

Santiago, veintiuno de marzo de dos mil veintidós.

**VISTOS:**

En esta causa RUC N° 2000308346-3, y RIT N° 6-2021 del Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de quince de marzo de dos mil veintiuno, se condenó al acusado Eduardo Juan Carlos Fonseca Jiménez a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a cuarenta unidades tributarias mensuales, en calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en grado de consumado, previsto en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, cometido el día 19 de marzo de 2020, en la comuna de Maipú.

En contra de esa decisión, la defensa del encausado interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de uno de marzo pasado, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, la defensa del condenado Eduardo Fonseca Jiménez, alega la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, denunciando la infracción de los artículos 1° y 2° del Código Penal, ya que se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para sancionarla penalmente, aplicándose erróneamente el artículo 1° y 3° de la Ley N° 20.000 en relación a los incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

Argumenta que la prueba rendida en el juicio por el Ministerio Público no reúne las características legales necesarias para el establecimiento de la ilicitud y dañosidad de la sustancia incautada, pues no se ha acreditado que ella lesione el



bien jurídico protegido, esto es, la salud pública, por cuanto la pericia no determinó la pureza de la droga, al igual que el informe sobre los efectos perniciosos para la salud no cumple con los requisitos legales al referirse solo a aspectos generales. Añade que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley 20.000, no establece la concentración de la droga, sino únicamente la presencia de una sustancia, este informe no lleva a concluir si es apta para producir daños en la salud pública, conforme a la exigencia del artículo 3° de la citada ley, lo que no permite la certeza exigida por el artículo 340 del Código Procesal Penal.

Concluye solicitando se acoja el recurso, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, una de reemplazo de carácter absolutoria.

**SEGUNDO:** Que, el motivo de invalidación alegado por la defensa, de conformidad al artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal, ha sido confiado excepcionalmente al conocimiento de esta Corte Suprema en el evento que, con ocasión de dicha causal, se invoquen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores sobre la cuestión de derecho principal planteada en el recurso, esto es, la incidencia de la ausencia del informe de pureza en la decisión de lo discutido, lo que en la especie se demuestra con los pronunciamientos que se acompañaron a la presentación en análisis.

**TERCERO:** Que, los hechos establecidos por la sentencia recurrida son los siguientes:

*“Que el 19 de Marzo de 2020, alrededor de las 13:50 hrs. en la intersección de calle Alaska esquina Avda. Las Torres, comuna de Maipú, en circunstancias que EDUARDO JUAN CARLOS FONSECA JIMENEZ se desplazaba en la camioneta PPU LSDJ-98 marca Ford, modelo Ranger, color blanco, año 2020, fue objeto de un control vehicular por funcionarios policiales, procediendo a detenerse, realizando una maniobra de retroceso por la que colisionó el vehículo policial, por lo que Carabineros e (sic) abrió la puerta del conductor, extrayendo*



*las llaves de la chapa del vehículo, siendo reducido y detenido el acusado en el lugar. Acto seguido, al realizarse un registro del vehículo, fue encontrado bajo el asiento de (sic) conductor, dentro de una bolsa de basura, dos envoltorios con cinta adhesiva transparente, que contenían cannabis sativa, la que arrojó un peso bruto de 1 kilo 23 gramos, siendo levantada bajo la cadena de custodia NUE 4683621 (sic)".*

**CUARTO:** Que los hechos reproducidos precedentemente fueron calificados como constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000, para lo cual se tuvo presente las pericias químicas de análisis que son categóricas, en el sentido que las muestras examinadas correspondían desde el punto de vista del conocimiento científicamente afianzado a 956,2 gramos neto de cannabis, vale decir, casi un kilo de marihuana, demostrándose la presencia de cannabinoles, que se demostró inequívocamente con el informe sobre los peligros para la salud pública igualmente allegado, que genera graves efectos nocivos en las personas, sustancia que se encuentra incluida expresamente en el artículo 1° del Decreto N°867 del Ministerio de Justicia del 19 de febrero de 2008.

