Santiago, a veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

En esta causa Ruc N° 1500936553-K y Rit N° 212-2016, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio, por sentencia de siete de octubre pasado, se absolvió a la acusada Andrea Elcira Muñoz Jeria de la acusación de ser autora del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, en pequeñas cantidades, perpetrado en el 30 de septiembre de 2015 en la comuna de Cartagena. Se absolvió asimismo a la imputada Michel Alejandra Arancibia Haeger de la acusación de ser autora del delito de cultivo de cannabis sativa, cometido el 30 de septiembre de 2015 en la misma localidad. Se condenó a Andrea Muñoz Jeria a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, multa de cuarenta unidades tributarias mensuales y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autora del delito de cultivo de cannabis sativa, previsto y sancionado en el artículo 8 de la Ley N° 20.000, perpetrado el 30 de septiembre de 2015 en Cartagena. Por último, se sancionó a Michel Alejandra Arancibia Haeger a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, multa de diez unidades tributarias mensuales y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en pequeñas cantidades, previsto en el artículo 4 de la Ley N° 20.000, en relación a su artículo 1°, cometido en la comuna de Cartagena, el 30 de septiembre de 2015.

En contra de la indicada sentencia la Defensoría Penal Pública, en representación de las sentenciadas, dedujo sendos recursos de nulidad, los que se conocieron en la audiencia del pasado nueve de noviembre. Concluida la vista del asunto se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta suscrita en esa misma fecha.

Considerando:

DZFJDGYXTT

Primero: Que por el recurso formalizado en representación de la imputada Michel Arancibia Haeger se esgrime, de manera principal, la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, que se configuraría por la transgresión del derecho a un procedimiento racional y justo, la infracción del derecho a no generar prueba de cargo en contra de la misma imputada y la afectación de los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del hogar y a la libertad personal, consagrados en los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 19 Nros. 3, 4, 5, 6, y 7 de la Constitución Política de la República; 14 N° 3 y 18 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.2 N° 2 letra g, 12 y 13 Nros. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se cuestiona por la impugnante que un fiscal del Ministerio Público haya autorizado a un funcionario policial para desempeñarse como agente revelador, técnica que precisaba de la existencia de una investigación, no como en la especie, en que hubo meras denuncias anónimas que solo posibilitaban el inicio de una indagación a través de una vigilancia discreta. Por ello, la resolución del persecutor carecería de todo fundamento, pues ni siquiera individualizó a la persona del agente, de manera que toda la prueba obtenida a raíz de su intervención y luego la que es consecuencia de la diligencia de entrada y registro autorizada por el tribunal, fue obtenida con infracción de garantías fundamentales, entre ellas, el derecho a guardar silencio y a no generar prueba de cargo, lo que ocurrió consecuencialmente a la designación del agente revelador, derechos que también contempla la legislación procesal penal en sus artículos 93 letras a), b) y c) y 94.

En correspondencia con lo antes dicho, añade el recurso, se afectó el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar, al ingresar al domicilio de la imputada sin motivo real, solo por la existencia de una llamada anónima; y también el derecho a la libertad personal, pues el resultado de estas actuaciones derivó en su privación de libertad.

DZFJDGYXTT

Los hechos expresados, afirma el recurso, constan de los relatos de los funcionarios de Carabineros vertidos en el juicio, quienes depusieron que tras recibir denuncias de parte de juntas vecinales respecto de una posible venta de droga en el sector de Las Tomas, Copa de Agua, en la localidad de San Sebastián, donde habitaban dos mujeres apodadas “las Ranas”, en una vivienda de material ligero con cierre perimetral, de madera, sin pintar y que mantenía un vidrio quebrado, tomaron contacto con el fiscal de turno para informarle de la denuncia y solicitar una autorización para efectuar diligencias de conformidad con el artículo 25 de la Ley N° 20.000, lo que el fiscal facultó, y se procedió por el Cabo 2° Diego Fuentes Valenzuela como agente revelador. Fue en esas condiciones que el funcionario policial concurrió al inmueble, entrevistándose con una mujer que dijo llamarse “Michel”, de quien adquirió un envoltorio de una sustancia vegetal que arrojó coloración positiva al THC. Acto seguido toman contacto nuevamente con el fiscal, esta vez requiriéndole la gestión de una diligencia de entrada y registro, autorización que fue dada por el Juez de Garantía de San Antonio.

