello no tiene un

parámetro objetivo y único, por lo tanto la hipótesis que la cantidad es excesiva se debe desestimar para considerar que no existe un consumo próximo en el tiempo.

Por otro lado, la cantidad encontrada tuvo una explicación también razonable, en el hecho que el mismo acusado señaló que mantuvo una planta de marihuana y que el producto de dicha planta era la que mantenía en frascos, afirmación refrendada por [...] permite explicar razonable los gramos de marihuana incautada.

A mayor abundamiento, incluso el legislador en el artículo 8° de la ley 20.000 al referirse a las plantaciones permite sancionar el consumo cuando es próximo en el tiempo y, necesariamente, cuando se tiene una planta o más plantas dicho consumo es extensivo, por lo que próximo en el tiempo sólo puede entenderse cuando las sustancias son de inmediato acceso al consumidor y que dicha cantidad no permita suponer que necesariamente estaba destinada al tráfico, como ocurre en este caso.

Por otra parte, se acreditó de manera irrefutable que [...] era un consumidor habitual de marihuana desde los 16 años y el fundamento de su consumo es una depresión de lo que dio cuenta la perito [...] Afirmación pericial corroborada por el acusado y los testigos [...] y la químico [...] quien informó la detección de consumo de marihuana, refrendando las afirmaciones testimoniales.

De tal forma que acreditado que [...] era consumidor habitual de marihuana y que para tales efectos mantuvo una planta de marihuana, que explica la cantidad de sustancia encontrada en su domicilio, sólo cabe concluir que la conducta de [...] es una conducta no sancionada, pues el consumo privado no admite sanción penal, salvo la existencia de concierto lo que no se acreditó en este caso.

La posesión de la cantidad de droga indicada no basta para que pueda configurarse la conducta de tráfico señalado por el persecutor, pues necesariamente deben existir antecedentes para la afectación del bien jurídico de la salud pública, la que sólo se logra en conductas que permitan suponer comercialización a terceros, lo que no acontece en el presente caso, por lo que no existió en la conducta de [...] antijuricidad formal ni material.

Tal afirmación se sustenta en el propio tenor de la acusación fiscal, que acusó por tráfico sólo en el entendido que existió comercialización a terceros y no por la posesión, pues acreditado que era consumidor, dicha cantidad no permite inferir ni suponer conductas de tráfico como ya hemos razonado latamente”.

V

Del año 2014 cinco son las sentencias que corresponde destacar.⁶ La primera es la STOP de Valparaíso Rit N° 471-2013, de 13 de enero de 2014, que estimó destinados al consumo del acusado el porte de 110,26 grs. neto de marihuana prensada; sentencia que no fue anulada por la SCA de Valparaíso Rol N° 115-2014, de 25 de febrero de 2014. No obstante portar la droga en su mochila, el tribunal aplicó al acusado la sanción del artículo 50 de la ley. Para el tribunal es relevante que el Ministerio Público no acreditara ninguna circunstancia indiciaria de tráfico de drogas, así como también la calidad de consumidor acreditada por la defensa. En este sentido, sostuvo que

“a pesar de la cantidad de marihuana que portaba el acusado el día de los hechos (110.26 gramos neto), se pudo probar por la defensa del encartado que aquella sustancia estaba destinada para su propio consumo próximo en el tiempo. En efecto, no existió ninguna prueba o indicio para estimar que el acusado haya tenido ánimo o intención de traficarla bajo las modalidades de ‘posesión’ y ‘transporte’. En efecto, si consideramos los antecedentes o circunstancias que habitualmente son tomados en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia para discernir entre el ‘porte para el consumo’ y el ‘porte para el tráfico’, puede concluirse que el contexto de la conducta desarrollada por el acusado es significativo de lo primero y no de lo segundo. La droga que fue incautada se encontraba en una bolsa de nailon, no verificándose, por tanto, que la sustancia haya estado dosificada. Unido a lo anterior se debe tener en consideración que el acusado manifestó que en la época de los hechos consumía todos los días y se había iniciado desde los 17 años, lo que dio suficiente razón de sus dichos, al explicar que si comprara todos los días para fumar, tendría que estar comprando y vinculándose en un mercado donde no quería estar o lo otro era tener matas, pero no era legal. [...]

Por otro lado, no se dio cuenta por medio de probanza alguna que el encartado haya mantenido en su poder algún aparato de telefonía celular o dinero de baja denominación, elementos materiales que generalmente son indiciarios de una situación de tráfico.

⁶ Respecto del año 2014, también pueden consultarse las siguientes sentencias: SCA de San Miguel Rol N° 1446-2014 (15.10.2014) que acogiendo el recurso de nulidad presentado por la defensa, estimó destinados al consumo el porte de 49,3 grs. bruto; STOP de Arica Rit N° 14-2014 (18.03.2014) que estimó destinados al consumo de los acusados el porte de 59,8 grs. neto.

Asimismo, quedó suficientemente claro que el encartado al momento de ser registrado por los funcionarios policiales, iba camino a su hogar, y no fue visto en ninguna actitud que revelara que estaba llano a poner en circulación la droga en cuestión”.

