

C.A. de Santiago

Santiago, veinte de noviembre de dos mil veintitrés.

VISTOS:

Por sentencia de quince de septiembre de dos mil veintitrés, dictada por el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N°1800261135-6 , RIT N°23-2022, se condenó a ---- a sufrir las penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y multa de una unidad tributaria mensual, como autor del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis, previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, perpetrado el 18 de noviembre de 2020, en la comuna de Huechuraba, de esta ciudad. Respecto de la pena corporal impuesta, ésta se sustituyó por la de remisión condicional por el lapso de quinientos cuarenta y un día.

En contra de dicho fallo, la defensa privada del sentenciado dedujo recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, el cual se conoció en la audiencia pública de treinta y uno de octubre pasado, oportunidad en la que se desistió de la primera argumentación fundante de la causal contenida en dicho arbitrio, esto es, la no aplicación de la atenuante del artículo 11 N°1 del Código Penal, 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 se sustenta en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho un errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Indica que el tribunal *a quo* aplicó las atenuantes de los numerales 6° y 9° del artículo 11 del Código Penal, esto es, irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos; añadiendo que, en el caso de esta última minorante, lo fue por haber declarado en el juicio el sentenciado, por lo que debió acogerse también por la conducta de colaboración de su representado desde el inicio del proceso, esto es, desde el ingreso de la policía a su domicilio, de acuerdo a lo declarado en el juicio



por los suboficiales mayores Eduardo Fuentes Riquelme y Gusmaro Mercado Carvajal.

Cita el artículo 8º de la Ley 20.000, que sanciona la posesión o tenencia de plantas cannabis, y añade que se acreditó en juicio que las usaba mediante infusiones para consumo terapéutico y recreacional, sin saber que su tenencia constituía delito, lo que se complementa con el proyecto de ley que se encuentra en el Congreso, según el cual se podría tener hasta 5 plantas o con un pesen neto de hasta 500 gramos, alegando de este modo error de prohibición, el cual fue desechado.

Expone que se desestimó la eximente incompleta del artículo 11 Nº1, en relación con el artículo 10 Nº10, ambos del Código Penal, relativa al que “obra en ejercicio legítimo de un derecho”, por carecer de la certificación médica extendida por un médico cirujano; sin embargo, aduce que se acompañaron exámenes de laboratorio que exponen el estado de salud de su representado.

Como primer error de derecho acusa el no establecimiento de la atenuante del artículo 11 Nº1 del Código Penal, para lo cual transcribe el párrafo segundo del motivo undécimo de la sentencia. En tal sentido, arguye que la ley es clara al señalar que, si falta un requisito para eximir de responsabilidad conforme al artículo 10 del señalado código, ello se considera como una atenuante, encontrándose el requisito faltante en el artículo 8º de la Ley Nº20.000, esto es, hallarse refrendada la actividad terapéutica por un certificado médico emanado de un médico cirujano. En tal sentido, reconoce la falencia y afirma que se presentaron certificados de análisis de laboratorio que fundaban el consumo terapéutico, por lo que se solicitó se tuviese por configurada la atenuante alegada.

Señala que la no aplicación de la referida atenuante constituye un error de derecho, toda vez que faltaba solo un requisito para eximirse de responsabilidad, dado que reconoció en estrados la tenencia de las plantas, explicó que su posesión era para su consumo y por motivos de terapia, por padecer alopecia nerviosa, siendo su ingesta mediante infusión y por combustión recreativa.

Asimismo, cita el considerando octavo de la sentencia, el cual descartó el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo de las plantas que cultivaba, atendida la cantidad y características de las mismas,



alegando que dicha aseveración incurre en grave error, toda vez que aquellas fueron medidas y pesadas considerando las raíces y tierra incrustada en ellas, sin lo cual disminuían considerablemente, siendo dichos parámetros la única base con la que el tribunal presume un indicio de tráfico.

Sostiene que la entrega voluntaria de la plantas por su representado, señalar que eran para su consumo, aclarar sus dichos mediante la entrega de documentación médica del Laboratorio Clínico de la Universidad de Chile e indicar que las ingería por infusiones líquidas y por combustión, constituyen un relato creíble que se condice con la física y la experiencia, faltando solo la autorización de un médico cirujano para consumo terapéutico para configurar la eximente de responsabilidad del artículo 8° de la Ley N°20.000, incurriendo el tribunal *a quo* en error de derecho al no otorgar una eximente de responsabilidad incompleta y reconocer la atenuante del artículo 11 N°1 del Código Penal, que sumada a las de los numerales 6° y 9° del mismo artículo, rebajarían la pena hasta en 3 grados al mínimo señalado por la ley, solicitando aplicar una pena de 21 días, sea por aplicación del artículo 68 o del artículo 73, ambos del Código Penal.

Como segundo error de derecho, en el establecimiento de la cuantía de la pena, acusa una equivocada interpretación de la pena mínima asignada al delito por el artículo 8° de la Ley N°20.000, toda vez que el delito en comento tiene asignada inicialmente la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, señalando dicha norma que *“Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado”*.

