

III. Derecho Procesal Penal

1. CORTE SUPREMA - DERECHO PROCESAL PENAL

Cultivo de *cannabis*. I. Entrada y registro al domicilio de la acusada practicado con su consentimiento. Posibilidad de incautar objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado que permitan sospechar la existencia de un hecho punible distinto. Principio de hallazgo casual. II. Deber de aportar antecedentes sobre el destino de autoconsumo recae en el acusado. Improcedencia de recurso de nulidad fundado en hechos y circunstancias que se apartan de lo asentado por los magistrados del grado

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000. Defensa de condenada recurre de nulidad. La Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado).*

ROL: 24703-2020, de 2 de julio de 2020.

PARTES: *Ministerio Público con María Benito Soza.*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Osvaldo Brito C., Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O. y Sr. Leopoldo Andrés Llanos S.*

DOCTRINA

- I. *La actual redacción del artículo 215 del Código Procesal Penal permite –en la diligencia de registro– incautar objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado que permitan sospechar la existencia de un hecho punible distinto. Luego, si ha sido establecido que la entrada y registro al domicilio de la acusada se practicó legalmente –por contar con su consentimiento–, los funcionarios policiales podían incautar y luego dar aviso al Ministerio Público de la existencia de las especies encontradas en aquel domicilio, por revestir caracteres del delito materia de autos. Tal disposición no hace más que consagrar el principio, ya asentado en la doctrina y jurisprudencia comparadas, del “hallazgo casual” –que constituye una excepción a la recolección de la prueba ilícita–, esto es, “(...) cuando se obtienen resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un*

principio a la investigación de un determinado delito distinto o afectando a un tercero no inicialmente investigado” –Álvarez de Neyra Kappler, Susana– (considerando 9° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *El recurrente esgrime la errónea aplicación del derecho, ya que las conductas descritas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 se sancionan conforme al artículo 50 del mismo texto si el cultivo se realiza para consumir la sustancia de manera personal, exclusiva, próxima en el tiempo en un lugar que no sea público o de libre acceso al público, como en este caso, agregando que por las mismas circunstancias no se puso en riesgo el bien jurídico salud pública. Al respecto, primero, el Máximo Tribunal ha declarado que pesa sobre el acusado la carga de aportar antecedentes sobre el destino de autoconsumo que esgrime y, situados en ese contexto, el recurso en esta sección se ampara en hechos que no fueron establecidos por los jueces de la instancia, quienes establecieron que “no se demostró que las plantas de marihuana estuviesen destinadas a un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Del propio relato de la acusada, se deduce que lo producido por la cannabis, como su aceite, lo compartía con otras personas que sufrían sus mismas dolencias, excluyéndose, por ende, el consumo personal. Lo anterior resulta acorde con el número de plantas –14– superior al máximo que se pudieran admitir en un auto cultivo autorizado (7 según el Proyecto de ley pendiente en nuestro país), y la etapa en la que se encontraba el vegetal (aun en macetero, no cortada ni secada) lo que también hacía también excluir la proximidad en su consumo. Por otra parte, tampoco se justificó que la acusada se encontrara autorizada por algún facultativo médico, que le hubiese recetado el uso o consumo de la cannabis, para paliar las consecuencias de sus enfermedades, como solución a sus dolencias, como adujo, dado que en ninguno de los documentos incorporados por la Defensa se registra prescripción alguna de esta sustancia, sino por el contrario, se encontraba bajo tratamiento con fármacos, como los señalados en los datos de atención indicados”. De esa forma, la causal de nulidad se funda en hechos y circunstancias que se apartan de lo asentado en por los magistrados del grado, hechos y circunstancias a los que debe ceñirse estrictamente el examen de la Corte cuando se alega un error en la aplicación de la ley sustantiva a los mismos (considerandos 11° y 12° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: CL/JUR/45759/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 215 del Código Procesal Penal; 8°, 50 de la Ley N° 20.000.*

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE CULTIVO
ILEGAL DE ESPECIES VEGETALES DEL GÉNERO CANNABIS
HALLAZGO CASUAL - PRUEBA DEL AUTOCONSUMO

LORENA REBOLLEDO LATORRE
Abogado Asesor
Fiscalía Nacional-Ministerio Público

En el presente comentario, se dará revista a las consideraciones vertidas por la Corte Suprema para rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la acusada, condenada por el delito de cultivo ilegal de especies vegetales del género cannabis, previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley de Drogas, N° 20.000. En primer lugar, se niega la existencia de una infracción sustancial de garantías fundamentales en un hallazgo casual, originado en la revisión por parte de la policía de una dependencia separada del domicilio, con ocasión de una entrada y registro voluntario. En segundo término, no se acoge la alegación subsidiaria fundada en una errónea aplicación del derecho, debido a que no se acreditó por parte de la defensa la existencia de un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo que, en el caso concreto, permitiese sancionar los hechos de un modo diferente, esto es, como una falta de consumo personal del artículo 50 de la Ley de Drogas.

I. SUPUESTOS FÁCTICOS ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL DEL FONDO,
NO SON REVISABLES EN SEDE DE NULIDAD

En este punto, la Corte Suprema recuerda que el recurso de nulidad no constituye instancia, por ello, por su intermedio, queda vedado cuestionar los presupuestos fácticos establecidos por el tribunal del fondo, salvo que se hubieren infringido las normas reguladoras de la prueba.

“Los sentenciadores fijaron los hechos ya reproducidos en el basamento tercero así como a los que se aludirá más adelante, guiándose por las normas que rigen la apreciación de la prueba en este proceso. Derivado de lo anterior es que en esta sede de nulidad no pueden desconocerse dichos hechos asentados por los magistrados del grado, para sustituirlos por aquellos que se desprenderían de los antecedentes incorporados ante esta Corte de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, pues ello permitiría transformar el recurso de nulidad en una nueva instancia para discutir los hechos ya fijados por el Tribunal y se instalaría de paso una oportunidad para que el recurrente debata nuevamente los presupuestos fácticos establecidos por los sentenciadores de la instancia” (considerando cuarto de la sentencia de la Corte Suprema).

De igual forma, al desecharse las alegaciones de la defensa en torno a considerar que hubo una voluntad viciada por parte de la imputada, al momento de otorgar su consentimiento para el ingreso policial conforme lo dispuesto en el artículo 205 del Código Procesal Penal, reitera la imposibilidad que le asiste al máximo Tribunal vía recurso de nulidad, de apreciar por segunda vez los hechos ya fijados por el Tribunal *a quo*.

Siguiendo el mismo razonamiento, se expresa que los hechos establecidos por el tribunal de la instancia no excluyeron de la autorización para la entrada y registro, el sector del inmueble “patio posterior” en donde fueron halladas las plantas de cannabis; considerándose además plausible el ingreso a esa estructura, pues obraron en cumplimiento de una orden de detención, antecedente que no fue discutido.

