

Santiago, diez de marzo de dos mil diecisiete.–

**Vistos:**

Ante el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, se llevó a cabo juicio oral ordinario en causa RIT O-245-2016, RUC 1600307900-0, caratulada “C/Juan Carlos Rojas Tamayo”.

Por sentencia definitiva de fecha veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis, la sala del Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por los jueces Marcia Fuentes Castro, Flavia Donoso Parada y Jessica Beltrand Montenegro, condenó al imputado **Juan Carlos Rojas Tamayo** por el delito de cultivo ilegal de plantas que producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud humana, previsto en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 y sancionado en el artículo 50 de la referida normativa, cultivo que estaba destinado a su uso o consumo personal y próximo en el tiempo; cometido en la comuna de Maipú, el treinta de marzo de dos mil dieciséis, a pagar una multa a beneficio del fondo del artículo 46 de la misma ley de una unidad tributaria mensual. Pena que le da por cumplida con el tiempo que permaneció privado de libertad por esta causa, los días treinta y uno de marzo, uno y dos de abril de dos mil dieciséis.

Contra dicho fallo dedujo recurso de nulidad el defensor penal público don Mauricio Badilla San Juan, fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que se refiere al error de derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, solicitando que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo, absolviendo a su representado por el delito del artículo 8° de la Ley N° 20.000 por el que se le acusó, pidiendo en subsidio que se le condene por el artículo 50 de la misma ley.

Habiéndose declarado admisible el recurso ante esta Corte, se procedió a su vista, oportunidad en que se escucharon alegatos del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública.

**Y considerando:**

**Primero:** Que, conforme se expresara, la petición de nulidad de la Defensoría Penal Pública se ha sustentado en la infracción de la sentencia al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, *“Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia: b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*,



reprochando a los sentenciadores la errónea aplicación del artículo 8° de la Ley N° 20.000.

**Segundo:** Que, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado expresamente qué se entiende por error de derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, para los efectos de invalidar una sentencia. Así, en la causa Rol N° 2095-2011, en su sentencia de 2 de mayo de 2011, en su considerando vigésimo quinto, ha señalado: *“Al respecto, debe precisarse que, según las directrices fijadas por la doctrina y jurisprudencia, la presente causal de invalidación del juicio oral y de la sentencia, concurre únicamente en los siguientes casos: a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; b) cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación. En este sentido, los autores Horvitz y López, expresan que: ‘Conforme a la discusión legislativa de la norma pertinente en el Senado, el objetivo al que apunta sería el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico’ (Ob. cit., página 427).”*

Idéntica sistematización se efectúa por Andrés Rieutord Alvarado en su libro sobre El Recurso de Nulidad en el nuevo proceso penal (Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 47). El autor Juan Cristóbal Núñez Vásquez, en su Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral (Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 340), ha señalado, por su parte: *“El error en la aplicación del Derecho a que se refiere el precepto, de acuerdo con la doctrina, puede provenir: ora de la infracción formal de la ley, ora de su falsa aplicación, ora de su errónea interpretación.”*

Que, ciertamente, la causal invocada por la defensa se encuentra referida a un conflicto de interpretación de la ley penal aplicable en relación



al tipo de cultivo para el consumo personal y próximo en el tiempo, establecida en la parte final del inciso primero del artículo 8° de la Ley N° 20.000, que ordena sancionar con las penas del artículo 50 de la misma ley el caso en que si bien es cierto se acredite la siembra, la plantación, el cultivo o la cosecha, sin autorización de la autoridad competente, de *especies vegetales del género cannabis*, se justifique que *están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo*.