En síntesis, apunta el libelo, el procedimiento se adoptó luego de denuncias de las que no hay registro y se desconoce la identificación de quien las habría recibido, y dado su tenor, no pudieron servir de fundamento al uso de la técnica del agente revelador.

Termina por concluir que se anule el juicio y la sentencia y se disponga la exclusión de la totalidad de la prueba de cargo -que pormenorizadamente señala en lo petitorio-, a fin que se disponga la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

En subsidio, la misma defensa funda su recurso en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por la infracción de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Código Penal, 1 y 4 de la Ley N° 20.000 y 19 N° 3 incisos noveno y décimo de la Constitución Política, lo cual es consecuencia de haberse librado un fallo condenatorio por el delito de tráfico de estupefacientes en

DZFJDGYXTT

pequeñas cantidades, en que se estimó innecesario contar con un informe de pureza de la marihuana.

Se explica por el recurso que la ausencia de protocolo de análisis de la pureza de la sustancia incautada, exigido por el legislador en el artículo 43 de la Ley N° 20.000, impide considerar que la conducta desplegada por la acusada sea una de aquellas previstas en el artículo 4° de dicha ley, por lo que no es posible predicar a su respecto que la sustancia habida en su poder constituya el objeto material prohibido por el legislador, esto es, que sea capaz de provocar graves efectos tóxicos y daños considerables a la salud. De este modo resulta errónea la aplicación del citado artículo 4° en relación con el artículo 1° de la misma ley, ya que se ha vulnerado el principio de lesividad, que implica que la conducta a sancionar deba ser capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos tales que la intervención del derecho penal se encuentre legitimada, lo cual en la especie no ocurre.

Al concluir, pide que se anule únicamente la sentencia y sin nueva audiencia, pero separadamente, se dicte la correspondiente de reemplazo absolutoria.

Segundo: Que el recurso interpuesto en defensa de la acusada Andrea Muñoz Jeria se funda en tres causales, las que se dedujeron, salvo la primera, una en subsidio de otra.

De manera principal, se basa en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, dada la vulneración del derecho a un debido proceso, a la dignidad, la intimidad y la libertad, consagrados en los artículos 1 inciso primero, 6, 7, 19 Nros. 1, 3 inciso quinto (sic), 4, 5 y 7 de la Constitución Política, como consecuencia de la autorización otorgada a los policías para la práctica de la diligencia investigativa del agente revelador, que excedió los límites de las facultades otorgadas por la ley al Ministerio Público e implicó el registro del hogar de la imputada sin existir indicio alguno en su contra, salvo una denuncia anónima. Con posterioridad y ante el hallazgo de sustancias vegetales, la imputada resultó privada de su libertad.

DZFJDGYXTT

Los hechos y circunstancias constitutivas de la causal principal aparecen desarrollados en los mismos términos que el recurso anterior, por lo que para evitar repeticiones innecesarias se estará a lo señalado en los párrafos primero a sexto del fundamento Primero precedente.

La primera causal subsidiaria se funda en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, dada la falta de acreditación por parte del persecutor del grado de pureza de la droga incautada a la imputada, exigencia prevista en el artículo 43 de la Ley N° 20.000.

Explica que el fallo erró en la aplicación del artículo 1° del Código Penal, pues la ausencia de determinación de la concentración del principio activo de la cannabis, esto es, THC, impide concluir que se trate del objeto del delito. Lo anterior trajo como consecuencia la afectación del principio de lesividad, pues se aplicaron de modo equivocado los artículos 1 y 8 de la Ley N° 20.000.

Termina por solicitar que se anule solo la sentencia y se libre otra en reemplazo de carácter absolutorio.