La segunda es la STOP de Ovalle Rit N° 158-2013, de fecha 17 de mayo de 2014, que en el segundo juicio absolvió al acusado, estimando destinados al consumo la posesión de 17 plantas de *cannabis sativa*, junto con 352,35 grs. neto de marihuana elaborada, y sin aplicar la sanción del artículo 50, sosteniendo que no tenía competencia para pronunciarse respecto de faltas. Para el tribunal es relevante las enfermedades que aquejaban al acusado y que explicaban el consumo de marihuana para paliar el dolor; y las características de los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*, especialmente considerando que el acusado vivía en un sector rural alejado del centro urbano. En este sentido, el tribunal sostuvo que

“el propio acusado manifestó en la audiencia que consume marihuana para poder trabajar, toda vez que sufre de dolores por enfermedades óseas que le diagnosticaron hace unos cuatro años, y el consumo de la marihuana, tanto en infusión como fumándola, le alivia dichos dolores, lo cual se encuentra corroborado con la prueba documental presentada por la defensa, que dan cuenta que el año 2009 se le diagnosticó al acusado meniscopatía degenerativa L5-S1 y espondilosis lumbar. Además, padece de artrosis sintomática en cadera y rodillas. Así las cosas, la explicación proporcionada por el acusado en audiencia, en el sentido que cultivaba marihuana para su consumo exclusivo, resulta creíble para estos sentenciadores, teniendo en consideración para ello, además de la documentación médica ya indicada, la circunstancia de no haberse encontrado elemento alguno que permita sostener que la marihuana encontrada estaba destinada a ser distribuida a terceros, sino que por el contrario, toda la evidencia y forma en que fue hallada la marihuana elaborada y plantas vivas, nos llevan a concluir que estaba destinada al consumo personal y exclusivo del acusado.

En cuanto a que las especies vegetales estaban destinadas al consumo próximo en el tiempo del acusado, se desprende de la cantidad de plantas vivas encontradas y las características de las mismas, lo que unido a la marihuana elaborada que se halló, esto es, 352,35 gramos, de lo cual sólo 36 gramos brutos correspondía a cogollos, tal como lo refirió el propio testigo de cargo, y el resto a hojas, según se aprecia en las fotografías N°s 3, 4, 5 y 6 exhibidas, fruto que es el comúnmente utilizado para el consumo, ya que concentra la mayor cantidad de THC, resulta lógico concluir que las plantas de *cannabis sativa* estaban destinadas al consumo exclusivo y próximo en el tiempo, ya que dichas plantas sólo le producían la cantidad indicada, a

razón de una dosis por gramo, lo que hace un total de 36 dosis, si se considera únicamente los cogollos, que como ya se indicó, es el comúnmente utilizado para el consumo. Para concluir la proximidad en el consumo por parte del acusado no sólo se ha considerado la cantidad de droga encontrada, sino que también las especiales circunstancias en que vivía, esto es, en una zona rural alejada del centro urbano.

Cabe hacer presente además que si bien el acusado tenía 17 plantas vivas de *cannabis sativa*, por el estado de crecimiento que se encontraban, no podía obtener la marihuana elaborada de una sola vez, sino que tenía que esperar el proceso de crecimiento para obtener los cogollos”.

La tercera sentencia es la STOP de Curicó Rit N° 33-2014, de 9 de septiembre de 2014, que en el segundo juicio absolvió nuevamente al acusado, estimando destinado al consumo la posesión de 58 plantitas de *cannabis sativa*, sin aplicar, además, la sanción prevista en el artículo 50, por entenderla improcedente. Para el tribunal es relevante la enfermedad que aquejaba al acusado y que explicaba el consumo de marihuana para paliar el dolor; las características de los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*, considerando el incipiente crecimiento de las plantitas; y plantea el tribunal que para determinar la proximidad temporal debe distinguirse entre un consumidor que planta y cultiva su propia *cannabis sativa*, de aquél que la compra a microtraficantes. En este sentido, sostuvo que

“[s]i bien es cierto que se probó que el acusado sembró semillas de *cannabis sativa*, que le produjeron 58 plantas, las que mantenía en el patio posterior de su domicilio, hay que tener presente que dichas plantas, estaban sin ningún tipo cuidado especial o de resguardo, así como tampoco, estaban cubiertas a protegidas del clima; plantas que presentaban un rango de altura entre 10 y 23 centímetros, por lo que, ellas estaban en pleno proceso de crecimiento, ya que, el descubrimiento fue en septiembre y la época de cosecha es entre febrero y marzo, por lo que, aún faltaban varios meses para poder llegar a determinar cuánta cantidad de esas 58 plantas iban a llegar en condiciones de ser cosechadas y de ser útiles y aptas para el consumo como tales, puesto que, de acuerdo a los conocimientos científicamente afianzados, estamos ante un cultivo que requiere condiciones adecuadas de temperatura, humedad y luminosidad para poder germinar su semilla y crecer, por lo que, se va a depender de demasiadas variantes (clima, conocimiento del tipo de cultivo, cuidados) para llegar a la obtención del producto final, tanto en cantidad como en calidad de la droga que se va a lograr obtener. [...]

En consecuencia, no es lo mismo un consumidor que adquiere la droga de terceros en el mercado ilegal, que aquel que lo hace cultivando su propia sustancia, ya que a quienes compran, no se le puede aplicar el mismo parámetro de proximidad en el tiempo exigido por la ley, que aquel que sembró semillas; pues, se entiende que quien compra una determinada cantidad de *cannabis* a terceros, compra hierba de una determinada calidad alucinógena, con presencia de sumidades floridas, libre de tallos, ramas, es decir, relativamente limpia o elaborada, lo que implica que con menos cantidad de droga se logra obtener los efectos deseados y ello deviene, en consecuencia en una certeza de mayores dosis; por el contrario, quien siembra semillas y en las condiciones básicas en que lo hizo [...] no sabe a ciencia cierta, cuántas de ellas germinarán en definitiva, crecerán y darán hojas y frutos adecuados para el consumo, pues, dependerá, como ya se ha dicho, de los cuidados que le dé a las plantas, de los factores climáticos, de los conocimientos que se tengan de su cultivo, de la cantidad exacta de humedad o agua, más aún, si no se puede controlar el crecimiento y producción de determinadas plantas, como en este caso, que no se ha acreditado que el acusado fuese un experto en este tipo de cultivo, por lo que esa plantación estaba entregada a la suerte. [...]