II. HALLAZGO CASUAL

En este caso, mediante la consecución de una diligencia de entrada y registro legal, los funcionarios policiales incautaron la droga hallada imprevistamente, dando aviso al órgano persecutor de las especies encontradas – plantas de cannabis – por tratarse de un hecho que revestía caracteres de delito. Al respecto, la fundamentación de la sentencia expone que la disposición aplicada, en concreto, el artículo 215 del CPP “... no hace más que consagrar el principio, ya asentado en la doctrina y jurisprudencia comparadas, del ‘hallazgo casual’ –que constituye una excepción a la recolección de la prueba ilícita–, esto es, ‘(...) cuando se obtienen resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un principio a la investigación de un determinado delito distinto o afectando a un tercero no inicialmente investigado’” (considerando noveno de la Sentencia de la Corte Suprema)¹.

Si bien se concuerda plenamente con el máximo tribunal respecto de la aplicación de la doctrina de los hallazgos casuales o también denominada descubrimientos ocasionales², consagrada en el artículo 215 del Código Procesal Penal, se difiere en cuanto a que considera que ésta sería “una excepción a la recolección de prueba ilícita”³. La norma en comentario está referida a prueba

¹ En el mismo sentido, véase Corte Suprema, rol N° 139-2019, 6 de junio de 2019 y Corte Suprema rol N° 17.706-19, 1 de agosto de 2019.

² ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 2 (2011), pp. 14 y ss.

³ Al respecto, ASÚA BATARRITA, Adela, “Caso Nécora (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 649/1996, de 7 de diciembre)”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.), *Casos que Hicieron Doctrina en Derecho Penal*, 2ª edición, (Madrid, 2011), pp. 459 y ss.

que da cuenta de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, obtenida con ocasión de una actuación policial legítima, esto es, en cumplimiento de una orden judicial en el marco de una investigación penal, diversa al motivo del descubrimiento⁴. Es así como se ha sostenido que “Los hallazgos casuales, si bien se asemejan a las denominadas ‘excepciones a las reglas de exclusión’, son instituciones procesales esencialmente diferentes, por cuanto las excepciones a las reglas de exclusión parten de la base de una prueba obtenida con infracción a garantías fundamentales, es decir, hay una ilegalidad congénita en la obtención de la prueba originaria, a diferencia de los hallazgos casuales que tienen un curso investigativo originario legítimo, con una autorización judicial obtenida conforme a derecho (...) Los hallazgos casuales presuponen la existencia de una investigación desarrollada conforme a las garantías del debido proceso, amparada por una orden judicial legalmente obtenida, en cuyo cumplimiento se descubren ilícitos nuevos, no previstos en la autorización judicial habilitante. Es por esta razón que los hallazgos casuales no implican que la nueva prueba obtenida, *per se* pueda calificarse de ilegal”⁵.

III. AUTOCONSUMO: CARGA DE LA PRUEBA Y PROXIMIDAD EN EL TIEMPO

Reconociendo la teoría de la carga probatoria dinámica, la sentencia subraya que “pesa sobre el acusado la carga de aportar antecedentes sobre el destino de autoconsumo que esgrime” (considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema) y, además, se pronuncia sobre la naturaleza del recurso de nulidad que, como tal, no puede revisar ni establecer hechos, desde el momento que conforme a la ley, esta actividad procesal tiene por destinatarios a los jueces de la instancia. De este modo, al no acreditarse por la defensa, durante la etapa de juicio oral, que las plantas de cannabis se hubieren destinado a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, no le corresponde al máximo tribunal pronunciarse sobre este punto. Por el contrario, sí fue acreditado por parte del ente persecutor la difusión de esta especie vegetal a terceras personas, descartándose por consiguiente un consumo personal y, al estimarse por el tribunal de la instancia, que la cantidad de plantas (en concreto, catorce), además, la disposición en que fueron encontradas (en maceteros), se establecieron indicios suficientes

⁴ Sobre este punto, GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo, “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, en *La Ley Penal*, N° 109, (2014).

⁵ Con mayores referencias, IVELIC MANCILLA, Alejandro, *Los Hallazgos Casuales en las Interceptaciones Telefónicas*. Tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Público, Universidad de Chile (Santiago, 2019), pp. 69-70.

para tener por probado que la posesión o tenencia de dichas plantas de cannabis excedía el límite para estimar, conforme a la prueba de cargo, la posibilidad que las mismas fueran destinadas por el imputado a un consumo personal próximo en el tiempo; y, en consecuencia, se daban en la especie todos los elementos del tipo penal de cultivo ilegal de especies del género cannabis.

A su turno, sobre la base del mismo principio probatorio la sentencia añade que tampoco se justificó por parte de la defensa un consumo medicinal que pudiera ser estimado como una justificación o excusa de la tenencia de la droga. En este punto, es necesario recordar que en nuestro país no está autorizado el uso medicinal de la especie vegetal *cannabis sativa*, desde el momento que el único organismo competente para emitir pronunciamientos al respecto es el Instituto de Salud Pública, a través de la Agencia Nacional de Medicamentos (Anamed), quien ha autorizado la comercialización, hasta ahora, de solo un producto farmacéutico a base de cannabis, denominado Sativex. Con ello, la sentencia objeto del presente comentario viene a confirmar las constantes alegaciones del Ministerio Público en la medida que las personas que cultivan cannabis para un uso medicinal se alejan de la licitud en su accionar, toda vez que le atribuyen capacidades medicinales a una planta al margen de las autorizaciones legales de los organismos competentes.

COMENTARIO A SENTENCIA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA
ROL N° 24703-2020, 2.07.2020

SEBASTIÁN UNDURRAGA DEL RÍO
*Abogado Unidad de Corte
Defensoría Nacional*

El 20 de febrero de 2020, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar (TOP) condenó⁶ a 541 días de presidio menor en su grado medio, pago de una multa de veinte unidades tributarias mensuales, accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y pago de las costas de la causa, a una mujer de 56 años diagnosticada con trastorno afectivo bipolar, hipertensión arterial, obesidad y una fractura complicada en pie izquierdo, por un cultivo ilegal de especies vegetales del género cannabis, delito previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000.

⁶ STOP Viña del Mar, causa RIT 429-2019, RUC 1900097394-K, fecha 20.02.2020.

La Defensoría Penal Pública interpuso un recurso de nulidad invocando como causal principal la del artículo 373 a) del Código Procesal Penal (CPP), al haberse infringido sustancialmente derechos o garantías de la imputada durante el procedimiento policial de entrada y registro que derivó en la incautación de 14 plantas de *cannabis sativa*. En subsidio, se invocó la causal de nulidad del artículo 373 b) por haber existido una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo al haber subsumido el TOP los hechos acreditados en la primera parte de la figura típica del artículo 8° de la N° 20.000. Ambas causales de nulidad fueron desestimadas por decisión unánime de la Segunda Sala de la Corte Suprema (la Corte), quedando firme el fallo de instancia y la condena.