La siguiente causal subsidiaria se funda en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, dada la errónea aplicación del artículo 8 de la Ley N° 20.000, porque el tribunal calificó los hechos como constitutivos del delito de plantación y cultivo de marihuana, en circunstancias se trataba de una conducta carente de la necesaria antijuridicidad como para ser sancionada penalmente.

A este respecto el fallo declaró que la imputada Andrea Muñoz desplegó acciones tendientes a mantener vivas y asegurar el desarrollo de un conjunto de nueve plantas del género cannabis, logrando su cometido. La existencia de matas más pequeñas, de solo 14 centímetros de altura, implica que sus acciones buscaban la habitualidad, dándole a la tierra de cada maceta y a los arbustos las labores necesarias de cuidado, mantención y cobijo para que fructificaran. La acusada Muñoz no cuenta con autorización del SAG para sembrar, cultivas, plantar y/o cosechar especies del género cannabis y tampoco acreditó que el cultivo de los arbustos obedeciera a una hipótesis de consumo personal.

DZFJDGYXTT

Se razonó por último que la ausencia de determinación de pureza en la pericia química no es obstáculo para configurar el injusto, porque no es parte de los elementos del tipo penal; y es inconcuso que lo incautado fue cannabis sativa, expresamente mencionada en el artículo 1 del Reglamento de la Ley 20.000.

Para la impugnante, sin embargo, Muñoz Jeria no vendió cannabis sativa, y es claro que el cultivo que se le reprocha representa una etapa anterior o imperfecta del consumo final, es decir, se trata de un acto preparatorio de una conducta atípica, pues el artículo 50 de la Ley N° 20.000 solo se refiere al consumo en lugares públicos o bien consumo concertado. En este caso el cultivo tenía por finalidad asegurar el consumo personal realizado en forma privada en su hogar, conducta que es atípica, pues la salud individual no es el bien jurídico protegido por el tipo legal.

Termina por solicitar que se anule solo la sentencia y se dicte en reemplazo un fallo absolutorio.

Tercero: Que para efectos de acreditar las circunstancias constitutivas de la causal principal esgrimida, la defensa de Muñoz Jeria ofreció y rindió prueba en la vista del recurso, consistente en secciones de las declaraciones en el juicio oral de los policías José Díaz -pista 171004-00-06, minutos 18:50 a 20:03-, Domingo Moya -pista 171004-00-07, minutos 14:38 a 14:55- y Diego Fuentes -pista 171004-00-08, minutos 10:43 a 11:02-.

Cuarto: Que en lo que concierne a la causal principal de ambos libelos, como se dijo, sustentados en los mismos hechos de los que derivarían las trasgresiones a las garantías constitucionales señaladas en los motivos Primero y Segundo precedentes, se analizarán y resolverán de manera conjunta.

Quinto: Que como cuestión previa, interesa recordar que la sentencia impugnada, en su fundamento Noveno, tuvo por acreditados los siguientes hechos: “El día 30 de septiembre de 2015, funcionarios del OS7 de San Antonio, manejaban antecedentes de comercialización de marihuana y pasta base de cocaína en el domicilio ubicado en el sector de las tomas, copa de agua, calle El