Por otra parte, la fiscalía señala que la cantidad encontrada no se condice con el elemento proximidad en el tiempo; pero como ya se ha dicho, existen múltiples factores que van a influir en una plantación y cosecha, puesto que, no sabemos si en ella va a obtener la cantidad de droga necesaria para satisfacer su adicción, por lo que, por la razones expuestas, para este tribunal no cabe ninguna duda que las 58 plantas eran para un consumo próximo en el tiempo, teniendo en vista las circunstancias externas y personales de [...]”.

Debe tenerse presente, además, la STOP de Temuco Rit N° 140-2014, de 26 de septiembre de 2014, que estimó destinados al consumo del acusado la posesión de 18 plantas de *cannabis sativa*, junto con la cosecha de 486,44 grs. bruto; sentencia que no fue anulada por la SCA de Temuco Rol N° 910-2014, de 13 de noviembre de 2014. Para el tribunal es relevante que la droga cosechada se encontraba en proceso de secado, como asimismo las condiciones fisiológicas del imputado y su grado de adicción. En este sentido, sostuvo que

“tales conductas fueron desplegadas por el agente justificadamente, como permite el legislador, para su uso y consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, como no puede menos que deducirse del hecho de que, en primer lugar, tal como lo aseveró uno de los policías aprehensores, la especie encontrada en los contenedores estaba compuesta por tallos, hojas y flores de la planta en comento en estado

bruto y la hallada en la caja de madera en evidente proceso de secado al parecer del testigo; segundo, que en tales condiciones, y dadas las máximas de la experiencia, la cantidad total de 486 gramos de la sustancia incautada quedaría reducida a una bastante menor cantidad por la pérdida del líquido del que se componen tales especies vegetales; tercero, por cuanto las declaraciones de los testigos [...] fueron contestes al señalar que la persona del acusado era consumidor de marihuana, como tuvieron oportunidad de advertirlo personalmente; cuarto, porque, como fue aclarado al tribunal, al momento de verificarse el registro por los agentes aprehensores en la diligencia de rigor no se encontró elemento alguno de aquellos que regularmente se destinan al pesaje de ese tipo de droga para su comercialización ilícita; quinto, porque la denuncia que permitió el actuar de tales efectivos policiales dio solo cuenta, en sus propios dichos, de la existencia de plantas en cultivo y no de actividades relacionadas con ninguno de los otros verbos rectores del tráfico de drogas en general ni de la presencia de extrañas personas que pulularan o frecuentaran el lugar para adquirir droga; y sexto, porque como se desprendió de sus dichos, como medio de defensa, el acusado dio acabada explicación para el cultivo de las especies vegetales prohibidas y para su posterior cosecha al declararse consumidor habitual de marihuana desde temprana edad, como fue científicamente acreditado con el documento de informe de cannabinoides en su orina, emitido por una entidad idónea para ello, que, aunque fechado a marzo 18 de este año, arrojó un resultado positivo, esto es, presencia de los principios activos propios de la *cannabis sativa* o marihuana, sin que obste a esta conclusión el que ocasionalmente se pueda compartir el consumo de la marihuana con un tercero cuando es visitado por terceras personas el agente, como este relató”.

Finalmente, también debe considerarse la STOP de Concepción Rit N° 458-2014, de 14 de noviembre de 2014, que estimó destinados al consumo de los acusados la posesión de 5 plantas de *cannabis sativa*, junto con la cosecha de 919,6 grs. bruto; sentencia que no fue anulada por la SCA de Concepción Rol N° 757-2014, de 8 de enero de 2015. Tanto el tribunal como la Iltma. Corte de Apelaciones entienden que, por tratarse de una posesión en un inmueble y respecto del cual no se verifican los presupuestos típicos del artículo 50, no procede aplicar las sanciones previstas en esta norma. Para el tribunal es relevante que se trata de dos acusados y, asimismo, la interpretación de la proximidad temporal que sostiene el fallo de la SCA de Valparaíso Rol N° 5-2009, de 28 de enero de 2009. En este sentido, el tribunal sostuvo que

“conforme se viene analizando, es aceptable creer que tanto el plantío como la marihuana cosechada tenía por único destino el autoabastecimiento para consumo

de parte de los acusados. Ahora bien, la siguiente cuestión es aclarar si es razonable colegir que el cultivo y la cantidad cosechada, de 919,6 gramos, es factible de ser objeto de un consumo próximo en el tiempo –considerando que ya la exclusividad de esta actividad viene dada al imputarse la conducta a los dos acusados y no haber antecedente alguno, según se ha manifestado, de haber otros destinatarios de la droga–. Así, los encartados dan una explicación plausible del porqué de esta cuantía, aseverando que sólo en parte este acopio tenía por fin el consumo, destinándose en su mayoría a la reutilización como abono. Pero aun de apreciarse que es discutible esta posibilidad, queda aún abierto el entendimiento en cuanto a la noción de proximidad de esta ingesta, pudiendo aceptarse como lo ha señalado un fallo (Rol N° 5-2009 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso), que existe ‘la necesidad de interpretar el concepto de proximidad, no ya cual un componente fáctico de la fórmula negadora del tipo, sino a la luz de las circunstancias concretas del hecho y del autor, cotejadas con máximas de la experiencia. La Criminología sobre estupefacientes enseña que los consumidores no traficantes pueden llegar a adquirir cantidades muy superiores a la de un consumo inmediato, porque a mayor cantidad la droga se consigue más barata, sin tener que estar a la siga cotidiana de vendedores, búsqueda que entraña pérdida de tiempo y, especialmente, riesgos de todo jaez (Serrano Gómez y Serrano Maíllo, *Derecho penal. Parte especial*. Dykinson, Madrid, 13ª ed., 2008, cfr. pág. 712). Una interpretación del consumo próximo respetuosa del juicio cognitivo subyacente, tiene que sopesar, pues, las peculiaridades del caso objeto de enjuiciamiento, y no liquidarlo en su individualidad bajo la suposición de que aquí se está ante un elemento típico descriptivo, sometiéndolo, por añadidura, a una interpretación apenas gramatical. Por lo demás, la noción de proximidad, esto es, la cercanía en el tiempo o el espacio, es en sí misma relativa’. De esta manera, se argumenta finalmente en esta sentencia, que la proximidad no se encuentra ‘regida por un cálculo cronológico, absoluto, invariable, y que, antes bien, deba desaparecer sólo cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título’”.