Formalmente, el rechazo de ambas causales de nulidad no merece reparos. Efectivamente, el TOP no tuvo por acreditados los hechos que constituían el fundamento de ambas causales de nulidad: la falta de voluntariedad en la entrega de la autorización de entrada y registro; la no exclusión de la estructura artesanal donde se hallaban las plantas; ni que estas hubieren estado destinadas para consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

La causal principal de nulidad se fundaba en dos acápites que a juicio de la defensa constituían infracciones trascendentes al debido proceso; la intimidad y la inviolabilidad del hogar. El primero, debido a que el ingreso de los cinco funcionarios policiales que desplegaron el procedimiento, no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 205 CPP. Dicho precepto legal, exige el consentimiento expreso del propietario o encargado de un lugar cerrado, para efecto de que los policías puedan hacer ingreso al mismo, donde se presume que puede encontrarse una persona imputada, en este caso, la hija de la acusada, quien tenía un orden de detención pendiente y habría mantenido domicilio en dicho lugar. A juicio de la defensa jamás existió una autorización *voluntaria* para que los cinco funcionarios hicieran ingreso al domicilio. La segunda infracción reclamada se sostenía en que, aun en caso de haber existido una autorización voluntaria de la acusada para la práctica de la diligencia de entrada y registro *—de acuerdo a las declaraciones contestes de los funcionarios policiales—*, esta no habría comprendido la construcción anexa a la casa, “una estructura artesanal, de material ligero, tipo *indoor*, de 1,5 por 1,20 y de altura 2 metros aproximados”⁷ donde la policía encuentra las plantas de cannabis.

Respecto a la falta de voluntariedad en el otorgamiento de la autorización de entrada y registro, esta fue descartada por la Corte Suprema, toda vez que el TOP “no establece como hecho demostrado ninguna de las circunstancias en que

⁷ SCS 24703-2020, considerando octavo.

el recurso se funda para sostener que la imputada no habría entregado su autorización voluntariamente, no obstante que en el juicio fue escuchada la versión de la acusada en ese orden [...] prefiriendo los sentenciadores la versión de los policías sobre la forma en que se habrían desarrollado los hechos, convicción de aquéllos que, como ya fue explicado, no puede ser modificada en esta sede”⁸. Luego, se descarta el segundo acápite de la alegación, toda vez que “el fallo impugnado tampoco establece como hecho demostrado que la acusada hubiese excluido, explícita o implícitamente, de la autorización que dio a los policías para ingresar a su domicilio, el sector del inmueble (‘patio posterior’) donde se hallaba la construcción en que se encuentran las plantas”⁹.

Inmediatamente, la sentencia recuerda la asentada figura del hallazgo casual, excepción a la recolección de prueba ilícita, normativamente consagrada en el artículo 215 CPP, “si ha sido establecido que la entrada y registro al domicilio de la acusada se practicó legalmente –por contar con su consentimiento–, los funcionarios policiales podían incautar y luego dar aviso al Ministerio Público de la existencia de las especies encontradas en aquel domicilio, por revestir caracteres del delito materia de autos”¹⁰.

En consecuencia, las infracciones denunciadas al debido proceso, intimidad e inviolabilidad del hogar, no se configuran al no haberse *tenido por ciertas en el juicio oral*¹¹, motivo por el cual es desestimada la causal principal de nulidad prevista en el artículo 373 a) CPP.

Esta forma de razonamiento parece eludir una cuestión trascendental al momento de fallar esta causal de nulidad, precisamente porque su evaluación supone reevaluar los hechos que fueron asentados por el tribunal de instancia sobre el particular, o bien interpretarlos de forma diversa, bajo el prisma de las garantías que se estiman vulneradas. Piénsese si no en todas las infracciones al debido proceso que debe conocer la Corte a raíz de esta causal de nulidad, a modo de ejemplo, si el tribunal del grado tuvo por acreditada la existencia de un *indicio* para la realización de un control de identidad del artículo 85 CPP a partir de las meras declaraciones de los funcionarios policiales, la Corte jamás podría concluir que estos no existieron en los términos en que la norma lo exige, o bien, si solamente las declaraciones de los funcionarios policiales son suficientes para acreditar la existencia de la autorización que exige el artículo 25 de la Ley N° 20.000 para desempeñarse como agentes reveladores o encubiertos, el deber

⁸ *Ibid.* considerando sexto.

⁹ *Ibid.* considerando séptimo.

¹⁰ *Ibid.* considerando noveno.

¹¹ *Ibid.* considerando décimo.

de registro quedaría satisfecho sólo por la constatación de que el tribunal lo tuviese por acreditado, con prescindencia del deber de registro de actuaciones por parte de policías, fiscales y tribunales cuando legalmente corresponda. Una interpretación tan rígida de la causal de nulidad por infracción de garantías amenaza con esterilizarla.

Volviendo al fallo comentado, el razonamiento expresado por la Corte para descartar la ilegalidad en la diligencia de entrada y registro parece insuficiente si se tienen en consideración las circunstancias de hecho constitutivas de la preparación del recurso de nulidad en los términos previstos en el artículo 377 CPP y que tuvieron lugar ante el Juzgado de Garantía de Quilpué. En audiencia de control de la detención, se había declarado ilegal la misma, precisamente por infracción de garantías en la realización de esta diligencia. Además, el mismo tribunal había excluido –por ilícita– toda la prueba de cargo derivada de la misma entrada, registro e incautación, en atención a que no existía autorización judicial para ingresar al domicilio; si se otorgó la autorización voluntaria, esta fue para una finalidad distinta, por lo que no había sido la imputada debidamente informada de las consecuencias que se podrían haber seguido de esa entrada y registro, en particular, terminar ella formalizada, acusada y condenada por un delito, en virtud de un hallazgo casual en los términos del artículo 215 CPP¹².

En otras palabras, habían operado correctamente todos los filtros que competen a un Tribunal de Garantía, para efecto de que no se llevare a cabo un juicio oral con base en prueba ilícita, en los términos del imperativo del artículo 276 inciso 3° CPP. Sin embargo, como suele acaecer, esta decisión fue revocada en un escueto fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso¹³, que ordenó la reincorporación de toda la prueba en virtud de no haber –a su juicio– ilegalidad en el procedimiento policial, en atención a lo dispuesto en los artículos 287 inciso segundo y 83 b), ambos del CPP. Es decir, no por hallazgo casual, sino por tratarse de una hipótesis de flagrancia que, por lo demás, no

¹² Resolución del Juzgado de Garantía de Quilpué en Audiencia de Preparación de Juicio Oral.

¹³ SCA Valparaíso 1769-2019: “*Primero*: Que de lo previsto en el artículo 215 del Código Procesal Penal, se desprende que su ámbito de aplicación es únicamente el de las entradas y registros en lugares cerrados que han sido ordenados judicialmente, cuyo no es el caso de autos. Así lo demuestra la oración “... hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado...”.