DZFJDGYXTT

Bosque, sin número, sector San Sebastián, comuna de Cartagena, específicamente en una mediagua de material ligero, reja perimetral de madera sin pintar, con un vidrio de una de sus ventanas quebrado. Con dicha información, un funcionario de esa sección, debidamente autorizado por el fiscal de turno, a las 19:08 horas de ese día, concurrió en calidad de agente revelador hasta el domicilio, donde adquirió de la acusada Michel Alejandra Arancibia Haeger, un envoltorio contenedor de 500 milígramos de marihuana en la suma de $1.000, con un billete previamente fijado. Consecuente con lo anterior, previa gestión del fiscal y con autorización judicial, ese mismo día, a las 19:40 horas, los funcionarios policiales ingresaron a la propiedad, encontrando en el comedor a ambas acusadas. En el comedor se encontraron 9 plantas de cannabis sativa en etapa de cultivo, con una altura de 14 a 30 centímetros, las que mantenía Andrea Muñoz Jeria, quien además, desde su dormitorio, entregó voluntariamente una bolsa de nylon con 120 envoltorios de papel blanco cuadriculado contenedor de 3.42 gramos netos de cocaína base, dependencia en la que también se encontró una pesa digital, un cuaderno con sus hojas recortadas y una tijera. En el dormitorio de Michel Arancibia Haeger, oculto en una cómoda, se encontró un calcetín que mantenía 10 envoltorios de papel de revista contenedores de un total de 2,45 gramos neto de marihuana, similares al adquirido por el agente revelador, entregando además la suma de $4.000, dentro de los cuales se encontraba el billete de $1.000 utilizado por el agente revelador".

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en pequeñas cantidades, respecto de la acusada Arancibia Haeger, y de cultivo de cannabis sativa, en relación a la imputada Muñoz Jeria.

Sexto: Que en lo relativo a las circunstancias que fundan la causal principal de los recursos de nulidad deducidos, el fallo señaló que los policías contaban con información previa que dos mujeres se dedicaban a la comercialización de droga en un domicilio ubicado en el sector de Las Tomas, cerca de la copa de agua en

DZFJDGYXTT

San Sebastián. Se indicaba con claridad el nombre de pila de cada mujer y las características precisas del inmueble. Los policías incluso señalaron la fuente de dicha información.

La autorización del agente revelador, prosigue el fallo, además de ser una facultad única y exclusiva del Ministerio Público, no precisa de indicios, como sí ocurre con un control de identidad o en una detención por flagrancia, porque la diligencia no es más que una técnica investigativa que tiene por objeto lograr 'la manifestación' de la droga, es decir, obtener certeza de su existencia y no necesariamente de la venta. La diligencia no busca provocar la comisión de un delito sino solo poder conocer en un grado más cercano a la certeza, que existen sustancias ilícitas en los hechores.

Por último, apunta el fallo, para considerar que una prueba ha sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, no basta con afirmar tal circunstancia, sino que es preciso mencionar cuál ha sido el derecho vulnerado, cómo es que se ve conculcado y cuál es la afectación real, cuestiones que no fueron explicitadas por ninguna de las defensas.

Séptimo: Que el artículo 25 de la Ley N° 20.000, en lo pertinente a los recursos, dispone que "El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores".

"Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga".

"El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma".

DZFJDGYXTT

Octavo: Que como ha sostenido esta Corte en diversos pronunciamientos -SCS Roles N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013; N° 29534-14, de 20 de enero de 2015; N° 5711-15 de 09 de junio de 2015 N° 22199-16, de 1 de junio de 2016, entre otros-, la Constitución Política de la República entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, regla que repite su Ley Orgánica Constitucional.

Así, es al ente persecutor a quien corresponde discernir, en conocimiento de un hecho ilícito, la realización de todas las diligencias conducentes al éxito de la investigación, lo que puede materializarse en instrucciones particulares dirigidas a la policía, en su carácter de organismo auxiliar.

Noveno: Que, en la especie, frente a las denuncias anónimas recibidas, era la policía quien estaba en condiciones más adecuadas para ilustrar al fiscal acerca de verosimilitud del hecho denunciado. En tal virtud, la Fiscalía, frente a la noticia criminis, en ejercicio de sus facultades propias, autorizó la utilización de la técnica investigativa del agente revelador, descrita supra, diligencia que aparece como idónea al contexto descrito y ajustada a derecho, pues la comunicación que recibió la policía contaba con datos certeros acerca de la posible perpetración de un delito de tráfico de estupefacientes, con indicación precisa del inmueble en el que este se verificaba, su ubicación y características, más la designación del nombre con que se conocía a las mujeres que allí habitaban. La seriedad de esa información aparece avalada por los propios testimonios de los funcionarios que declararon en el juicio acerca de los hechos que les fueron transmitidos y del procedimiento adoptado en la forma que ordena el artículo 84 del Código Procesal Penal.