VI

Del año 2015 deben destacarse ocho sentencias, incluyendo en ellos los dos fallos del máximo tribunal.⁷ La primera es la STOP de Viña del Mar Rit N° 10-

⁷ Respecto del año 2015, también pueden consultarse las siguientes sentencias: STOP de Osorno Rit N° 76-2015 (16.12.2015), que estimó destinados al consumo el transporte de 105,7

2015, de 13 de marzo de 2015, que estimó destinados al consumo del acusado la posesión de 4 plantas de *cannabis sativa*, junto con 644,3 grs. neto de marihuana, aplicando la sanción prevista en el artículo 50. Para el tribunal es relevante que no se acreditara ningún supuesto de comercialización de la droga, como también lo

grs. neto; STOP de Iquique Rit N° 499-2015 (15.12.2015) que estimó destinados al consumo el transporte de 85,29 grs. neto; STOP de Cañete Rit N° 166-2015 (02.12.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 14 plantas de *cannabis sativa*; STOP de Los Ángeles Rit N° 173-2015 (27.11.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 8 plantas de *cannabis sativa*; STOP de Curicó Rit N° 181-2015 (17.11.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 64 plantitas de *cannabis sativa*, junto con 60 grs. bruto de marihuana; STOP de Rancagua Rit N° 404-2015 (11.11.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 6 plantas de *cannabis sativa*, junto con 77 grs. de marihuana (no se especifica si se trata de un peso bruto o neto); STOP de Santiago (6°) Rit N° 602-2015 (10.11.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 2 plantas de *cannabis sativa*, 257,1 grs. neto de marihuana y 1,64 grs. de clorhidrato de cocaína; STOP de Chillán Rit N° 180-2015 (30.10.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 34 plantas de *cannabis sativa*; STOP de Viña del Mar Rit N° 305-2015 (22.10.2015) que estimó destinados al consumo el porte de 86,1 grs. neto; STOP de Valparaíso Rit N° 404-2015 (06.10.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 12 plantas de *cannabis sativa*, junto con 270 grs. neto; STOP de Rancagua Rit N° 348-2015 (28.09.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 7 plantas de *cannabis sativa*, junto con 22,6 grs. bruto de marihuana; STOP de Iquique Rit N° 410-2015 (11.09.2015) estimó destinados al consumo la posesión de 119,3 grs. neto; STOP de Arica Rit N° 234-2015 (27.08.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 4 plantas de *cannabis sativa*, junto con la cosecha de 25,8 grs. neto; STOP de Colina Rit N° 38-2015 (21.08.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 5 plantas de *cannabis sativa*; STOP de Viña del Mar Rit N° 197-2015 (07.08.2015) que estimó destinados al consumo el porte de 43,6 grs. neto; STOP de Cañete Rit N° 61-2015 (04.08.2015) que estimó destinados al consumo el porte de 52 grs. bruto; STOP de Arica Rit N° 211-2015 (31.07.2015) que estimó destinados al consumo de los acusados la posesión de 20 plantas de *cannabis sativa*, junto con la posesión de 91,24 grs. (no se precisa si se trata de un peso neto o bruto); STOP de Viña del Mar Rit N° 178-2015 (14.07.2015) que estimó destinados al consumo el porte de 46,9 grs. neto; STOP de Santa Cruz Rit N° 65-2015 (30.06.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 87 grs. (no se especifica si se trata de un peso bruto o neto); STOP de Colina Rit N° 4-2015 (26.06.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 7 plantas de *cannabis sativa*; STOP de Valparaíso Rit N° 192-2015 (23.06.2015) que estimó destinados al consumo el porte de 89,31 grs. neto; STOP de San Bernardo Rit N° 53-2015 (06.06.2015) que estimó destinados al consumo el transporte de 1 planta de *cannabis sativa*; STOP de Santiago (6°) Rit N° 174-2015 (12.05.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 50 plantas de *cannabis sativa*; STOP de Cañete Rit N° 27-2015 (30.04.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 2 plantas y 1 plantita de *cannabis sativa*; STOP Valparaíso Rit N° 49-2015 (02.04.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 10 plantitas de *cannabis sativa*, junto con 7 comprimidos de clonazepam y 4 comprimidos de diazepam; STOP de Los Ángeles Rit N° 14-2015 (30.03.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 13 plantas de *cannabis sativa*; que no fue anulada por la SCA de Concepción Rol N° 254-2015 (15.05.2015); STOP de Arica Rit N° 15-2015 (17.02.2015) que estimó destinados al consumo la posesión de 52,4 grs. neto.

fue la forma en que se encontraba la marihuana al momento de incautarse, esto es, a granel y no distribuida en papelillos. En este sentido sostuvo que

“es del caso señalar que el procedimiento que dio origen a la investigación, no surge, –como sucede habitualmente en aquellas referidas a conductas propias del artículo 4° de la ley 20.000– a partir de llamadas que informan que un sujeto se encuentra comercializando sustancias ilícitas en la vía pública, o que denuncian a sujetos en actitudes derechamente indiciarias de la realización de transacciones con terceros, sino que, muy por el contrario, los funcionarios del OS7 de carabineros toman conocimiento exclusivamente de la circunstancia de que en el domicilio [...] había plantas de marihuana, las que efectivamente se encontraban en el patio posterior de la casa.