**Tercero:** Que, se ha sostenido en causa Rol N° 754-2014 de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en su sentencia de 23 de enero de 2015, considerando tercero: *“Que conforme lo ha señalado la Excm. Corte Suprema (Sentencia de 18 de abril de 2013, rol: 5654-2012), el reproche por infracción de ley contenido en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, discurre sobre la base de un motivo específico y de carácter material, que consiste en la errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo, de manera que sólo está referido a la ley penal que sirve de base para la calificación jurídica del delito materia de la acusación y para determinar la responsabilidad del imputado.*

*Conforme a lo anterior, se ha señalado que este motivo de nulidad sustancial quiso mantener la esencia del antiguo recurso de casación en el fondo en materia penal, reducido sólo al reproche de la sentencia definitiva, que es ejercido en contra de decisiones netamente de carácter decisorio litis – relacionadas con normas penales relativas a la calificación jurídica del ilícito y de la participación del responsable del mismo –, por lo que los errores de derecho denunciados por esta vía sólo se pueden determinar sobre la base de estos dos supuestos”.*

**Cuarto:** Que, en el fallo de la Excelentísima Corte Suprema antes citado, en el motivo cuadragésimo noveno es posible leer: *“resulta evidente que este motivo de nulidad sustancial quiso mantener la esencia del antiguo recurso de casación en el fondo en materia penal, reducido solo al reproche de la sentencia definitiva, que es ejercido en contra de decisiones netamente de carácter decisorio litis, relacionadas con las normas penales relativas a la calificación jurídica del ilícito y de la participación del responsable del mismo, por lo cual los errores de derecho por esta causal*



*solo se pueden determinar sobre la base de estas dos vertientes, descartándose la posibilidad de impugnación de aplicación errónea de la ley penal en aspectos ordenatorio litis como lo son generalmente las leyes procesales que determinan las reglas del enjuiciamiento criminal”.*

Asimismo, la Corte Suprema ha reiterado tal predicamento en la causa Rol N° 1079-2013, indicando en el razonamiento noveno de su sentencia de 18 de abril de 2013: *“De acuerdo a ello, se ha señalado que este motivo de nulidad sustancial quiso mantener la esencia del antiguo recurso de casación en el fondo en materia penal, reducido solo al reproche de la sentencia definitiva, que es ejercido en contra de decisiones netamente de carácter decisorio litis, relacionadas con las normas penales relativas a la calificación jurídica del ilícito y de la participación del responsable del mismo, por lo cual los errores de derecho denunciados por esta vía solo se pueden determinar sobre la base de estas dos vertientes, descartándose la posibilidad de impugnación de aplicación errónea de la ley penal en aspectos ordenatorio litis como es lo denunciado (SCS 5654-2012).”*

**Quinto:** Que, de acuerdo a la jurisprudencia uniforme que se ha citado, la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en consecuencia, tiene aplicación solo en dos hipótesis:

1.- Impugnación de normas *decisorio litis*, relativas a la *calificación jurídica del ilícito penal* y

2.- Impugnación de normas *decisorio litis*, relativas a la *participación del responsable del mismo ilícito penal*.

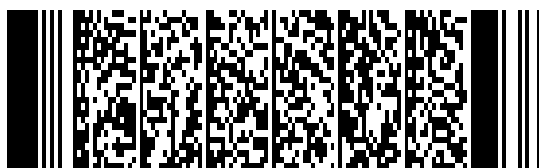
Como queda claro del propio recurso, lo atacado es la aplicación de leyes penales, sustantivas, *decisorio litis*, referidas a la calificación jurídica del ilícito penal por el cual se condena al acusado, por lo que la presente causal debe ser analizada rigurosamente.

**Sexto:** Que, debe recordarse que tratándose de esta causal, solamente resulta posible revisar la aplicación del derecho penal, en los términos antes anotadas, al punto que los hechos consignados en la sentencia resultan inamovibles para este tribunal de la nulidad. Así se ha resuelto en innumerables fallos, tal como se indica en causa Rol N° 35146-2016, en la sentencia de 26 de julio de 2016, considerando sexto: *“Ahora bien, al asilarse el cuestionamiento a la sentencia en la causal del artículo 373*



*letra b) del Código Procesal Penal, a esta Corte le está vedado alterar los hechos ahí declarados, puesto que su competencia, que deriva del motivo ya referido, se circunscribe al examen del derecho aplicado en la decisión judicial. En este contexto, es preciso revisar si los presupuestos fácticos que sustentan el pretendido error de derecho están contenidos en el fallo cuya nulidad se pretende. año 2005, N° 2, p.p. 65-66) (SCS 23.930-2014 y 25.003-2014)."*