Décimo: Que de esta manera, no se ha desconocido la normativa constitucional que pone exclusivamente sobre la Fiscalía la conducción de las pesquisas ni se advierte por qué la interpretación realizada en la sentencia y que los arbitrios atacan, importaría falta de racionalidad y fundamentación y, por ende, una infracción a la garantía de un justo y racional procedimiento.

DZFJDGYXTT

Undécimo: Que, entonces, desestimada la irregularidad de la diligencia, la entrada y registro al domicilio de las imputadas, previa autorización judicial, no merece cuestionamiento alguno, y no ha podido comprobarse infracción a las normas legales ni a las restantes garantías constitucionales denunciadas en los recursos, por lo que la evidencia obtenida con su mérito no puede ser calificada de ilícita, de todo lo cual se concluye que la causal principal en que ellos se sustentan será desestimada.

Duodécimo: Que la prueba rendida por la defensa de la imputada Muñoz Jeria no altera lo antes dicho, desde que solo demuestra que la policía actuó conforme a los términos de la instrucción particular recibida, como se razonó en las motivaciones anteriores.

Décimo tercero: Que en lo que atañe a la causal subsidiaria en que se funda el recurso de la encausada Michel Arancibia Haeger, condenada como autora del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, se desestimó por el fallo la absolución pedida por la defensa porque se acreditó en el juicio con los informes periciales que lo decomisado correspondía a cannabis sativa, es decir, una sustancia calificada como estupefaciente o sicotrópica productora de dependencia física o síquica, acompañándose además el informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de esa especie vegetal.

La pureza, agrega la sentencia, no es exigible en el caso de la cannabis, pues no se trató de una sustancia elaborada ni que contenga aditivos merecedores de determinación de su concentración para saber qué grado de afectación tiene en la salud pública, porque la misma, por el solo hecho de ser tal, tiene un agente activo capaz de generar graves efectos tóxicos y daños considerables a la salud. Por último, la norma que sanciona la conducta no lo contempla como un elemento del tipo penal.

Décimo cuarto: Que esta Corte ya ha señalado que una innovación importante introducida en esta materia por la Ley N° 20.000, en relación a su antecesora la Ley N° 19.366, fue la obligación de indicar en los respectivos

DZFJDGYXTT

protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma. Con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado. De modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material, como lo ha sostenido esta Corte, entre otras, en las sentencias Roles Nros. 25.488-2014, de 20 de noviembre de 2014; 3421-2015 de 14 de abril de 2015; 3707-2015 de 28 de abril de 2016; 27073-2016, de 21 de junio de 2016 y 35716-2017, de 17 de agosto de 2017, entre otras.

Décimo quinto: Que tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública -objeto jurídico de protección- derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

En esta línea, esta Corte ha resuelto que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (sentencias Roles Nros. 21.599-2014, de 1° de septiembre de 2014; 19.722-15 de 9 de diciembre de 2015 y 31.667-2017, de 11 de julio de 2017). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición, redunda en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la

DZFJDGYXTT

lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado, por falta de antijuridicidad material.

Décimo sexto: Que en el caso que se revisa la sustancia total incautada a la imputada Arancibia Haeger correspondió a 2,5 gramos netos de una sustancia vegetal que se dice ser marihuana. Sin embargo, lo único acreditado fue que dicha acusada mantenía en pequeñas cantidades dosis en que había cannabis sativa, pero en una concentración y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que, por lo mismo, debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

Décimo séptimo: Que, en mérito de lo razonado, es preciso acoger el recurso de nulidad deducido por la defensa de la imputada Michel Arancibia Haeger, por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, cuestión que afectó sólo la sentencia, mas no el juicio, desde que la impugnación promovida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino a que se aplicó una pena cuando no procedía aplicar ninguna, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

Décimo octavo: Que respecto de la primera causal subsidiaria que funda el recurso de nulidad de la sentenciada Andrea Muñoz Jeria, se hace necesario tener en cuenta que el tipo penal por el cual fue condenada, contenido en el artículo 8º de la Ley N° 20.000, dispone: “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.

