

Santiago, once de noviembre de dos mil veintidós.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, por sentencia de primero de diciembre de dos mil veintiuno, en los antecedentes RUC 2.000.724.299-K, RIT 6-2021, condenó a Francisco Javier Cofré Muñoz, en calidad de autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, cometido en la comuna de Illapel el 18 de julio de 2020, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de diez unidades tributarias mensuales y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. Se dispuso el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.

En contra de dicho fallo, la Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad, el cual fue conocido en la audiencia pública de veinticuatro de octubre pasado, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

Considerando:

Primero: Que, el recurso de nulidad propuesto se sustenta en la causal de invalidación prevista en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, argumentando la antijuricidad material —por la falta de pureza— de la droga y la ausencia real de puesta en peligro del bien jurídico de la salud pública.

Explica que, un informe sobre los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, junto a un informe sobre los efectos que produce y la peligrosidad que reviste para la salud pública resultan ser elementos centrales para poder arribar a la conclusión de que, en el caso concreto, el bien jurídico protegido ha sido afectado de manera trascendente en la práctica, conforme al principio de la lesividad.



En el caso sub-lite, el tribunal estimó que el informe de pureza, si bien la ley lo exige, este no es un elemento del tipo penal del artículo 4° de la ley 20.000 y que, al ser la marihuana una planta contiene en si misma el tetrahidrocannabinol, no requiere de un proceso químico. Además, el sentenciador rechazó la alegación de la defensa indicando que la cantidad de sustancia puso en peligro la salud pública, pues los recintos penitenciarios concentración mayor de personas y las facilidades ofrecen para la difusión de drogas.

Agrega que, si los hechos acreditados en la sentencia no resultaban constitutivos de delito, no debió existir condena, castigándose como delito una conducta que no lo es. Sobre el particular, expresa que no debe olvidarse que, si bien el objeto material del delito de tráfico de drogas se encuentra normativizado a través de un reglamento, el juez nunca puede castigar el tráfico de una sustancia estupefaciente o sicotrópica, por mucha dependencia física que ésta produzca, aunque esta sustancia no se encuentre en el listado correspondiente.

En concepto de la defensa, la errónea aplicación del derecho efectuada por los sentenciadores al momento de subsumir el hecho probado dentro del tipo penal contenido en los artículos 1° y 4° de la Ley 20.000, influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues de haberse aplicado correctamente la norma del artículo 1° antes referido por parte del tribunal, necesariamente debió haberse absuelto al acusado, por cuanto no resultaba posible determinar si la sustancias incautada —y objeto de la pericia dispuesta en el artículo 43 de la Ley 20.000— era capaz de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, al no haberse determinado su peso ni su cantidad, junto a su grado de pureza, al no existir un informe que



diera cuenta de estos efectos, tal como lo exige el artículo 43 precitado, por lo que solicita invalidar solo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, esto es, que absuelva al acusado.

Segundo: Que la causal de invalidación alegada por la defensa, de conformidad al artículo 376, inciso tercero del Código Procesal Penal, ha sido confiado excepcionalmente al conocimiento de esta Corte Suprema en el evento que, con ocasión de dicha causal, se invoquen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores sobre la cuestión de derecho planteada en el recurso, lo que la defensa demostró con los pronunciamientos que se acompañaron a la presentación en análisis.

Tercero: Que, la sentencia impugnada, en su motivo noveno, tuvo por acreditado que, *“el día 18 de julio de 2020, a las 14.40 horas aproximadamente, el acusado Francisco Javier Cofré Muñoz, fue sorprendido por personal de Gendarmería de Chile, en los instantes que intentaba ingresar al centro de detención preventiva de Illapel, ubicado en calle Independencia N° 0135, comuna de Illapel, a fin de traficar, al interior de un tubo de pasta dental, cuatro envoltorios de plástico de 10 cm cada uno, contenedores de marihuana, droga que sometida al análisis de rigor, arrojó resultado positivo para la presencia de cannabis sativa y un peso de 2.68 gramos netos”*.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos de del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4º, en relación con el artículo 1º, ambos de la Ley 20.000.

Ahora, en relación a los puntos abordados en el recurso de nulidad, el fallo señaló en la motivación decimocuarta que, *“...asimismo, se rechaza la*



alegación de la defensa en cuanto a estimar que no se ha acreditado la lesividad del actuar de su representado, por la carencia de un informe de pureza de la droga incautada, dado que si bien el artículo 43 de la ley 20.000 exige dicho examen, este no es un elemento del tipo penal del artículo 4 de la ley en comento y, por otro lado, al ser la marihuana una sustancia vegetal en la que la sustancia activa, THC, está incorporada en la propia planta, sin la necesidad de un proceso químico, a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, la concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, sino de causas naturales, volviéndose irrelevante para la subsunción y ello apoyado por el informe pericial que dio positivo a la presencia de cannabinoles.