Segundo: Que, no obstante, de lo anterior no se colige que para la incautación de las especies, en este caso, haya sido necesario contar con autorización judicial, toda vez que el inciso 2° del artículo 187 del referido Código, permite la incautación en forma inmediata de los objetos que fueren hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b) del mismo cuerpo legal, es decir, detención por flagrancia, cuyo ha sido precisamente el caso de autos”.

identifica, no describe, ni subsume en alguna de las taxativas hipótesis del artículo 130 CPP.

Lo anterior es particularmente llamativo en atención al fallo del TOP, que señaló en el considerando 14º de la sentencia que “no se trató de un procedimiento policial ilegal, como fuera resuelto en su oportunidad por la I. Corte de Valparaíso, toda vez que de la prueba del Ministerio Público no se desprenden antecedentes que demuestren una vulneración de derechos de la encausada, como fuera alegado en el presente juicio”. La levedad con que resuelve el TOP, resulta problemática, en la medida en que no hace referencia a la reclamada falta de operatividad del artículo 215 CPP ante la falta de autorización judicial, o bien ante una autorización voluntaria de la propietaria del inmueble que se encontraba viciada¹⁴, para la entrada en lugar cerrado que reclamó la defensa en el juicio oral, tesis que venía respaldada por la resolución del Juzgado de Garantía que excluyó la prueba de cargo en la audiencia de preparación de juicio oral. Tampoco se pronunció respecto a la concurrencia de la hipótesis de flagrancia que –según la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso– debía fundar la licitud de la prueba y que fue respaldada por el Ministerio Público en su alegato de clausura, arguyendo (equivocadamente) que “[d]icha resolución generaba cosa juzgada, según fallo dictado por ese mismo tribunal superior”¹⁵.

Los mismos criterios establecidos en la propia jurisprudencia de la Corte permitían acoger la causal de nulidad, haciendo prevalecer las garantías de la imputada, por sobre una interpretación formalista y bastante restrictiva de la causal del artículo 373 a), en este sentido, relevante es señalar que 16 días antes de expedida la sentencia en comento, el máximo tribunal acogió un recurso impetrado por la Defensoría Penal Pública que invocaba la misma causal de nulidad en un caso similar¹⁶.

¹⁴ La Corte Suprema se había pronunciado previamente sobre autorizaciones viciadas del artículo 205 CPP en SCS 11835-2014.

¹⁵ STOP Viña del Mar, considerando noveno.

¹⁶ SCS 30709-20, considerando 11º: “en la especie el personal policial se extralimitó pues, a diferencia de lo que razonan los jueces de instancia, no estaban actualmente ejecutando orden de arresto alguna y, dentro de ese ámbito, deciden autónomamente, sin instrucción alguna, ingresar al domicilio para registrarlo, obteniendo aparentemente, en base a tal orden, de quien aparecía como propietaria o encargada la autorización respectiva para ese específico propósito, y en ese cometido –ya dentro de la propiedad deciden registrar o revisar todo el inmueble encontrando el arma, las municiones y la cocaína base, pero excediendo el marco de la autorización por ellos mismos solicitada y que los habilitaba para encontrarse con justo derecho al interior del inmueble sin orden judicial ni existencia de signos evidentes de delito o llamadas de auxilio, como aluden los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal. En consecuencia, por invocarse autorización de ingreso sin la existencia de indicio alguno de la comisión de un delito, el registro del interior del domicilio o morada resulta a todos luces desproporcionado

Evidentemente, con posterioridad a la modificación del artículo 215 CPP por la Ley N° 20.931 en el año 2016, los hallazgos casuales dejaron de requerir autorización judicial previa para revestirse de validez. Sin embargo, actualmente resulta adecuado preguntarse cuál es el estándar respecto del consentimiento expreso que exige la autorización del propietario, en los términos del artículo 205 CPP para dotar de validez un eventual hallazgo casual. Paradójicamente, en el fallo comentado, se hace referencia a una publicación doctrinaria sobre la materia en el considerando 9°, que parece otorgar una certera respuesta que la Corte definitivamente no tomó en consideración: “La autorización del afectado para efectuar una diligencia intrusiva de investigación permite la práctica de la misma, sin que ello devenga en ilicitud por no contarse con autorización judicial para practicarla. No obstante, dicha autorización voluntaria debe ser prestada sin presiones, libre y espontáneamente ante los agentes que la practicarán, como en el caso propuesto. Además, debe ser lo suficientemente precisa y completa, de modo tal que debe producirse una homologación respecto de una autorización que da el juez de garantía. De no contemplarse con estos requisitos, dicha autorización deviene en ilícita”¹⁷.

Lo anterior es especialmente relevante si se considera que el TOP estimó válida la autorización, exclusivamente por la valoración de las declaraciones de los funcionarios policiales. Así, no estimó necesario que existiera ningún tipo de corroboración para alcanzar el estándar exigido por el artículo 340 CPP¹⁸. Esto implica que, para el TOP, la mera declaración del mismo funcionario policial que debe satisfacer el deber de información para con la persona que consiente expresamente en otorgar la autorización en los términos del artículo 205 CPP es suficiente para dotarla de validez irrestricta. Esta circunstancia, por sí misma,

y excesivo en el contexto en que los hechos se verificaron, por lo que es dable concluir que la policía se extralimitó de su marco legal y de sus competencias...”.

En el mismo sentido, SCS 22719-2015, considerando 11°: “Que, en consecuencia, por invocarse autorización de ingreso sin la existencia de indicio alguno de la comisión de un delito y, aún [*sic*] en el evento de considerar el hallazgo de la plantación de *cannabis sativa* una hipótesis de flagrancia, el registro del interior del domicilio o morada adyacente al taller mecánico donde se autorizó el ingreso resulta a todos luces desproporcionado y excesivo en el contexto en que los hechos se verificaron, por lo que es dable concluir que la policía se extralimitó de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional...”.

¹⁷ NÚÑEZ OJEDA, Raúl; BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón; SANTANDER, AKKRASS, Nicolás, “Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos Problemas”, en revista *Política Criminal* 14 (2019), p. 181.

¹⁸ Obviamente, al ser el recurso de nulidad de derecho estricto, la Corte no podría haberse pronunciado respecto de una eventual configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 374 e), con relación a los artículos 342 c) y 297, todos del CPP.

no configura la causal de nulidad alegada, pero, sin lugar a dudas, constituía un antecedente que de haber sido ponderado a la luz de lo anteriormente señalado, en conjunto de las declaraciones de la condenada que fueron rendidas ante la misma Corte y las resoluciones que declararon la ilegalidad de la detención y excluyeron la prueba de cargo, abría la puerta para un robusto pronunciamiento sobre la materia, incluso si hubiere sido descartada la infracción de garantías alegada. La oportunidad fue desaprovechada.