Lo anterior, no solo descarta la existencia de una denuncia derivada de aquellas conductas propias de la comercialización de estupefacentes, sino que además, a la luz de la lógica y de las máximas de la experiencia, se contraponen abiertamente con el sigilo y total clandestinidad con que se ejecutan estos ilícitos, en los cuales, el vendedor, justamente evita llamar la atención para eludir así la acción policial. Por el contrario, en el caso de marras, el acusado se encontraba en una situación totalmente diversa, ya que mantenía las plantas de marihuana en el patio posterior de su casa, pudiendo incluso observarse parte de una de ellas –específicamente sus ramas–, desde afuera de la propiedad [...].

No resulta menor para fundamentar la decisión del Tribunal la forma en que fue encontrada la droga en el domicilio del acusado, ya que esta no se encontraba sofisticada en la forma en que habitualmente la mantienen los traficantes de pequeñas cantidades, lista para realizar un rápido intercambio con los compradores, sino que, especialmente en el caso de la marihuana, se hallaba a granel y en proceso de secado de la misma, sin que además dentro de los elementos incautados se encontraran ningún tipo de envoltorios u otros objetos destinados a tal fin, de hecho, al ser consultado [...] sobre este punto, manifestó claramente que en el domicilio no se incautó dinero ni otros objetos destinados a la comercialización de droga”.

La segunda es la STOP de Valparaíso Rit N° 80-2015, de 24 de abril de 2015, estimó destinados al consumo del acusado la posesión de 53 plantitas de *cannabis sativa*, junto a la cosecha de 77,8 grs. neto de marihuana, aplicando la sanción del artículo 50 de la ley. Para el tribunal son relevantes las condiciones fisiológicas del imputado y su grado de adicción y que el artículo 8° de la ley no requeriría un nú-

mero máximo o mínimo de plantaciones, sino que respecto de éstas de justifique un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. En este sentido sostuvo que

“también que hay discrepancia en cuanto a la cantidad de plantas que había en el patio del domicilio del acusado [...] y a su altura [...] a priori pareciera que en nada se altera el tipo penal del artículo octavo de la ley de drogas, toda vez que dicha norma en ninguna parte refiere alusión alguna a su cantidad, por lo que da lo mismo que hayan sido 10, 100 o 1.000 plantas, lo importante es que se trate de especies vegetales de *cannabis sativa*, porque respecto de ellas, hay prohibición de su plantación, cultivo y cosecha para toda persona, a no ser que conste con la autorización de la entidad fiscalizadora respectiva, a que se refiere el artículo noveno de la ley de drogas. En este juicio, se acreditó que el encartado no contaba con ninguna autorización.

Sin embargo, la cantidad de plantas sí puede tener importancia para fijar la penalidad, así, en la discusión parlamentaria sobre la norma, se señaló: En el debate se insistió en que es necesario dificultar por todos los medios el acceso a las drogas para consumo personal y, por tanto, en que el cultivo de ciertas especies vegetales debe ser sancionado. No obstante ello, la proposición de sancionar todo tipo de plantación lleva a aplicar la misma penalidad al que tiene una hectárea que al que tiene una planta. Por lo tanto, se debe considerar que ambos hechos han de tener penas distintas, ya que no revisten la misma gravedad.

En caso contrario, tales actuaciones son punibles por el solo ministerio de la ley, salvo que el sujeto justifique en el juicio, que aquella plantación y cosecha estaba destinada a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, situación que sí ha ocurrido en la especie, porque además de discutirse la altura y número con prueba contradictoria de cargo, hay prueba de la defensa que acredita el consumo del acusado, lo que confirmaría que esas plantas de entre 23 y 37 centímetros de altura a que alude el parte policial, más los 78,8 gramos en proceso de secado estarían destinados al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo por parte del encartado, lo que confirmaría que meses después de estos hechos, el propio acusado haya sido sorprendido esta vez con un número inferior de plantas de *cannabis sativa* en su domicilio”.

En tercer lugar, debe considerarse la STOP de Valparaíso Rit N° 131-2015, de 15 de mayo de 2015, estimó destinados al consumo del acusado la posesión de 12 plantas de *cannabis sativa*, junto con la cosecha de 510 grs. neto, aplicando la sanción del artículo 50. De esta sentencia cabe destacar, en primer lugar, que el tri-

bunal sostiene que el artículo 8º, a diferencia del artículo 4º de la ley, no exige que la cantidad destinada al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, deba tratarse de pequeñas cantidades. En segundo lugar, para el tribunal es relevante que en el procedimiento no hubo denuncia por venta de droga. Asimismo, el tribunal considera que, atendidas las características de los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*, resultaba razonable la cantidad de droga incautada en relación a las condiciones fisiológicas de la acusada y su grado de adicción. En este sentido, el tribunal sostuvo que