Que se rechaza también la alegación de la defensa, en cuanto a considerar que la exigua cantidad de droga, esto es 2,68 gramos no provocó un peligro para la salud pública. En efecto el objeto jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas importa la puesta en peligro del mismo, vale decir no exige un resultado lesivo concreto y este peligro —del bien jurídico protegido—, se da en atención a las mayores facilidades que los recintos carcelarios, ofrecen para la difusión de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso rehabilitador y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en este lugar, es en sí mismo objeto de una especial protección de quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabitación o rehabilitación, debiendo proteger los actos de promoción favorecimiento o difusión entre quienes por su cualidad personal habitan las cárceles, mereciendo dichas personas una mayor protección por parte del Estado, que aquellos individuos que se encuentran en un medio libre”.



Cuarto: Que, para resolver acerca de la causal del recurso en examen, es del caso considerar que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley 20.000, en relación a su artículo 1°, solo requiere que el objeto material lo constituyan *“pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”*, que se describen y clasifican en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley en análisis. Luego, según el claro tenor de la norma, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador solo se refiere a *“pequeña cantidad”*, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado en este caso, aun desconociéndose su concentración, fue cannabis sativa, sustancia capaz de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio.

Por otra parte, se debe tener presente que es la propia Ley 20.000, en su artículo 63, la que ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del citado cuerpo legal. A tal efecto, el Decreto Supremo 867 del año 2008, que reemplazó al Decreto Supremo 565 del año 1995, clasifica las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica en dos listas (artículos 1° y 2°), dependiendo de si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud o no, haciendo expresa mención a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 20.000, y la cannabis sativa se encuentra contemplada en el artículo 1° del citado reglamento, entre aquellas



drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Quinto: Que, por otra parte, el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley 20.000 —y respecto del cual se vale el recurso para sostener que se está ante una conducta carente de antijuridicidad material— no altera lo que antes se ha dicho, desde que éste no está destinado a cumplir el rol que el recurso pretende, y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público, lo que también asienta el fallo, y específicamente dentro del párrafo sobre “medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación”. De manera que los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud —peso, cantidad, composición y grado de pureza— le permitirán tener al juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión, cannabis sativa en este caso, deja de ser tal. Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga puede constituir una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, pudiendo incorporarse como un elemento de juicio más.

Sexto: Que, concordante con estos planteamientos, como ya se apuntó, el fallo dejó establecido que la pericias practicadas a la muestra levantada dio como resultado cannabis sativa, cuya peligrosidad para la salud fue ratificada por la perito Lorena Jara Espinoza, Perito Químico Farmacéutico del Servicio Salud Coquimbo, cuyo informe fue incorporado de conformidad al artículo 315, inciso 2º del Código Procesal Penal, que estableció que la muestra analizada revelaron la presencia de cannabinoles, principio activo que se encuentra en el vegetal denominado cannabis sativa I, conocido comúnmente como marihuana,



junto al respectivo informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de dicho alcaloide.

Séptimo: Que en mérito de lo razonado no puede sostenerse que los jueces del fondo han errado en la aplicación del derecho, pues los hechos demostrados quedan subsumidos a cabalidad en la ley sustantiva que se ha estimado infringida, razón por la cual el recurso de nulidad será desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del sentenciado Francisco Javier Cofré Muñoz, contra la sentencia de primero de diciembre de dos mil veintiuno, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle y el juicio oral que le antecedió en la causa RUC 2.000.724.299-K, RUC 6-2021, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Se previene que el Ministro señor Llanos concurre al rechazo del recurso de nulidad, pero sin compartir el fundamento quinto de la presente sentencia.

Asimismo, deja constancia que, en lo tocante a la causal de nulidad del artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal hecha valer por la defensa del acusado de autos, ha variado su posición manifestada en el fallo dictado en el recurso de nulidad rol 24.705-2020, luego de un acabado estudio de nuevos antecedentes, de los cuales aparece que no es posible determinar la pureza de la marihuana conforme a razonamientos realizados por el Tribunal Supremo de España. Así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, señala que *“tratándose de hachís no es exigible la determinación cualitativa de su pureza, más allá de la constancia de la presencia relevante del principio activo THC, pues tanto el hachís, como la grifa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en*



su estado natural y en los que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta —sin necesidad de proceso químico— de cuya composición forman parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la que la proporción de sustancia activa o tetrahidrocanabinol oscila en función de aquellas variables entre un 2% y un 10%”.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo de España en su sentencia de 6 de junio del 2000 establece que *“a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o «cannabis sativa», son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite). Es decir, que toda planta «cannabis sativa» o «cáñamo índico», por propia naturaleza, contiene el tetrahidrocannabinol, que es su principio activo estupefaciente, principio activo que, con mayor o menor riqueza está presente en cualquier parte de la planta (raíz, tallos, hojas) y, naturalmente en sus derivados (...) Por eso hemos reiterado que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo índico o cannabis sativa por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroína o la cocaína, sino de causas naturales como la*



calidad de la planta” (<https://www.diazvelasco.com/articulos/porcentaje-thc-irrelevancia/>).

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y, de la prevención, su autor.

N° 94.438-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L. No firma el Abogado Integrante Sr. Munita, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



En Santiago, a once de noviembre de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