En segundo lugar, la causal de nulidad prevista en el artículo 373 b) CPP, intentada como subsidiaria, fue desestimada “al fundarse en hechos y circunstancias que se apartan de lo asentado en por los magistrados del grado (sic)”¹⁹. La defensa consideraba erróneamente subsumidos los hechos acreditados por el TOP en la primera parte del tipo penal del artículo 8° de la Ley N° 20.000²⁰, toda vez que los hechos acreditados se enmarcarían en la segunda parte de dicha disposición legal²¹, constituyendo un hecho atípico al tratarse de un acto preparatorio de una falta, por un lado, y de no poder considerarse delito, al carecer de antijuricidad material, por otro.

Para rechazar este segundo motivo de nulidad, la Corte Suprema simplemente transcribe parte de la sentencia impugnada, señalando: “como se lee en el basamento 14°, establecieron que “no se demostró que las plantas de marihuana estuviesen destinadas a un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Del propio relato de la acusada, se deduce que lo producido por la cannabis, como su aceite, [la imputada] lo compartía con otras personas que sufrían sus mismas dolencias, excluyéndose por ende, el consumo personal. Lo anterior resulta acorde con el número de plantas –14– superior al máximo que se pudieran admitir en un autocultivo autorizado (7 según el Proyecto de ley pendiente en nuestro país), y la etapa en la que se encontraba el vegetal (aun en macetero, no cortada ni secada) lo que también hacía también excluir la proximidad en su consumo. Por otra parte, tampoco se justificó que la acusada se encontrara autorizada por algún facultativo médico, que le hubiese recetado el uso o consumo de la cannabis, para paliar las consecuencias de sus enfermedades, como solución a sus dolencias, como adujo, dado que en ninguno de los documentos incorporados por la Defensa se registra prescripción alguna de esta sustancia,

¹⁹ SCS 24703-2020, considerando duodécimo.

²⁰ “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”.

²¹ “(...) 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”.

sino por el contrario, se encontraba bajo tratamiento con fármacos, como los señalados en los datos de atención indicados”²².

Nuevamente, la rigidez de la Corte, en la forma en que debe analizarse la causal de errónea aplicación del derecho, amenaza con su infertilidad, a la luz de los hechos que efectivamente se tuvieron por acreditados. Imprescindible es volver sobre los mismos: “mantenía 14 plantas en proceso de cultivo del género *cannabis sativa*, cada una en sus respectivos maceteros. Efectuada la prueba de campo a las plantas halladas en el sistema *indoor*, resultó positiva ante la presencia de tallos, ramas, hojas, todas del género *cannabis sativa*, las cuales fluctuaban entre una altura de 80 centímetros a 1,4 metros de alto, sin tener la imputada autorización para efectuar el cultivo de dichas especies vegetales”²³.

El principal fundamento de esta causal se encontraba en un argumento plasmado en un conocido fallo de la Corte, el denominado *Caso Triagrama*²⁴,

²² *Ibid.*, considerando undécimo.

²³ *Ibid.* considerando undécimo; SCS considerando tercero.

²⁴ SCS 4949-2015, considerando octavo: “la afectación del bien jurídico salud pública no puede dilucidarse en base a un simple y mecánico criterio disyuntivo de unidad o pluralidad, que lleve a postular –como lo hace implícitamente la sentencia revisada– que si la acción del agente permite acceder a la droga sólo a una persona –entonces, el mismo agente– no se hace peligrar el bien jurídico, pero si le permite el acceso a dos sí se pone en riesgo. En el examen en referencia debe observarse más bien si la conducta dubitada puede generar, incrementar o al menos potenciar el riesgo de difusión o propagación incontrolada de la droga o del tráfico de drogas en la comunidad o colectividad, lo que supone una cierta aptitud o posibilidad de que la conducta contribuya a la propagación, puesta a disposición o facilitación más o menos generalizada de alguna de las sustancias traficadas entre un número indeterminado de consumidores finales efecto o resultado que puede presentarse ya sea con un acto singular de venta de una dosis de droga a un único adicto o menor de edad, o por el contrario, puede estar ausente en el consumo privado de droga por varias personas que concertadamente se han proveído de la misma. Por lo tanto, dado que el artículo 50 recoge justamente las situaciones en que a juicio del legislador no se pone en riesgo la salud pública y que, como ha sido dicho, esa ausencia de peligro puede presentarse incluso respecto en aquellas conductas que permiten acceder a la droga a más de un individuo, cabe concluir que el uso o consumo ‘personal exclusivo’ a que alude el artículo 8° al remitirse al artículo 50 puede ser llevado a cabo por más de una persona, si un estudio global de los hechos informado por las restricciones que se derivan de la consideración del bien jurídico tutelado y del principio de lesividad, permite excluir totalmente el riesgo de difusión de la sustancia.

Por último, lo razonado por los jueces del grado ni siquiera se aviene a la política-criminal prohibitiva que hay detrás de la legislación especial en estudio, pues lo que aquellos postulan conllevaría, por ejemplo, que una pareja o grupo de personas que habitan en un mismo domicilio sólo podrán evitar la sanción penal prevista en el artículo 8° si, en vez de sembrar y cultivar en conjunto una sola planta de *cannabis sativa* y compartir su producto, cada uno de ellos siembra y cultiva su propia planta –multiplicándose según el número de habitantes la cantidad total de plantas y de droga que podría obtenerse de las mismas– única forma de justificar frente a una eventual persecución penal que el destino de la droga que se obtendría de cada planta sería el consumo individual o ‘singular’ de su respectivo dueño”.

donde el mismo máximo tribunal acogió un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho, reconociendo incluso la posibilidad de cultivo colectivo, señalando a la vez, que para sancionar como delito una conducta subsumible en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, era necesario analizar si la conducta tenía la aptitud para generar un incremento en el riesgo de difusión incontrolada de la cannabis y, consecuentemente poner en riesgo el bien jurídico tutelado, la salud pública.

Lo acreditado en el fallo del TOP y reproducido por la Corte es fácilmente susceptible de ser enmarcado en la causal de nulidad, atendiendo a la propia jurisprudencia sobre la materia. Respecto al número de plantas en atención al momento de su consumo, en el *Caso Alcohuz*²⁵ se había señalado que la tenencia de 40 plantas permite calificar el consumo como uno próximo en el tiempo y que, precisamente, por tratarse de un acto preparatorio de un consumo privado, resultaba atípico, al no haberse acreditado la circunstancia del consumo, tal como lo exige el artículo 50 de la misma Ley de Drogas, mismo prisma interpretativo bajo el cual resultaba aplicable el derecho a los hechos acreditados. Esto viene reforzado por otro elemento que es derechamente descartado por el TOP y que dice relación con el ciclo de la vida de la planta de cannabis a la luz de la necesidad de consumo para paliar dolencias o enfermedades crónicas que, en el fallo de instancia, sí fueron acreditadas. Nuevamente, la propia jurisprudencia otorgaba la posibilidad de acoger la errónea aplicación del derecho, porque el mismo Excmo. Tribunal ya había asentado que el tribunal de instancia no podía dejar pasar por alto las circunstancias referidas a enfermedades crónicas²⁶. Si bien el enlace entre las enfermedades y el cultivo para paliarlas no se tuvo establecido por el TOP, lo cierto es que otorgaba certeras luces de un cultivo personal para consumo próximo en el tiempo y sin posibilidad de difundir in-

²⁵ SCS 15920-2015: considerando decimocuarto: “Que en lo que concierne al extremo consistente en que el uso o consumo que se haría de la droga obtenida de las plantas sea ‘próximo en el tiempo’, la sentencia en estudio no se aboca a este asunto al haber desestimado de antemano la posibilidad de la aplicación del artículo 50, sin embargo los hechos que fija el mismo dictamen, esto es, la tenencia de 40 plantas vivas que medían entre 20 a 90 centímetros, permiten calificar el consumo que se realizaría de la droga obtenida de esas plantas como uno ‘próximo en el tiempo’”.