“la forma en que se encontró la *cannabis sativa* (una parte cultivada y la otra en proceso de secado) [...] resulta indiciario de que ella estaba destinada a consumirse en un tiempo determinado por el sujeto, indicó un año, lo que se condice con la cantidad encontrada y las posibles dosis que puedan obtenerse de la misma. Ahora bien, no resulta ilógico que personas que tengan el nivel de consumo observado en el acusado, cultiven unas plantas de marihuana y que de aquel cultivo obtengan sustancias vegetales que sequen y luego consuman, siendo habitual encontrarse dicha sustancia en distintas etapas, unas en proceso de secado y otras verde en cultivo o maduración, tal como se acreditó de lo expuesto por los funcionarios, el acusado y el propio informe de recepción de la droga. A lo anterior debe unirse que ningún antecedente vertido en la audiencia, permite concluir, más allá de toda duda razonable que aquella droga haya tenido un destino distinto al consumo alegado por el acusado, ni menos que ésta haya estado reservada a ser comercializada o a ser facilitada a terceros; más si expresamente se indicó que no se encontró en el domicilio ningún elemento para procesarla o dosificarla y que en la caja se hallaba una gran cantidad de esta sustancia lo que no es usual en la comercialización, siendo habitual que en los procedimientos normalmente se encuentran muchas dosis pequeñas. A lo anterior se agrega que el propio imputado señaló que no había podido obtener nada aún de esa plantación porque no estaba en condiciones.

Además debe tenerse presente que la denuncia recibida solo indicaba que en el domicilio existía una plantación, y atendida las máximas de la experiencia adquiridas en otros juicios, cuando personal policial recibe denuncia acerca de tráfico de drogas lo normal es que realicen actividades de observación a los inmuebles o utilicen la figura de agente encubierto para descubrir las transacciones, pero en este caso nada de ello ocurrió, por el contrario solo concurren al domicilio y verifican la existencia del mentado cultivo. Por otro lado, tampoco se encontró en el domicilio del acusado ningún elemento que suele utilizarse para dosificar la droga, siendo común encontrarlos en los inmuebles que habitan personas que se dedican a esta actividad ilícita, como lo son, bolsas dosificadoras de *nylon*, papeles previamente

cortados, alguna máquina o licuadora para moler la sustancia, ni tampoco se encontró dinero en denominaciones pequeñas, tan usual en los procedimientos de venta.

Asimismo lleva a concluir que la *cannabis sativa* incautada estaba destinada al consumo próximo en el tiempo, en primer término, porque al abordar la materia, cabe dejar sentado que el artículo 8° de la Ley N° 20.000 no exige que el cultivo de que se trate deba ser de pequeñas cantidades de droga, como sí ocurre en el artículo 4° del mismo texto, que sanciona el tráfico de aquéllas, situación que desde ya hace posible entonces que aun tratándose de una cantidad que podría no estimarse de menor (como lo es 9.200 gramos netos de plantas y 510 gramos netos en proceso de secado), la situación prevista en la parte final del artículo 8°, concurra. Razonamiento al que debe añadirse que la proximidad en el tiempo no está definida en la ley y que constituye por sí un requisito cuya procedencia deberá determinarse, caso a caso, con la prueba rendida, debiendo determinarse así si la cantidad de droga incautada al acusado puede racionalmente, atendidas las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, considerarse destinada al consumo próximo de éste; lo que a juicio de estos Jueces sí ocurre en la especie, porque conforme se pudo concluir de los antecedentes proporcionados, el acusado es un consumidor con abuso de esta sustancia y principalmente porque el que pueda ser consumida en un tiempo próximo no quiere decir en un tiempo inmediato, así aquella sustancia fácilmente puede haberle satisfecho sus necesidades por algunos meses o incluso un año, no debe olvidarse que no existe una regla única en base a la cual se pueda determinar con certeza cuántas dosis o “pitos” puede obtenerse de aquel total, más aún cuando ello depende de la cantidad de marihuana que se utilice en la elaboración de cada uno de ellos y de las oportunidades en las que consume diariamente, debiendo considerarse que las ocasiones señaladas por el acusado era una aproximada entre 5 a 10 cigarros diarios, y en este juicio se acreditó que sin perjuicio que su consumo ha sido de larga data, en la actualidad éste pudo haber aumentado porque lo utiliza para paliar sus dolencias físicas, dando cuenta todos los antecedentes clínicos que sus enfermedades han ido en aumento, siendo hasta lógico que aumente su consumo ya que a través de esta droga conseguiría una sensación de tranquilidad, estado que perfectamente podría buscar con mayor frecuencia atendida sus propias dolencias y la depresión consignada en el informe que le produce el no poder trabajar y que su cónyuge deba asistirle casi en todo. Asimismo, la circunstancia que se acreditara la existencia de la plantación frondosa aun cuando no se fotografió ésta una vez extraída, es un indicio para esgrimir que el producto de la misma puede ser consumido en un periodo próximo, siendo conocido que ésta no servirá en su totalidad para tal efecto, toda vez que no toda la sustancia vegetal extraída de una planta de marihuana es utilizada para el con-

sumo, por lo que indudablemente de los 9.200 gramos netos que pesó, sólo una cantidad menor a esa sería utilizada para tal efecto –argumentos con los cuales se contesta así al ente persecutor quien discutió la concurrencia de este presupuesto de proximidad en el tiempo”.