**Séptimo:** Que, debe señalarse que en la sentencia atacada los jueces del fondo incurren en una práctica que complica innecesariamente el solo análisis jurídico a que conduce esta causal, pues si bien es cierto en el considerando quinto puede leerse que se encuentra acreditado el siguiente hecho: *"El día 30 de marzo de 2016, aproximadamente a las 11:55 horas, Juan Carlos Rojas Tamayo, mantenía sembradas, plantadas y cultivadas, al interior de su domicilio ubicado en calle La Galaxia N° 750, de la comuna de Maipú, 02 plantas del genera (sic) cannabis sativa o marihuana. Además de 2 kilos y 356 grms., brutos de cannabis sativa, distribuido en diversos contenedores, sin contar con autorización para dicho cultivo y cosecha."*; en el motivo sexto, siguiente, referido a la prueba de la defensa y su valoración, indican que diversos antecedentes médicos *"resultan del todo acordes con la prueba testimonial presentada por la defensa, y de los cuales se desprende, que a lo menos desde el año 2006, el acusado presentaba un diagnóstico médico de daño en su columna al que se le sumó la tendinitis que lo aquejaba. Igualmente, estos documentos acreditan que Rojas Tamayo, recibió atención médica constante por dichas enfermedades, lo que lo llevó a consultar en junio de este año con un médico de la Fundación Daya, quien al comprobar las dolencias que padecía el acusado, le recomienda el uso de la marihuana como agente paliativo del dolor crónico que le aquejaba. De esta forma -agrega el tribunal- la prueba aportada por la defensa, la que fue concordante entre sí, contribuye a que el tribunal se forme convicción en cuanto al fin perseguido por el imputado al mantener las plantas encontradas en su inmueble"*, que no es otro que el *"terapéutico"*.



Sin duda que tales hechos forman parte de aquella situación fáctica concreta que el tribunal tuvo en cuenta para fallar, al punto que en el considerando octavo de la sentencia atacada desestima la acusación fiscal, agregando que *“de un análisis de la prueba se puede concluir que efectivamente existían plantas de cannabis sativa, pero las mismas tenían como objetivo el consumo personal y próximo en el tiempo, con un fin terapéutico, por lo que será desestimada la petición de calificación expresada por el persecutor”*, apoyando dicha decisión en la sentencia de 4 de abril de 2016 dictada en la causa Rol N° 14863-2016 por la Excelentísima Corte Suprema, la que en sus considerandos sexto, séptimo y octavo razona acerca de las figuras comprendidas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, ligándolas a la posibilidad cierta de al menos poner en peligro el bien jurídico protegido de la salud pública –lo que no se produciría en el caso *sublite*–, en los siguientes términos:

*“Respecto del delito de tráfico de drogas hoy parece existir consenso en que el bien jurídico que se busca proteger es la salud pública, el que es de carácter colectivo y carente de individualización, pues se refiere a la generalidad, y que ha sido entendido como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas (Politoff y M., “Objeto jurídico y ‘objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”, en Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, 1998, p. 14).*

*Si bien se ha querido catalogar el tráfico ilícito de drogas como un delito de peligro abstracto –lo que ha sido denegado en fallos anteriores de esta Sala–, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo (Roxin, C. Derecho Penal, P. General, T.I., T.. 2a ed. alemana, 1997, pp. 336 y 407), no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la*



*libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que pongan en peligro bienes jurídicos. (C. del R.-Vives A. Derecho Penal, P. General, 5a ed., 1999, pp. 319 y 324).*

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

*El principio de "lesividad" –que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico– se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga –también en el ámbito del enjuiciamiento– a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 8° de la Ley N° 20.000.*

*Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una "praesumptio juris et de jure" de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff/Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. Así se ha sostenido que si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro abstracto, pues establecen una presunción de derecho de*



que la actividad descrita significa una puesta en peligro (B. y H., Nuevo Sistema de Derecho Penal, 2004, p. 90).