²⁶ SCS 14863-2015, considerando undécimo: “En esa labor de calificación no pueden pasarse por alto las circunstancias establecidas por el propio fallo, donde se determina que el acusado consume marihuana para mitigar el dolor crónico que padece por una secuela de una intervención a una de extremidades inferiores, lo que supone entonces la necesidad de un consumo permanente e indefinido –dado el carácter ‘crónico’ de la dolencia, lo que además debe ir enlazado con las particularidades del ciclo de la vida de la planta de cannabis, las que le impedirían al acusado de disponer de la misma todo el año para el tratamiento de sus afecciones físicas, lo que lo fuerza a cultivar el número de plantas suficiente para proveerse durante el período en que las plantas no serán cosechadas”.

controladamente la sustancia, lo que evidentemente permitía sospechar acerca de la aptitud de la conducta para poner en riesgo bienes jurídicos.

En adición a lo anterior, también la Corte había fijado el correcto lente bajo el cual deben analizarse los casos donde se acredita un cultivo de cannabis con fines medicinales, a la luz de su consumo sostenido en el tiempo, “De otro modo, se instaría al acusado y a quienes se encuentren en una situación similar, a adquirir la sustancia, durante las épocas en que sus plantas no les provean de la misma, de manera clandestina a terceros que la comercialicen de manera ilícita, fomentando de esa forma la actividad de tráfico de drogas que el legislador proscribió y que constituye la verdadera afectación del bien jurídico salud pública que protege la Ley N° 20.000”²⁷.

Lo más relevante de la jurisprudencia citada es que analiza los hechos que fueron acreditados por el tribunal de instancia a partir del bien jurídico protegido, la salud pública. Esto era precisamente lo que se solicitaba en el recurso de nulidad. Desafortunadamente, el fallo comentado se limitó a transcribir los hechos asentados, obviando pronunciarse acerca de la transgresión al principio de lesividad que fue reclamada. Esto era relevante, en virtud de que este principio no sólo es uno de aquellos limitadores del *ius puniendi*, sino también uno vinculante en el ámbito del enjuiciamiento²⁸.

Por lo tanto, la Corte, a partir de esta segunda causal de nulidad, tenía una posibilidad cierta de acoger el recurso de nulidad, ya sea que fuera a partir del reconocimiento de que las circunstancias acreditadas por el TOP permitían acreditar que la cannabis cultivada era para consumo personal y próximo en el tiempo, lo que permitía sancionarlo en virtud del artículo 50, también podía considerarse como un acto preparatorio de la misma falta contenida en la Ley de Drogas y, por lo tanto, un hecho atípico en virtud del artículo 9 del Código Penal. Además de lo anterior, la sentencia brindaba la posibilidad de ser enmendada, al tratarse de un hecho no constitutivo de delito al carecer de antijuricidad material, al no haberse acreditado siquiera el peligro para el bien jurídico salud pública que, a la luz de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, resultaba imprescindible tener por cierto, lo que definitivamente no acaeció.

Finalmente, hay dos consideraciones, ajenas al fallo comentado, que deben tenerse a la vista para reflexionar sobre una sentencia como esta. La primera, en atención a la necesidad de autorización para cultivar cannabis que exige el

²⁷ SCS 14863-2015, considerando undécimo.

²⁸ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *El Derecho Penal Liberal. Los Principios Cardinales*. (Valencia, 2018), p. 174.

artículo 8° de la Ley N° 20.000. La segunda, sobre la racionalidad en los criterios de persecución de este tipo de conductas²⁹.

Sobre la autorización que exige el artículo 8°, esta debe ser otorgada por el SAG, en los términos señalados en el artículo 9°, ambos de la Ley N° 20.000, a partir de las exigencias señaladas en los artículos 7 y 8 del Decreto N° 867 del Ministerio del Interior³⁰. Una atenta lectura de estas disposiciones permite concluir que este tipo de autorizaciones no son susceptibles de ser requeridas por personas que pretendan cultivar una pequeña cantidad de plantas en su domicilio para uso personal y próximo en el tiempo, sino que se trata de autorizaciones para cultivos extensivos y en predios agrícolas.

Por otro lado, el Ministerio Público³¹ reconoce que la persecución de este tipo de delitos debe orientarse a salvaguardar a la población de atentados en contra de bienes jurídicos y, en materia de cannabis, el bien jurídico protegido es la salud pública. A la vez, el Persecutor Fiscal ha reconocido que “El cultivo de cannabis no se puede considerar *a priori* un atentado en contra del bien jurídico protegido salud pública, ya que puede tratarse de un legítimo ejercicio de libertad, autonomía y autodeterminación de un cultivador, derecho que esta institución debe proteger por mandato constitucional [...] Que por otra parte el espíritu de la legislación de la Ley N° 20.000 es impedir toda forma de comercialización ilegal de sustancias estupefacientes, no siendo parte de esta conducta un autocultivo de cannabis para un consumo personal próximo en el tiempo”³².

Ambas causales de nulidad son analizadas en la sentencia comentada con un excesivo rigor formalista, que amenaza su utilidad práctica. Ya sea que la Corte reconociera que existió una vulneración de garantías constitucionales o que el TOP había aplicado erróneamente el derecho, las posibilidades de hacer primar los principios cardinales que deben limitar el *ius puniendi* se vio mermada. Este fallo constituye el último acto procesal de una persecución penal que, alejada de toda racionalidad y proporcionalidad decide dejar de lado principios fundamentales del Derecho Penal: subsidiariedad; fragmentariedad; exclusiva

²⁹ Ambas consideraciones han sido expresadas con mucha claridad en VILLAR MAUREIRA, Pablo, “Fija criterios de persecución penal respecto del cultivo de cannabis sin autorización del Servicio Agrícola y Ganadero”, actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado de magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile, 2020.

³⁰ Reglamento de la Ley N° 20.000.

