

En Coyhaique, a seis de abril de dos mil veintitrés.

**VISTOS:**

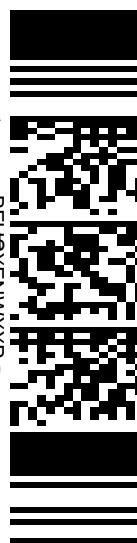
En estos antecedentes, RUC número 2100681276-4, RIT número 89-2022, Rol Corte 37-2023, comparece Lorenzo Darío Avilés Rubilar, abogado, en representación de la sentenciada, María Belén Fernández García, quien deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada en esta causa, con fecha 20 de febrero de 2023, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, integrada por los Jueces Titulares, don Pablo Andrés Freire Gavilán, quien presidió, y por los Jueces don Patricio Zúñiga Valenzuela y doña Rosalía Edith Mansilla Quiroz, conforme a la cual, se condenó, a su representada, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, multa de cinco unidades tributarias mensuales y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autora del delito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes del artículo 4, de la Ley 20.000, cometido en la comuna Coyhaique, el día 26 de julio de 2021.

El recurrente invoca, como causal de nulidad, la prevista en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, es decir, la errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; solicitando en definitiva la anulación del juicio oral y de la sentencia recurrida, y ordenando la remisión de los antecedentes al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique sala no inhabilitada, que deba conocer del nuevo juicio oral, por constituir la única manera de subsanar el perjuicio causado por el fallo recurrido.

Con fecha 20 de marzo de 2023, se procedió a la vista de la causa, con la asistencia remota por videoconferencia del abogado Defensor Penal Privado don Jaime Pereira Soto y del abogado representante del Ministerio Público don Álvaro Pérez D'Alencon; quedando la causa en estado de acuerdo.

**Y CONSIDERANDO:**

BFCXENXXXXP



**PRIMERO:** Que, la recurrente, fundamenta su recurso de nulidad en la errónea aplicación del derecho que ha realizado el Tribunal Oral de Coyhaique al momento de establecer, con la prueba rendida en juicio, cual es la conducta típica la reprochada por el legislador, y cuáles son sus elementos que requieren de prueba.

Indica que, lo que tenía que acreditar la Fiscalía consistía en que la sentenciada haya ingresado, transportado y transferido al acusado Pacheco Baeza, sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina, con la finalidad o ánimo de traficar con ella.

Señala que en el protocolo de análisis y psicotrópicos y estupefacientes, expuesto por el perito químico Ernesto Araus Miranda, consiste en determinar si la hierba o plantas, pertenecen o son plantas del género cannabis, lo que se hace detectando la presencia cualitativa de cannabinoles y la observación macro y microscópica. Agrega que lo que plantea este perito, y que es recogido por el voto mayoritario en la sentencia, pasa por determinar si la hierba pertenece o no al género cannabis y que con eso sería suficiente para estar en presencia del objeto ilícito.

Expuso que estimar como cierta la premisa antes indicada hace surgir un yerro del conocimiento jurídico, ya que lo que el reglamento establece para la determinación del objeto del ilícito, tal como se ha venido sosteniendo, es la presencia de resina, sea que haya sido extraída o no de la planta denominada como cannabis, y no hacer presente que en toda la planta se encuentran presentes los cannabinoles, los que incluyen los psicoactivos, sean propios de éstas o la presencia específica de Tetrahidrocanabinol(THC), porque cuando el reglamento los menciona, los trata de aquellos componentes en sus estados puros y no en la planta. Si el legislador hubiera querido incluir al THC como algo incluido en el grupo de las resinas, bastaba con que hubiera dicho la planta de cannabis.

Refiere que del tenor expreso y específico referido en el reglamento, se puede inequívocamente concluir que tratándose de la planta de cannabis lo que se persigue, es el, tráfico del contenido (resina) y no del contenedor. A contrario sensu, cuando el legislador estima adecuado perseguir penalmente la plantación ilegal, lo hace patente en el artículo 8 de la Ley 20.000 en donde se señala... “especies del género cannabis u otras productoras de sustancias...” ello en relación con el artículo 5 del citado reglamento.