En tal sentido, sostiene que las circunstancias personales daban por establecido que el consumo a que alude el sentenciado era para combatir la alopecia nerviosa, lo que se corrobora con los documentos de laboratorio y las declaraciones de los aprehensores, por lo que al ponderar dichos elementos el tribunal *a quo* debió establecerse el mínimo de la pena asignada al delito, que es presidio menor en su grado medio. De esta forma, añade, siendo el mínimo de la pena asignada al delito 541 días y, dando aplicación al artículo 68 del Código Penal, debió rebajarse la pena en uno, dos o tres grados; y al rebajarla en uno debió establecerse una pena única de 61 días de presidio menor en su grado mínimo.



Señala que dicho error ocurre al interpretar el artículo 8° de la Ley N°20.000 como un precepto divisible, lo que violenta el principio de legalidad, ya que dicha norma es unitaria en su concepción, no siendo correcto interpretarla contrariamente al principio jurídico pro reo, por lo que debió estimarse como una unidad conceptual, estimando la pena mínima asignada al delito la de presidio menor en su grado medio, y sobre esa base efectuar las rebajas de rigor.

Expone que dicho error influyó en la cuantía de la pena, ya que de haber considerado el mínimo de la pena asignada al delito dentro del tipo penal del artículo 8° de la Ley N°20.000 como la de presidio menor en su grado medio, y considerando las atenuantes acogidas, el sentenciado debió ser condenado a una pena de falta y no de simple delito, implicando ello una posible pena sustitutiva conforme a la Ley N°18.216.

Solicita se acoja el recurso por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, anulando la sentencia recurrida y dictando esta Corte, sin nueva audiencia pero separadamente, sentencia de reemplazo conforme a ley, por haberse impuesto una pena superior a la que en derecho corresponde.

Segundo: Que, respecto al primer error de derecho alegado, consistente en el no establecimiento de la atenuante del artículo 11 N°1 del Código Penal, esta Corte omitirá pronunciamiento a su respecto, atendido que la recurrente se ha desistido del mismo en la vista del recurso.

Tercero: Que, en lo referente a la segunda argumentación fundante de la causal de nulidad, invocada de manera independiente de la primera, lo que esta Corte debe abordar es si existe o no un error de derecho en la aplicación de la pena impuesta al sentenciado por el delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis, de acuerdo a los hechos establecidos en la sentencia, por los que fue condenado.

En tal sentido, la defensa sostiene que por aplicación del inciso final del artículo 8° de la Ley N° 20.000, la pena inferior del delito de cultivo de especies vegetales de género cannabis correspondería a la de presidio menor en su grado medio, sobre la cual se debían realizar las rebajas preceptuadas en el artículo 68 del Código Penal, al concurrir las atenuantes prescritas en los numerales 6° y 9° del artículo 11 del mismo cuerpo legal, en atención a que la droga incautada correspondía al uso personal, terapéutico



y recreacional del sentenciado, lo que se hallaría corroborado por los exámenes de laboratorio y declaraciones de los funcionarios aprehensores.

Cuarto: Que, para la adecuada resolución de la causal de impugnación en análisis, se hace necesario tener en cuenta que el tipo penal por el que fue condenado el sentenciado, contenido en el artículo 8º de la Ley N° 20.000, preceptúa: *“Artículo 8º.- El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes.*

Se entenderá justificado el cultivo de especies vegetales del género cannabis para la atención de un tratamiento médico, con la presentación de la receta extendida para ese efecto por un médico cirujano tratante, la que deberá indicar el diagnóstico de la enfermedad, su tratamiento y duración, además de la forma de administración del cannabis, la que no podrá ser mediante combustión. Será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo quien falsifique o maliciosamente haga uso de recetas falsas para justificar el cultivo de especies vegetales del género cannabis. Si se acreditare que dicha conducta tiene por objeto la comercialización de la droga o su facilitación a un tercero, la pena aumentará en un grado.

Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado”.

Quinto: Que, conforme a lo anterior, la norma antes citada prescribe como pena inferior para el delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis la de presidio menor en su grado máximo, facultando al tribunal *a quo* para rebajarla en un grado *“[s]egún la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable”.*

Sexto: Que, en tal sentido, los hechos y circunstancias que el tribunal *a quo* tuvo por establecidos respecto del recurrente se hallan establecidos en el párrafo segundo del considerando séptimo del fallo impugnado, que señala: *“HECHO 1: En el marco del cumplimiento de una orden de entrada y registro, otorgada por la Jueza Alejandra Besoain del Segundo Juzgado de*



Garantía de Santiago, respecto de varios inmuebles investigados por el Dpto. OS7 de Carabineros, personal policial el día 18 de noviembre de 2020, a las 13:00 hrs., ingresó al domicilio ubicado en calle ----, comuna de Huechuraba, sorprendiendo en su interior a ----, quien mantenía en el patio seis plantas de cannabis sativa, con principios activos de THC, que medían entre 58 y 97 centímetros, sin la autorización competente y sin haber justificado que estaban destinadas a la atención de un tratamiento médico ni a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo”.