A continuación debe considerarse la paradigmática SCS Rol N° 4949-2015, de 4 de junio de 2015, que acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, es relevante por diversas razones: enfatiza el principio de lesividad y de protección de bienes jurídicos; efectúa una interesante interpretación de la expresión “uso o consumo personal y exclusivo”; entiende que en el caso concreto no correspondía la aplicación del artículo 50 de la ley, a la que se remite la parte final del inciso 1° del artículo 8°. ⁸ No obstante lo anterior, no puede soslayarse que, en breves líneas, el máximo tribunal estimó destinados al consumo de la acusada el cultivo de 6 plantas de *cannabis sativa*, con alturas oscilantes entre 1.50-2.10 mts., afirmando 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”.

La quinta sentencia que debe considerarse es la STOP de Curicó Rit N° 40-2015, de 30 de junio de 2015, que estimó, por mayoría, destinados al consumo la cosecha de 691 grs. neto de marihuana, y no fue anulada por la SCA de Talca Rol N° 474-2015, de 18 de agosto de 2015. Para el tribunal es relevante los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*; el estado en que se encontraba la droga incautada, esto es, en proceso de secado; y que, a juicio del tribunal, la proximidad temporal requiere distinguir la situación del imputado que cultiva y cosecha su propia *cannabis sativa*, de aquel que compra a microtraficantes. En este sentido sostuvo que

⁸ En este sentido, sostuvo la Excm. Corte Suprema que “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 subjúdice el referido artículo 50”.

“se probó que el acusado mantenía un cultivo de a lo menos tres plantas de *cannabis sativa*, de las cuales cosechó la cantidad de 691 gramos de *cannabis sativa*, también resultó acreditado que dichas plantas habían sido cosechadas unos diez o quince días antes de que llegaran los detectives al domicilio, tal y como lo señaló el acusado y según lo corroboró el funcionario policial, cuando declaró que dicha droga eran mayormente cogollos y que estaban en proceso de secado, por lo que, dicha *cannabis* no estaba completamente seca, por lo que, no estaría en condiciones de ser consumida, ya que de acuerdo a las máximas de la experiencia la marihuana para ser consumida debe estar seca y obviamente si, un vegetal está húmedo, ello significa que su peso es mayor, pues el agua que contienen los cogollos, hacen que dicha droga pese más, por lo que, la droga que se le encontró a [...] iba a ser, en definitiva, al momento de estar óptima para su consumo, menor que los 691 gramos netos que pesó al momento de ser incautada.

Asimismo, es de conocimiento público que la plantación y cosecha de la *cannabis* tiene su tiempo, tiempo para sembrar, para cuidar la planta y tiempo para su cosecha, que la planta no da todo el año y al ser cosechada se debe guardar dicha cosecha, y es lo que hizo el acusado, guardó la producción que le dieron sus plantas, por lo que, resulta ilógico que si alguien que siembra y cosecha una cierta cantidad de droga, se le pida a un consumidor, de la categoría del acusado, que se deshaga o bote a la basura gran parte de su producción para así poder ser considerado que su consumo es próximo en el tiempo.

En consecuencia, no es lo mismo un consumidor que adquiere la droga de terceros en el mercado ilegal, que aquel que lo hace cultivando su propia sustancia, ya que a quienes compran, no se le puede aplicar el mismo parámetro de proximidad en el tiempo exigido por la ley, que aquel que sembró semillas; pues, se entiende que quien compra una determinada cantidad de *cannabis* a terceros, compra hierba de una determinada calidad alucinógena, con presencia de sumidades floridas, libre de tallos, ramas, es decir, relativamente limpia o elaborada, lo que implica que con menos cantidad de droga se logra obtener los efectos deseados y ello deviene, en consecuencia en una certeza de mayores dosis; por el contrario, quien siembra semillas y en las condiciones en que lo hizo [...] no puede tener seguridad de cuánto va a producir y cosechar, con ello, lo que se quiere decir, es que, quien se dedica al autocultivo para su consumo, no está en las mismas condiciones de quien compra para lo mismo, ya que, de por si, la actividad de cultivar en la forma que lo hacía [...] era de cierto modo jugar con el resultado de su plantación, pues en este caso, tal y como él mismo manifestó, habría tenido tres plantas y una de ellas se le secó y no tuvo cosecha de ella, lo que hace que siempre una plantación sea incierta, pues,

quienes lo hacen, no pueden saber con la precisión, de quien adquiere de terceros, cuanta producción o cantidad obtendrá en definitiva. [...]

No es lo mismo, que un consumidor ocasional tenga 691 gramos de marihuana a que lo tenga un consumidor crónico y de larga data, más aún, si estaba cosechada hacía poco tiempo y en proceso de secado, por lo tanto, al momento de estar apta para el consumo, dicha cantidad sería mucho menor. Por otra parte, no es lo mismo que se compre droga en esa cantidad a terceros, que se tenga en forma de cosecha derivada de un par de plantas y bajo el cuidado de un adicto”.

Tampoco puede soslayarse la STOP de San Bernardo Rit N° 117-2015, de 16 de septiembre de 2015, que estimó destinados al consumo del acusado la posesión de 109,2 grs. neto de marihuana prensada. Para el tribunal es relevante que la prueba del Ministerio Público no permitía arribar a una sentencia condenatoria, ya que no se acreditó supuesto alguno de comercialización de marihuana. El tribunal entiende, además, que el artículo 8° no exige que se trate de pequeñas cantidades de droga. En este sentido, sostuvo que

“el artículo 50 de la Ley 20.000 no distingue en que deba tratarse de una pequeña o gran cantidad, es decir, debiera ser la cantidad necesaria para satisfacer el consumo particular del sujeto, por lo que los 109,2 gramos peso neto de marihuana, perfectamente en este caso se mantenía para el consumo mensual del enjuiciado, sin la necesidad de tener que adquirir droga cada vez que la requería; a ello se adiciona que en esta causa no existe ningún elemento de juicio que permita sostener que estaba destinada a un propósito distinto del consumo [...]. En este escenario, con la incipiente y rudimentaria información entregada por los efectivos policiales, la que no establece alguna de las figuras del artículo 3° o 4° de la Ley 20.000, cabe la posibilidad cierta de que el enjuiciado mantuviera la marihuana solamente para su consumo, ya que conforme a los conocimientos científicamente afianzados dicha cantidad perfectamente puede ser consumida en un tiempo próximo, no necesariamente en un día, aunque aquello claramente dependerá del grado de adicción del sujeto”.