DZFJDGYXTT

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

Como se ve, el artículo citado menciona expresamente a las "especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas".

Por el contrario, el artículo 4° de la misma ley prescribe: "El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título."

Décimo noveno: Que, como es posible advertir, de las descripciones fácticas de los tipos penales en referencia, aparece que en el delito de cultivo de cannabis sativa -el artículo 8° de la ley del ramo-, la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal. Ella está contemplada en el artículo 1° del D.S. 867, del año 2008, que contiene el Reglamento de la Ley N° 20.000, encontrándose la cannabis, en sus estados de resina, sumidades floridas o con frutos, o extractos y tinturas.

DZFJDGYXTT

De esta manera, la presencia de los principios activos de la sustancia de rigor es suficiente para calificarla como aquellas que constituyen el objeto material del delito de cultivo, cuestión que ocurrió en este caso al detectarse en las muestras periciadas la presencia de aquéllos, propios de dicha sustancia.

Vigésimo: Que, por ende, no existe el error de derecho que supone el recurso, pues la conducta solo deja de ser punible en la hipótesis del artículo 8° cuando quien la realiza atiende a un único fin, uso o consumo personal, lo que no se probó, pues la calificación de peligrosidad de la conducta desplegada por la acusada y la falta de reproche penal se han hecho consistir en que la plantación estaba destinada al uso exclusivo por parte de la sentenciada, lo cual fue expresamente descartado por el fallo.

En este estado de cosas, el objeto material del delito de cultivo de cannabis sativa ha sido demostrado en el caso en comento, motivo por el cual no han errado los sentenciadores al establecer que los hechos descritos satisfacen la figura típica del artículo 8 de la Ley N° 20.000, por lo que este apartado del recurso de nulidad también será desechado.

Vigésimo primero: Que, finalmente, se esgrime por la defensa de Muñoz Jeria la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por el error de derecho cometido al subsumir los hechos demostrados en el tipo penal del artículo 8 de la Ley N° 20.000.

Por ello, los sentenciadores tuvieron como hechos acreditados que personal del OS7 de Carabineros de San Antonio encontraron en el domicilio de la imputada nueve plantas de la especie cannabis sativa, de diverso tamaño.

En razón de lo anterior, los jueces calificaron y sancionaron el hecho como constitutivo del delito contemplado en el artículo 8º de la Ley N° 20.000, es decir, como cultivo no autorizado de cannabis sativa, consumado, y al proceder de este modo se ajustaron estrictamente al tipo penal que la norma describe. En efecto, ella sanciona a los que, sin contar con la competente autorización, siembren, planten, cultiven o cosechen especies vegetales del género cannabis u otras

DZFJDGYXTT

productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, resultando de ello que el legislador distingue la acción con respecto a las especies del género cannabis de las otras sustancias estupefacientes, y en las primeras no incorpora en el tipo las especiales características de las últimas. Si hubiese querido el legislador lo contrario, habría bastado que la norma se refiriera simplemente, y en términos generales, a especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXVIII, Nº 3, 1991, secc. IV, pág. 154). De este modo, para la configuración del delito determinado por los jueces resulta irrelevante la carencia de principios activos de los vegetales del género cannabis cultivados por la imputada.

Por ende, el hecho fundante del supuesto yerro de derecho de los jueces, esto es, que sancionaron una conducta atípica, ha quedado descartado, no solo por lo que se viene relacionando, sino porque quedó asentado en la sentencia que la acusada Muñoz Jeria no contaba con autorización del Servicio Agrícola y Ganadero para sembrar, cultivar, plantar y/o cosechar especies del género cannabis, ni acreditó que el cultivo de los arbustos obedeciera a una hipótesis de consumo personal, dada la cantidad y proporción esperable a ese fin.

Por ello, la calificación jurídica de los hechos no merece reproche y conduce al rechazo del apartado final de este recurso.