En cuanto a la falta del análisis de la pureza de la droga incautada, la sentencia señaló que la presencia de cannabinoles es suficiente para calificarla como aquellas que constituyen el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas; lo que unido al peso y naturaleza impiden categóricamente estimar que la conducta del acusado Eduardo Juan Carlos Fonseca Jiménez careciera de antijuricidad material.

**QUINTO:** Que, para resolver adecuadamente la causal impetrada por este recurso, se hace necesario tener en cuenta que el tipo penal por el cual fue condenado el imputado contenido en el artículo 3° de la Ley N° 20.000, dispone: *"Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio,*



*induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias. Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.”*

El artículo 1° de la ley en referencia alude a las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

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 1°, 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.”*

**SEXTO:** Que, como es posible advertir de las descripciones fácticas de los tipos penales en referencia, aparece que en el delito de tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 3° de la ley del ramo, la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal. Al efecto se debe tener presente que la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, ha establecido que será un reglamento el que señale



las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal, dictándose el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 565 del año 1995, encontrándose la *cannabis*, en sus estados de resina, sumidades floridas o con frutos, o extractos y tinturas, contemplada en el actual artículo 1° del citado Reglamento.

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 tráfico ilícito de drogas, cuestión que ocurrió en este caso al detectarse en las muestras periciadas, según se explicitó en el fundamento cuarto, la presencia de aquellos principios activos propios de dicha sustancia.

**SÉPTIMO:** Que, a mayor abundamiento, si bien esta Corte ha sostenido en sentencias pasadas, que por ser la salud pública el bien jurídico tutelado por el delito descrito en el artículo 4° de la ley del ramo, tráfico o porte de pequeñas cantidades, se requiere que el ente acusador pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que especifique la composición y grado de pureza del producto examinado, puesto que dicho antecedente es el que demuestra la lesividad o peligro concreto que reviste la sustancia estupefaciente, tales disquisiciones, en todo caso, se justificarían para dar por establecido el ilícito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, desde que dicho componente es trascendente a la hora de confirmar o descartar el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del tenedor de la droga. Es esta causal de exención de responsabilidad penal la que tornaría en imprescindible contar con el estudio de la calidad o pureza de la sustancia, y que no aparece en la tipificación del artículo 3° de la Ley N° 20.000.

De esta manera, también procede rechazar las alegaciones vertidas por la defensa en su recurso, toda vez que el total de las sustancias incautadas al imputado, –no discutida- a saber 956,2 gramos neto de cannabis, dada su aptitud de ser dosificada y distribuida a numerosos consumidores finales, revela la inequívoca presencia del peligro concreto para la salud pública, objeto jurídico de



protección amparado por la Ley N° 20.000 (SCS N° 23245-2019 de 30 de septiembre de 2019).

En este estado de cosas, el objeto material del delito de tráfico de estupefacientes 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 3 de la Ley N° 20.000.

**OCTAVO:** Que, por todas las razones expuestas, el arbitrio de nulidad deducido, será desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Eduardo Juan Carlos Fonseca Jiménez, respecto del delito de tráfico ilícito de drogas, contra la sentencia de quince de marzo de dos mil veintiuno, dictada por el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 2000308346-3, y RIT N° 6-2021, los que en consecuencia no son nulos.

**Se deja constancia que el Ministro Señor Llanos** ha variado su posición manifestada en el fallo dictado en el recurso de nulidad rol N° 24705-2020, luego de un acabado estudio de nuevos antecedentes, de los cuales aparece que no es posible determinar la pureza conforme a estudios realizados por el Tribunal Supremo de España. Así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, señala que *“tratándose de hachís no es exigible la determinación cualitativa de su pureza, más allá de la constancia de la presencia relevante del principio activo THC, pues tanto el hachís, como la grifa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en los que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta -sin necesidad de proceso químico- de cuya composición forman parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la*



*que la proporción de sustancia activa o tetrahidrocanabinol oscila en función de aquellas variables entre un 2% y un 10%”.*

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

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol N° 22178-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y Sra. María Teresa Letelier R. No firma el Ministro Sr. Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.





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