La séptima sentencia que debe considerarse es la STOP de Coyhaique Rit N° 90-2015, de 11 de noviembre de 2015, que estimó, por mayoría, destinados al consumo de la acusada la posesión de 10 plantas de *cannabis sativa*, 35 plantas en proceso de secado y la cosecha de 433,9 grs. neto, sin aplicar la sanción prevista en el artículo 50, por estimarla improcedente; sentencia que no fue anulada por

la SCA de Coyhaique Rol N° 157-2015, de 5 de enero de 2016. Para el tribunal es relevante que no se acreditó ningún supuesto de venta de marihuana y que la imputada acreditó enfermedad y dolencias físicas que justificaban el consumo de *cannabis sativa* para paliar el dolor. En este sentido, sostuvo que

“habiéndose acreditado en el juicio que la acusada padecía de escoliosis al momento de los hechos, que para el tratamiento de sus dolores era eficaz la aplicación de resina de *cannabis sativa*, que atendida la ubicación aislada y dificultoso acceso a la propiedad donde se encontraba la plantación, que para producir unos pocos gramos de resina era necesaria una gran cantidad de marihuana, y la ausencia de cualquier indicio que permitiese sospechar siquiera que la droga estaba siendo destinada al consumo de terceros o a otros fines, este Tribunal estimó suficientemente acreditado que el cultivo de la marihuana estaba destinado al tratamiento médico de la acusada, lo que constituyó un uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, sin que sea posible condenar la conducta que resultó acreditada como por la falta prevista en el artículo 50 de la Ley N° 20.000, dado que no se encontraba en algunos de los lugares públicos o abiertos al público que se mencionan en el inciso primero de esa norma”.

Finalmente, merece destacarse la SCS Rol N° 15920-2015, de 11 de noviembre de 2015, que acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, reitera los planteamientos asentados en el fallo Rol N° 4949-2015, esto es: enfatiza el principio de lesividad y de protección de bienes jurídicos; efectúa una interesante interpretación de la expresión “uso o consumo personal y exclusivo”; entiende que en el caso concreto no correspondía la aplicación del artículo 50 de la ley, a la que se remite la parte final del inciso 1° del artículo 8°.⁹ No obstante lo anterior, no puede soslayarse que, en breves líneas, el máximo tribunal estimó destinados al consumo de la acusada el cultivo de 40 plantas de *cannabis sativa*, con alturas oscilantes entre 20 a 90 cms., afirmando 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

⁹ En este sentido, sostuvo la Excma. Corte Suprema que “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 subjúdice el referido artículo 50”.

no se aboca a este asunto al haber desestimado de antemano la posibilidad de la aplicación del artículo 50, sin embargo los hechos que fija el mismo dictamen, esto es, la tenencia de 40 plantas vivas que medían entre 20 a 90 centímetros, permiten calificar el consumo que se realizaría de la droga obtenida de esas plantas como uno ‘próximo en el tiempo’”.

VII

De lo expuesto puede concluirse que, desde el año 2005, el tratamiento jurisprudencial referido al consumo de marihuana (en especial si dice relación con la incautación de la droga en su estado puro, como *cannabis sativa*) ha variado drásticamente, contraponiéndose a interpretaciones restrictivas que pueden apreciarse en los primeros años de aplicación de la Ley N° 20.000.

Los variados argumentos de los tribunales pueden sintetizarse en cuatro, que son los que se reiteran al abordar la materia: que el Ministerio Público no acredite supuestos de comercialización de la droga; los procesos de crecimiento y cosecha de la *cannabis sativa*; las condiciones fisiológicas del imputado y su grado de adicción; y otras consideraciones provenientes de la Criminología. A estos argumentos puede adicionarse la relevancia del peso de la droga, esto es, si se trata de un peso neto o bruto; y si el consumo próximo en el tiempo del artículo 8°, de acuerdo a una interpretación sistemática de la ley, dice relación o no con pequeñas cantidades de drogas.

Conviene tener presente, sin embargo, que esta conclusión debe matizarse tratándose de, por una parte, incautaciones de marihuana prensada; y, por otra parte, de porte de marihuana en lugares públicos o abiertos al público. En ambos casos, las cantidades se reducen en comparación a aquellas incautaciones de *cannabis sativa* (en su estado puro) que se efectúan en el inmueble del acusado, no obstante que, de acuerdo a las sentencias destacadas en este trabajo, igualmente las cantidades superan los 100 grs. netos.

Asimismo, debe considerarse que esta variación jurisprudencial no se aprecia respecto de otros tipos de drogas, tales como el clorhidrato o la pasta base de cocaína, drogas en las que el consumo próximo en el tiempo mantiene una interpretación restrictiva, atendida la mayor peligrosidad de esas sustancias para la salud del consumidor.

Atendido lo expuesto, no es aventurado afirmar que, en la actualidad, no obstante su carácter de *droga dura*, la marihuana, en los hechos, ha recibido correctamente un tratamiento benigno de parte de algunos tribunales de justicia, incluyendo a lltmas. Cortes de Apelaciones y la Excma. Corte Suprema.