Vigésimo segundo: Que la nulidad declarada en el motivo Décimo séptimo precedente, no se extiende a las decisiones absolutorias de la acusada Muñoz Jeria por el cargo de ser autora del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes y de la imputada Michel Alejandra Arancibia Haeger de ser autora del delito de cultivo de cannabis sativa. Tampoco se ve alterada la condena a Andrea Muñoz Jeria como autora del delito de cultivo de cannabis sativa, pues el error de derecho constatado concierne únicamente a la acusación contra Arancibia Haeger por el delito de tráfico de drogas, en pequeñas cantidades.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letras a y b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara:

DZFJDGYXTT

1.- Que se rechaza el recurso de nulidad deducido en favor de la imputada Andrea Muñoz Jeria, contra la sentencia de siete de octubre de dos mil diecisiete, pronunciada por el Tribunal Oral en Lo Penal de San Antonio y el juicio oral que le precedió, en los antecedentes Ruc N° 1500936553-K, Rit N° 212-2016.

2.- Que se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada Michel Alejandra Arancibia Haeger y, por lo tanto, se anula la indicada sentencia, procediéndose a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

3.- Que los efectos de la nulidad declarada se extienden únicamente a la imputación formulada contra la sentenciada Arancibia Haeger por el delito de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en pequeñas cantidades, manteniéndose inalterado lo demás resuelto, pues los efectos de la invalidación no se extienden a los restantes extremos del fallo.

Acordada la decisión de acoger el recurso formalizado por la defensa de la sentenciada Arancibia Haeger con el voto en contra del Ministros Sr. Valderrama y del Abogado Integrante Sr. Correa, quienes estuvieron por rechazar el recurso de nulidad, teniendo en consideración lo siguiente:

1° Que el hecho que se tuvo por establecido en el fallo que se revisa y por el cual resultó condenada la acusado Michel Muñoz Haeger, fue calificado como constitutivo del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga descrito y sancionado en el artículo 4° en relación con el 1° de la Ley 20.000, que penaliza a quienes, sin la competente autorización, posean, transporten, guarden o porten consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica o de materias primas que sirvan para obtenerlas, tratándose en el caso de una de las contempladas en el inciso 1° del artículo 1° de la misma ley, esto es, de aquéllas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

2° Que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley 20.000 sólo requiere que el objeto material lo constituyan “pequeñas cantidades de sustancias

DZFJDGYXTT

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 20.000. Luego, según el claro tenor de la norma, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada o poseída, ya que respecto de ésta el legislador sólo 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, aun desconociéndose su concentración, fue cannabis sativa, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio, consistente en los respectivos protocolos de análisis que incluyeron los informes de sus efectos y peligrosidad para la salud pública.

Por otra parte, se debe tener presente que es la propia Ley N° 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 referido cuerpo legal. A tal efecto, el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 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 o no capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, haciendo expresa mención a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 20.000. 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.

3° Que los protocolos de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 -y respecto de los cuales se vale el recurrente para sostener que estamos ante una conducta carente de antijuridicidad material- no altera lo que antes se ha dicho, desde que este 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

DZFJDGYXTT

competencia del Ministerio Público 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 las drogas incautadas, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión -cannabis sativa, en la especie- deja de ser tal.

Regístrese.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol Nº 41.412 -17.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Jaime Rodríguez E., y Rodrigo Correa G. No firma el Abogado Integrante Sr. Correa, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

MILTON IVAN JUICA ARANCIBIA
MINISTRO
Fecha: 29/11/2017 13:07:29

CARLOS GUILLERMO JORGE KUNSEMULLER LOEBENFELDER
MINISTRO
Fecha: 29/11/2017 09:04:55

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 29/11/2017 13:07:29

JAIME DEL CARMEN RODRIGUEZ ESPOZ
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 29/11/2017 13:07:30

DZFJDGYXTT

En Santiago, a veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete, se incluyó en 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.

DZFJDGYXTT