Por su parte, en el párrafo segundo del considerando undécimo de la sentencia, al establecer la participación del sentenciado en el delito, el tribunal *a quo* expone: *“Es así como, en primer lugar, respecto del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis, además de la declaración del mismo acusado ---- que reconoció la propiedad y cultivo de las seis plantas incautadas en su domicilio, los funcionarios policiales que participaron en la entrada y el registro del mismo, dieron cuenta, de manera detallada, que al interior del inmueble solamente se encontraba el imputado quien, al ser consultado, entregó voluntariamente las plantas de marihuana y dinero en efectivo, procediendo a su detención, sindicándolo como quien mantenía en su poder las especies vegetales. Por otra parte, habiendo alegado el acusado en el juicio, que el destino de las plantas era el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, debido al uso medicinal que les daba, no aportó elementos probatorios dirigidos a justificar su cultivo y tenencia o a acreditar, de alguna manera, su tesis exculpatoria”.*

Séptimo: Que, de esta forma, los hechos y circunstancias alegados en estos estrados por el recurrente, que harían procedente la aplicación de lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 8º de la Ley N°20.000, no se condicen con los hechos establecidos por el tribunal *a quo*, que desestimó la tesis de la defensa en cuanto al uso terapéutico y recreacional por el sentenciado de las plantas incautadas, así como la alopecia que dice padecer, al resultar la prueba aportada en juicio del todo insuficiente.

Así aparece de los párrafos segundo y tercero del considerando octavo de la sentencia, en los que se expresa: *“Para acreditar sus dichos, únicamente acompañó unos documentos de julio del año 2020, en que constan exámenes a su nombre de carácter general como hemograma, perfil*



bioquímico y hormonales, los que se consideran absolutamente insuficientes para dar por establecida la justificación planteada por el encausado, en la medida que carecen de algún diagnóstico específico, así como de la prescripción médica de algún tratamiento, en caso que hubiese sido necesario.

Por lo anterior, y atendida la cantidad y características de las plantas que cultivaba, se descarta el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, pues de acuerdo a los testimonios contestes de quienes las incautaron en el domicilio de Los Helechos 528 –los Suboficiales mayores Eduardo Fuentes Riquelme y Gusmaro Mercado Carvajal-, corroborados por las fotografías 20 a 25 y 27 del set fotográfico N° 3, las actas de recepción Nos. 2098, 2099 y 2100 de fecha 19.11.2020 del Servicio de Salud Metropolitano Norte, y los respectivos protocolos de análisis químico, documentos ya reseñados en el considerando quinto, dichas plantas medían casi un metro pesando entre 183,90 y 559,20 gramos, y correspondían a cannabis sativa con principios activos de estupefacientes, todo lo cual resulta indiciario de que dichas especies vegetales estaban destinadas a ser distribuidas o transferidas a terceros, para lo cual, obviamente no es óbice el consumo personal de parte de las mismas”.

Octavo: Que, mediante la argumentación fundante de la causal invocada, por la cual se alega una errónea aplicación del derecho, la recurrente pretende impugnar los hechos que tuvo por establecidos el sentenciador del mérito, e intenta variarlos, proponiendo otros a objeto de configurar los elementos previstos en el inciso tercero del artículo 8° de la Ley N°20.000, y que facultan al tribunal de la instancia para rebajar en un grado la pena.

Dicha finalidad, por cierto, es ajena a la causal invocada, destinada a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley. En tal sentido, por la causal invocada se analiza la legalidad de una sentencia, lo que significa que se realiza un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero no respecto de los hechos que soberanamente han dado por probados o sentados los magistrados a cargo de la instancia.

Noveno: Que, en tal sentido, malamente puede el recurrente impugnar por esta vía los hechos tenidos por acreditados por los



sentenciadores del grado, razón por la cual el recurso de nulidad interpuesto no puede prosperar y debe ser desestimado.

Por las consideraciones anteriores, y, además, lo previsto en los artículos 372, 373, 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA**, sin costas, el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado ---- contra la sentencia de fecha quince de septiembre de dos mil veintitrés, dictada por el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N°1800261135-6, RIT N°23-2022 y, en consecuencia, se declara que la misma no es nula.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad archívese.

Redacción del abogado integrante Michael Camus Dávila.

N°Penal-5012-2023.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Antonio Ulloa Márquez e integrada por la Ministra (S) señora Paola Díaz Urtubia y por el Abogado Integrante señor Michael Camus Dávila. No firma el Abogado Integrante señor Camus por encontrarse ausente.

ANTONIO MAURICIO ULLOA
MARQUEZ
MINISTRO
Fecha: 20/11/2023 10:14:06

PAOLA CECILIA DIAZ URTUBIA
MINISTRO(S)
Fecha: 20/11/2023 11:46:48



Pronunciado por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministro Antonio Ulloa M. y Ministra Suplente Paola Cecilia Díaz U. Santiago, veinte de noviembre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veinte de noviembre de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 03 de septiembre de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>