³¹ Oficio FN N° X-2019 que fija criterios de persecución penal respecto del delito de cultivo de cannabis sin autorización del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), contemplado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000.

³² *Ibid.*

protección de bienes jurídicos y lesividad, para alzar como derecho vigente, la posibilidad casi irrestricta de persecución criminal de conductas que tienen por finalidad última la protección de la salud individual a través de cultivos personales de cannabis, en otras palabras, conductas que no deberían revestir ninguna relevancia para el Sistema de Justicia Penal.

CORTE SUPREMA

Santiago, dos de julio de dos mil veinte

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa Ruc N° 1900097394-K y Rit N° 429-2019, por sentencia de veinte de febrero de dos mil veinte, condenó a María Verónica Benito Soza como autora del delito previsto y sancionado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000, sorprendido en la comuna de Quilpué, el 24 de enero del año 2019, a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más multas y accesorias legales.

La defensa de la acusada dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el 12 de junio recién pasado, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y considerando:

Primero: Que el recurso invoca, de manera principal, la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por vulneración de los derechos al debido proceso, a la intimidad e inviolabilidad del hogar y a la privacidad, en relación a los artículos 205 y 206 del mismo código.

Explica que no hubo autorización voluntaria de la acusada para el ingreso a su domicilio por los funcionarios policiales ni se presentaron los supuestos legales que permiten prescindir de la misma. Precisa que la fiscalía no probó la existencia de una autorización libre y voluntaria, siendo la acusada presionada e intimidada frente a cinco carabineros que golpearon con palos y piedras el portón de su residencia.

Asimismo, reclama que el registro se llevó a cabo en un lugar diverso a aquel para el cual supuestamente se otorgó el permiso de ingreso, puntualizando que el hallazgo de las plantas es realizado en una dependencia aparte del domicilio —un cuarto en el patio trasero, con puerta y cerrojo—, cuya revisión no fue autorizada por la acusada.

Al concluir, pide por esta causal que se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia, excluyendo la totalidad de las pruebas indicadas en el considerando sexto del fallo recurrido.

Segundo: Que, en subsidio de la anterior, se invoca la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal por errónea aplicación del derecho, ya que las conductas descritas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 se sancionan conforme al artículo 50 del mismo texto si el cultivo se realiza para consumir la sustancia de manera per-

sonal, exclusiva, próxima en el tiempo en un lugar que no sea público o de libre acceso al público, como en este caso, agregando que por las mismas circunstancias no se puso en riesgo el bien jurídico salud pública.

En virtud de esta causal solicita que se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero en forma separada, una de reemplazo que absuelva a la acusada.

Tercero: Que los hechos que la sentencia impugnada tuvo por acreditados son los siguientes: “El 24 de enero del año 2019, siendo aproximadamente las 9:00 horas, funcionarios de carabineros de la Sección de Investigaciones Policiales concurren hasta el domicilio ubicado en calle Del Arrayán N° 1654, casa B, de la comuna de Quilpué, con el objeto de dar cumplimiento a una orden de detención respecto de María Miovilovich Benito, quien supuestamente mantenía domicilio en dicho lugar. Al llegar, se entrevistaron con María Verónica Benito Soza, madre de la imputada, quien autorizó a efectuar el ingreso al domicilio con el objeto de dar cumplimiento a la orden de detención, encontrando carabineros, en el patio posterior del mismo, una estructura artesanal, de material ligero, tipo *indoor*, de 1,5 por 1,20 y de altura de 2 metros aproximados, abastecido de iluminación artificial y ventilación, y proveído de electricidad con un cable de extensión eléctrico desde el interior de un dormitorio. A la vista, mantenía 14 plantas en proceso de cultivo del género *cannabis sativa*, cada una en sus respectivos maceteros. Efectuada la

prueba de campo a las plantas halladas en el sistema *indoor*, resultó positiva ante la presencia de tallos, ramas, hojas, todas del género *cannabis sativa*, las cuales fluctuaban entre una altura de 80 centímetros a 1,4 metros de alto, sin tener la imputada autorización para efectuar el cultivo de dichas especies vegetales”.

Estos hechos fueron calificados como delito de cultivo ilícito de la especie vegetal Cannabis, descrito y sancionado en el artículo 8°, en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000.

Cuarto: Que, en relación a las infracciones y errores que se plantean en el arbitrio, cabe reparar que, como se constata de la lectura del fallo, las circunstancias en que se produjo el ingreso al inmueble por los policías y el hallazgo de las plantas, así como el destino que a las sustancias obtenidas de estas últimas daría la imputada, fueron el meollo de lo discutido en el juicio oral cuya invalidación aquí se pretende, instancia en que la prueba rendida fue sometida al escrutinio de todos los intervinientes así como del tribunal, ello bajo el respeto de los principios de bilateralidad de la audiencia, oralidad, publicidad e inmediación. Corolario de esta actividad probatoria, los sentenciadores fijaron los hechos ya reproducidos en el basamento tercero, así como a los que se aludirá más adelante, guiándose por las normas que rigen la apreciación de la prueba en este proceso. Derivado de lo anterior es que en esta sede de nulidad no pueden desconocerse

dichos hechos asentados por los magistrados del grado, para sustituirlos por aquellos que se desprenderían de los antecedentes incorporados ante esta Corte de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, pues ello permitiría transformar el recurso de nulidad en una nueva instancia para discutir los hechos ya fijados por el Tribunal y se instalaría de paso una oportunidad para que el recurrente debata nuevamente los presupuestos fácticos establecidos por los sentenciadores de la instancia. Así las cosas, dado que la jurisprudencia se ha uniformado en entender que el juicio oral constituye una etapa más –adicional a la audiencia de preparación de juicio oral– para discutir y probar la ilicitud de la prueba de cargo, ello trae aparejado que para estimar cumplido el requisito previsto en el artículo 377 del Código Procesal Penal de haber preparado el recurso, dicha ilicitud debe ser reclamada oportunamente en el juicio oral, lo que de paso conlleva entonces que el tribunal de la instancia siempre se habrá pronunciado sobre este asunto y determinado los hechos acreditados o no probados en relación a la alegación de ilicitud, hechos a los que como ya se explicó, en este particular tipo de casos, deberá estarse este Tribunal al resolver el recurso que afinque en la misma materia (en ese sentido, SCS, rol N° 2519-18, 26 marzo 2018).

Quinto: Que, en lo tocante al reclamo principal encuadrado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal que funda el recurso interpuesto, éste se construye en base a dos supues-

tas infracciones, primero, un ingreso no autorizado conforme al artículo 205 del Código Procesal Penal, dada la falta de libertad de la imputada –dueña o encargada del inmueble– al entregar su venia para el acceso por los agentes y, segundo, que ese permiso, en todo caso, no comprendía el lugar en que fueron habidas las plantas que constituyen el objeto del delito atribuido.