Expuso que bajo este criterio, es del todo entendible, que lo pretendido por nuestro legislador consista en castigar el tráfico de aquellas partes de la planta donde se encuentra la mayor concentración de THC, como elemento psicoactivo, cuando no se ha extraído la resina, más allá que toda la planta contenga THC, de lo contrario, bastaba decir que cual sustancia vegetal que contuviese THC y no determinadas partes de la planta. Ergo, lo que se quiere proteger es la salud pública, cuando esta se encuentra expuesto a un riesgo con un potencial de tal magnitud, que hace al legislador adelantar su acción punitiva, y no se trata de cualquier riesgo.

Señala que de allí que la Jurisprudencia de la Corte Suprema en la causa ROL N°31.232-18, sostiene que la Ley 20.000 en la modificación del año 2005, estableció la obligación de establecer en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza.

Finalmente expuso que, la influencia del yerro en el razonamiento del voto de mayoría del tribunal, es de tal entidad ya que si se hubiese aplicado correctamente el derecho se debió de haber absuelto o no condenado a la acusada. Añade que si se hubiera aplicado correctamente el derecho, el tribunal debió exigir prueba sobre la presencia o no de la resina prohibida, y al no haber prueba sobre la presencia o no de resina en las sustancias incautadas, debió de haberse dictado veredicto y sentencia absolutoria en lo que dice relación con la sustancia vegetal.

BH-SXEN-XXXXP

**SEGUNDO:** Que, por su parte, el representante del Ministerio Público mencionado, sostuvo en estrado que el recurso debe ser rechazado porque el supuesto error de derecho es irrelevante, dado que no hay ninguna trascendencia en lo dispositivo del fallo. Indica que la sentenciada, ingresa al recinto penitenciario, siendo procuradora, luego va a una sala, portando consigo distintos tipos de droga y ese es el hecho probado que se reclama, pero también portaba cocaína y especifica las cantidades de droga que se portan, indicando que se portaban cerca de 37 gramos neto de marihuana y de cocaína 10 gramos y además, agrega el hecho probado que a esa sala ingresa el sentenciado Pacheco Baeza y la acusada, le transfiere, le entrega, le suministra, la referida droga. Añade que no tiene ninguna trascendencia en lo dispositivo del fallo, porque si se sustrae la marihuana, igualmente está establecido en el hecho probado que la imputada entregó cocaína a uno de los internos del recinto penitenciario, esto es, igualmente se llega a la conclusión de que aquí hay un delito de microtráfico.

Señala que lo que pretende el recurrente es la revisión de los hechos a través de un nuevo juicio oral, incluso es aquí porque la defensa no pide sentencia de reemplazo y pide un nuevo juicio oral.

En cuanto al fondo plantea que la jurisprudencia ya ha sido constante en señalar que, en relación al cannabis, al ser un producto natural no es necesario revisar su principio activo y la razón es que se trata de un elemento vegetal, natural, donde el principio activo que es el THC lo produce la planta de forma natural sin intervención humana y así se establece habitualmente en los peritajes que se presentan a juicio, esto es un conocimiento científicamente afianzado. Agrega que, de esta forma, la discusión sobre si tiene más THC o menos, es del todo irrelevante, se sanciona el suministro de esta sustancia cualquiera sea su cantidad.

Indica que no hay error de derecho, toda vez que se determinó que una de las sustancias está dentro del Reglamento, fue incautada y fue suministrada, ahí está determinada la figura típica.



Finalmente solicita el rechazo del recurso por tratarse de una discusión sobre algo que no influye en lo dispositivo del fallo, por cuanto también se suministró cocaína a un interno de la cárcel pública y en segundo lugar no hay una petición clara de acuerdo a la ley porque se aleja del artículo 385 y en ningún caso aquí hay error de derecho, desde que se determinó a ciencia cierta la existencia de una sustancia que se encuentra dentro del reglamento.