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

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

Séptimo. Que este examen sobre la posibilidad de producción del resultado de peligro resulta aún más imperioso respecto de aquellas conductas como las tipificadas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, precepto mediante el cual no se castiga el tráfico ilícito de estupefacientes ya sea en su sentido estricto o amplio, sino que se está previniendo el





*peligro de que, a través de la plantación de especies vegetales del genero cannabis, alguien pueda en el futuro poner en peligro la salud pública elaborando con el producto de dicha planta sustancias estupefacientes que puedan facilitarse a terceros para su uso o consumo.*

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

**Octavo:** Que, el tribunal del fondo ha dejado sentado, además, en el motivo séptimo, que *“la plantación encontrada en el inmueble de Rojas Tamayo, no tenía otra finalidad que procurar satisfacer su consumo personal, con un fin terapéutico”* y que no existen *“antecedentes que permitan concluir que –las especies vegetales de cannabis sativa incautadas al acusado– estaban destinadas a inducir, promover o facilitar el uso o consumo de tales sustancias por terceros”*.

**Noveno:** Que, en consecuencia, dentro del contexto fáctico antes anotado, que considera por un lado la plantación y cosecha de marihuana sin la competente autorización por el acusado, destinado a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, se encuentra establecido también por el tribunal del fondo que la finalidad de dicho consumo lo era con un fin terapéutico, sin elementos probatorios que permitieran presumir algún fin ilícito, potencialmente dañino del bien jurídico protegido por dicha legislación.

Y, por ende, esa es la circunstancia fáctica concreta que debe ser subsumida en algunas de las figuras penales reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000.



**Décimo:** Que, coherente con lo que se viene sosteniendo, al incorporar dentro de la situación concreta del caso la finalidad terapéutica del consumo, debemos postular que nos encontramos frente a un hecho atípico, respecto del cual no es posible la labor de subsunción exigida por el principio de tipicidad, pues la norma citada del artículo 8° ordena sancionar el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del producto de la siembra, plantación, cultivo o cosecha de marihuana, en aquellas hipótesis no justificadas con finalidades terapéuticas, atendido que una lectura sistemática de los tipos penales regulados en esta legislación contempla una causal eximente especial en la parte final del inciso 1° del artículo 4° de la señalada ley, referida a la destinación de la droga “*a la atención de un tratamiento médico*”, que debemos asociar con la finalidad terapéutica acreditada en este caso.

Entenderlo de otra manera significa asumir que si bien es cierto la hipótesis fáctica contemplada en la parte final del artículo 8° referido a aquellas situaciones en que existe justificación del uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de marihuana, no distingue la finalidad para la que se destina la especie, lo que contraviene completamente el principio de lesividad de las conductas, tan apreciado al principio de culpabilidad que resulta exigible para legitimar una pena en el contexto de un Estado democrático de Derecho.

**Undécimo:** Que, en virtud de los razonamientos antes expresados, debe acogerse el recurso de nulidad intentado y dictar la sentencia de reemplazo que ordena el artículo 385 del Código Procesal Penal. Debe señalarse, en este sentido, que este último precepto prescribe que puede ser invalidada solo la sentencia –como se hará en este caso– y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la de reemplazo que se conformare a la ley, precisamente en uno de los casos como aquí ocurre, esto es, cuando se *hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal*.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 384 y 385, ambos del Código Procesal Penal, **SE ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal Público don Mauricio Badilla San Juan en los autos RIT O–245–2016 del Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1600307900–0, en contra de la sentencia de fecha veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis y, en consecuencia, se invalida la antes referida y se dicta, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que ordena la ley.



Redacción del abogado integrante señor Mauricio Decap Fernández.

**Comuníquese y regístrese.**

**Rol N° Reforma Procesal Penal-76-2017.**



01915415806991

Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Romy Grace Rutherford P., Fiscal Judicial Raul Gregorio Trincado D. y Abogado Integrante Mauricio Decap F. Santiago, diez de marzo de dos mil diecisiete.

En Santiago, a diez de marzo de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



01915415806991