**TERCERO:** Que, la recurrente de nulidad ha deducido la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 1 y 4, ambos de la Ley 20.000, por estimar que si se hubiera aplicado correctamente el derecho, el tribunal debió exigir prueba sobre la presencia o no de la resina prohibida, y al no haber prueba sobre la presencia o no de resina en las sustancias incautadas debió haberse dictado sentencia absolutoria en lo que dice relación con la sustancia vegetal.

**CUARTO:** Que, a estos efectos, siendo la errónea aplicación del derecho la causal genérica invocada, han de reproducirse los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique tuvo por establecidos en el Motivo Décimo del fallo recurrido, los que, al no haber sido atacados, han de permanecer como inamovibles, esto es:

“Que el día 26 de julio de 2021, alrededor de las 10,30 horas, la acusada MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ GARCÍA, concurrió al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Coyhaique, en calidad de procuradora, para entrevistarse con el interno FABIÁN GONZALO PACHECO BAEZA.

En dicha oportunidad, la acusada FERNÁNDEZ GARCÍA, ingresó a la sala de entrevista, portando consigo drogas del tipo cannabis cocaína, con el siguiente detalle: Una bolsa de nylon contenedora de hierba de cannabis con un peso neto de 9,61 gramos y una bolsa de nylon contenedora de hierba de cannabis, con un peso neto total de 37,40 gramos, y una bolsa de nylon contenedora de una sustancia de

BFSXENMXXP

color blanco, correspondiente a clorhidrato de cocaína con un peso neto de 10 gramos.

Posteriormente, también ingresó a dicha sala el acusado PACHECO BAEZA, y en dicho lugar la acusada FERNÁNDEZ GARCÍA procedió a transferirle y suministrarle a aquél toda la droga referida precedentemente, quien la ocultó entre sus ropas y cuerpo, específicamente en la zona de sus genitales.

Finalizada la entrevista, el acusado PACHECO BAEZA fue registrado por personal de Gendarmería de Chile, sorprendiendo que portaba consigo aquellas sustancias ilícitas, en concreto 47,01 gramos netos de cannabis y 10 gramos de clorhidrato de cocaína, además de dos cajas de papelillos marca OCB y dos cables de color blanco para cargar celulares, también entregados por la acusada.

Sometidas a análisis las sustancias halladas al acusado Pacheco Baeza, se corroboró que se trataba de cannabis y cocaína clorhidrato, respectivamente.

Las sustancias ilícitas que portaba al interno PACHECO BAEZA, estaban destinadas a su uso y consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.”.

**QUINTO:** Que, se debe tener presente, que el artículo 4, de la Ley 20.000, indica que: “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, 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°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, 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”.

Por su parte el artículo 1, del mismo cuerpo legal, señala que: “Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan



sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.”.

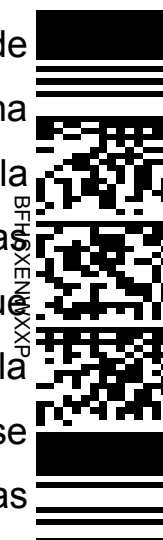
**SEXTO:** Que, primeramente, esta Corte, no advierte error de derecho alguno en la aplicación de las normas antes referida, desde que asentado el hecho inamovible, para estos sentenciadores, consistente en que, la acusada ingresó a la sala de entrevista, portando consigo una bolsa de nylon contenedora de hierba de cannabis con un peso neto de 9,61 gramos y una bolsa de nylon contenedora de hierba de cannabis, con un peso neto total de 37,40 gramos, y una bolsa de nylon contenedora de una sustancia de color blanco, correspondiente a clorhidrato de cocaína con un peso neto de 10 gramos, como así lo estableció el fallo impugnado en el considerando Décimo antes transcrito; desde luego, se debe advertir la circunstancia de que el recurrente cuestiona, más bien, el hecho antes asentado, en el sentido que concluye que el Tribunal debió exigir prueba sobre la presencia o no de resina prohibida y al no haber prueba sobre la presencia o no de resina en las sustancias incautadas, debió de haberse dictado sentencia absolutoria, cuestión ésta última que es propia de un recurso de apelación y no de un recurso de nulidad como el que se conoce, por cuanto se trata de modificar un hecho establecido, lo que está vedado por el presente arbitrio de nulidad, sumado a lo anterior, que lo alegado no tiene ninguna trascendencia en lo dispositivo del fallo, porque si se sustrae la discusión sobre los componentes tóxicos y sicoactivos asociados a la marihuana, igualmente está establecido en el hecho probado que la imputada entregó cocaína a uno de los internos del recinto penitenciario, esto es, igualmente se llegaría a la conclusión de que se configura en la especie un delito de microtráfico.

**SÉPTIMO:** Que, a mayor abundamiento, se debe considerar el análisis evacuado por perito del Servicio de Salud Aysén y por peritos

BFSXENXXXXP

del Instituto de Salud Pública, respectivamente, y sus resultados comunicados al Ministerio Público mediante Oficios Reservados N°384, de 18 de agosto de 2021 y N°599 de 13 de diciembre de 2021, del Director del Servicio de Salud Aysén, y Reservado 12498-2021 de fecha 03 de diciembre de 2021, del Jefe de Subdepartamento de Sustancia Ilícitas del Instituto de Salud Pública, al respecto, el perito Ernesto Araús señaló que el resultado del análisis de las sustancias consistentes en hierba, efectivamente dio una coloración rojiza, y en la observación al microscopio se encontraron algunos elementos organolépticos propios de la cannabis como el olor y al microscopio se encontraron unos tricomas propios de la cannabis que son puntiagudos, cónicos y de base ensanchada. Hay otro tipo de tricomas, como los glandulares, pero no siempre se pueden observar puesto que son muy lábiles, en cambio los que siempre se pueden observar son los señalados porque son bastantes consistentes. En base a los tres criterios referidos, se concluyó que se trataba de hierba del género cannabis, y así lo indicó en el informe que emitió el día 17 de agosto de 2021. Aclaró que las muestras eran hierba del género cannabis, la que está comprendida como tal en el Reglamento de la Ley 20.000, precisando que en su análisis no se detecta en específico THC, sino sólo cannabinoides.

Por su parte, la perito Paula Fuentes Azócar, declaró en relación a Protocolo de Análisis químico, de fecha 03 de diciembre de 2021, código de muestra 12498-2021-M1-1, NUE 6312351, y dos informes de efectos de peligrosidad para la salud pública de cafeína y de cocaína clorhidrato, respectivamente, expresó que se analizó a través de la espectroscopia RAMAN que es una técnica que permite identificar las sustancias que se encuentren dentro de una muestra y se obtuvo que para este caso se trataba de cocaína clorhidrato, luego se sometió a la prueba de cromatografía gaseosa con ionización de llama, la que se utiliza para cuantificar la cocaína y también permite identificar las sustancias adulterantes en la misma cocaína, gracias a lo cual se





encontró la presencia de cafeína y la concentración de la cocaína en un 21%.

**OCTAVO:** Que, en consecuencia, son determinantes los informes precedentemente citados, en orden a dar por establecido el objeto material del ilícito, ya que la sustancia en cuestión, respecto de la causal invocada, fue identificada como marihuana, con su respectivo peso, a saber, una bolsa de nylon contenedora de hierba de cannabis con un peso neto de 9,61 gramos y una bolsa de nylon contenedora de hierba de cannabis, con un peso neto total de 37,40 gramos, naturaleza, cannabis, contenido y composición, de tricomas propios de la cannabis que son puntiagudos, cónicos y de base ensanchada, como los componentes tóxicos y sicoactivos asociados consistente en cannabinoles, derivándose su afectación al bien jurídico protegido, la salud pública, por la expresa referencia que realiza el artículo 63, de la Ley 20.000, al Reglamento, modificado, entre otros, por el Decreto 1524, del Ministerio de Salud, publicado el 30 de Enero del año 2016, entendiéndose la cita de aquél, al Decreto Supremo número 867, del 19 de Febrero del año 2008, que al efecto determina en su artículo 1, que: *“Califícase como sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, a que se refiere el párrafo antepenúltimo, del artículo 1° de la Ley N° 20.000, a: “Cannabis, sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina.”.*

Así, entonces, la dependencia física y/o psíquica que exige la Ley 20.000, en su artículo 4, en su correlación con el artículo 1 de la misma, viene dada por el Reglamento número 867, del Ministerio del Interior, por expresa referencia de aquélla a ésta.

**NOVENO:** Que, en todo caso, ha de asentarse, también, que de los Informes del Servicio de Salud, citados, especialmente el de Efecto de la Cannabis en el Organismo, señaló que: “los efectos psíquicos de la cannabis de manera ocasional o constante, serían la hilaridad, euforia

locuaz, desequilibrio de relaciones afectivas, ansiedad, agresividad, irritabilidad, confusión, disminución del umbral sensorial respecto de fenómenos acústicos y ópticos, distorsión del espacio y el tiempo, también se pueden presentar alucinaciones. En cuanto a efectos somáticos, se encuentran la faringitis, bronquitis, asma crónica, la hipoglicemia, la bulimia, y también se pueden agregar otros efectos como son el mayor riesgo de cáncer pulmonar por el hecho de fumar, mayor riesgo de sufrir accidentes cardiovasculares, la disminución de la capacidad reproductiva, por la disminución de las hormonas relacionadas con ello, como así también la pérdida de neuronas del hipocampo asociado más bien a la vejez. En cuanto al mal causado al individuo, estarían la inercia, el letargo, la negligencia de sí mismo, la desmotivación, y en cuanto al mal causado a la sociedad, estarían las consecuencias económicas, el menoscabo de las funciones sociales del individuo y también se pueden presentar episodios psicóticos.”.

Párrafo, que a juicio de estos sentenciadores y especialmente en base a los hechos punibles determinados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cuyhaique, ya reseñados e inamovibles, al menos, por esta causal, no se han acreditado los sustratos básicos de procedencia y la sentencia citada satisface plenamente la exigencia de la dependencia psíquica, que la figura penal exige y por la que la recurrente fuera sentenciada, independientemente del hecho de que en el mismo informe se hubiere declarado que: “ las muestras eran hierba del género cannabis, la que está comprendida como tal en el Reglamento de la Ley 20.000, precisando que en su análisis no se detecta en específico THC, sino sólo cannabinoides.”, ya que dicho párrafo se refiere, específicamente, a concluir que hierba examinada corresponde al género cannabis, por la que la acusada fue juzgada condenada, conjuntamente a la sustancia de cocaína clorhidrato.

**DÉCIMO:** Que, conforme a lo razonado, la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b), esto es, la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo,

no resulta procedente y por ello se rechazará el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado y así se declarará.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara:

Que, **SE RECHAZA**, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por Lorenzo Darío Avilés Rubilar, abogado, en representación de la sentenciada, María Belén Fernández García, en contra de la sentencia definitiva de veinte de febrero de dos mil veintitrés, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, en cuanto por ella, se condenó a su representada, a las penas de tres años y un día, de presidio menor en grado máximo y al pago una multa de cinco Unidades Tributarias Mensuales, con las accesorias de rigor, como autora del delito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 4 en relación al artículo 1, ambos de la Ley 20.000, en grado de consumado, perpetrado en la ciudad de Coyhaique, el día veintiséis de julio de 2021; declarándose, en consecuencia, que dicha sentencia no es nula.

Regístrese y dése a conocer a los intervinientes en la audiencia de lectura prefijada, devolviéndose los antecedentes en su oportunidad.

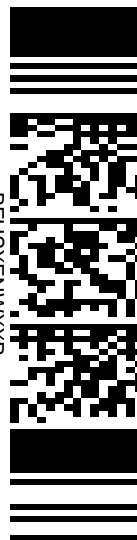
Redacción del Ministro Titular, don José Ignacio Mora Trujillo.

No firma el Ministro Titular don Pedro Alejandro Castro Espinoza, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

R.U.C. N°:2100681276-4.-

Rol Corte N°: 37-2023.-

BFSXENWXXP



Pronunciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Coyhaique integrada por Ministro Presidente Jose Ignacio Mora T. y Ministra Natalia Rencoret O. Coyhaique, seis de abril de dos mil veintitrés.

En Coyhaique, a seis de abril de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