Sobre los aspectos cuestionados en el arbitrio, en el motivo 14° del fallo impugnado se lee lo siguiente, “De acuerdo a las declaraciones contestes de los funcionarios policiales que participaron de la diligencia que culminó con la detención de la acusada, concurren a su domicilio de calle Del Arrayán, donde a viva voz llamaron hacia el interior, saliendo a su encuentro María Benito Soza, a quien se le hizo saber la calidad de funcionarios de carabineros y el motivo de su presencia en el lugar. Según se pudo apreciar en la fotografía 1, el frontis del domicilio tenía un cierre perimetral consistente en una reja de hierro, tapada con madera, por lo que desde la vía pública no era posible ver hacia el interior y viceversa, siendo entonces consistente lo aseverado por los policías en que hubo un diálogo previo antes de que se obtuviese la autorización de la acusada para ingresar al inmueble, lo que ella misma confirmó al señalar que consintió en la entrada, diciéndoles “pasen, pasen”, porque “quien nada hace, nada teme”. De ello también quedó constancia en las actas respectivas, tanto del ingreso como del hecho de haber prestado declaración voluntaria, sin presencia de abogado,

aquiescencia que también negó la enjuiciada, quien debió ser contrastada a través de la lectura pertinente de los documentos en cuestión”.

Sexto: Que, como se verifica con el extracto recién reproducido, el tribunal no establece como hecho demostrado ninguna de las circunstancias en que el recurso se funda para sostener que la imputada no habría entregado su autorización voluntariamente, no obstante que en el juicio fue escuchada la versión de la acusada en ese orden (declarando que los policías “empezaron a golpear el portón con palos, piedras, por lo que se asustó y salió encontrándose con carabineros, quienes andaban en busca de su hija, por una situación familiar de ella. Les insistió muchas veces que su hija no vivía con ella, pero fue demasiada la insistencia y entraron, porque el que nada hace, nada teme, y ella no tenía nada escondido”, según se transcribe en el motivo 5° del fallo), prefiriendo los sentenciadores la versión de los policías sobre la forma en que se habrían desarrollado los hechos, convicción de aquéllos que, como ya fue explicado, no puede ser modificada en esta sede por el expediente de valorar por segunda vez ahora únicamente el registro de audio del testimonio de la acusada.

Séptimo: Que, de la misma forma, el fallo impugnado tampoco establece como hecho demostrado que la acusada hubiese excluido, explícita o implícitamente, de la autorización que dio a los policías para ingresar a su domicilio, el sector del inmueble (“patio posterior”) donde se hallaba

la construcción en que se encuentran las plantas de *cannabis sativa*, lo que es concordante con la circunstancia de que ello ni siquiera fue declarado por la encartada en el juicio, según se lee en su transcripción en el fallo y, es así, como tampoco se escucha en el audio reproducido en estrados de dicho atestado.

Octavo: Que, por otra parte, dado que en la construcción en que se mantenían las plantas, por las características que sienta el fallo (“una estructura artesanal, de material ligero, tipo *indoor*, de 1,5 por 1,20 y de altura de 2 metros aproximados, abastecido de iluminación artificial y ventilación, y proveído de electricidad con un cable de extensión eléctrico desde el interior de un dormitorio”), podría ocultarse una persona, resultaba del todo razonable que los policías procedieran a indagar si en su interior se encontraba quien debían ubicar y detener, no siendo discutida la existencia de la orden de detención contra la hija de la acusada.

Noveno: Que debe tenerse presente, asimismo, que la actual redacción del artículo 215 del Código Procesal del ramo permite –en la diligencia de registro– incautar objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado que permitan sospechar la existencia de un hecho punible distinto. Luego, si ha sido establecido que la entrada y registro al domicilio de la acusada se practicó legalmente –por contar con su consentimiento–, los funcionarios policiales podían incautar y luego dar aviso al Ministerio Público de la existencia de las especies encontradas en

aquel domicilio, por revestir caracteres del delito materia de autos.

Tal disposición no hace más que consagrar el principio, ya asentado en la doctrina y jurisprudencia comparadas, del “hallazgo casual” –que constituye una excepción a la recolección de la prueba ilícita–, esto es, “(...) cuando se obtienen resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un principio a la investigación de un determinado delito distinto o afectando a un tercero no inicialmente investigado” (Álvarez de Neyra Kappler, Susana, “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, *Revista internacional de estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* N° 2 (2011), pp. 1-69, p. 4. Citado por Raúl Núñez Ojeda, Ramón Beltrán Calfurrapa y Nicolás Santander Akkrass en “Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas” *Polít. crim.* vol. 14 N° 28 Santiago dic. 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200152>).

Décimo: Que, entonces, toda vez que la causal principal del recurso se basa en hechos y circunstancias que no han sido tenidas por ciertas en el juicio oral, defecto que tampoco pudo subsanarse con la prueba rendida ante esta Corte, este primer motivo será desestimado.

Undécimo: Que ahora en lo concerniente a la causal subsidiaria de la letra

b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se esgrime la errónea aplicación del derecho, ya que las conductas descritas en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 se sancionan conforme al artículo 50 del mismo texto si el cultivo se realiza para consumir la sustancia de manera personal, exclusiva, próxima en el tiempo en un lugar que no sea público o de libre acceso al público, como en este caso, agregando que por las mismas circunstancias no se puso en riesgo el bien jurídico salud pública.

Al respecto, primero, esta Corte ya ha declarado que pesa sobre el acusado la carga de aportar antecedentes sobre el destino de autoconsumo que esgrime (SSCS rol N° 35154-16 de 27 de julio de 2016 y rol N° 12564-18 de 16 de agosto de 2018) y, situados en ese contexto, al igual como sucede con la causal principal, el recurso en esta sección se ampara en hechos que no fueron establecidos por los jueces de la instancia, quienes, como se lee en el basamento 14°, establecieron que “no se demostró que las plantas de marihuana estuviesen destinadas a un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Del propio relato de la acusada, se deduce que lo producido por la cannabis, como su aceite, Benito Soza lo compartía con otras personas que sufrían sus mismas dolencias, excluyéndose por ende, el consumo personal. Lo anterior resulta acorde con el número de plantas –14– superior al máximo que se pudieran admitir en un auto cultivo autorizado (7 según el Proyecto de ley pendiente en nuestro país), y la etapa en la que se encontraba el vegetal (aun en macetero,

no cortada ni secada) lo que también hacía también excluir la proximidad en su consumo. Por otra parte, tampoco se justificó que la acusada se encontrara autorizada por algún facultativo médico, que le hubiese recetado el uso o consumo de la cannabis, para paliar las consecuencias de sus enfermedades, como solución a sus dolencias, como adujo, dado que en ninguno de los documentos incorporados por la Defensa se registra prescripción alguna de esta sustancia, sino por el contrario, se encontraba bajo tratamiento con fármacos, como los señalados en los datos de atención indicados.”.

Duodécimo: Que, de esa forma, el motivo subsidiario de nulidad tampoco podrá prosperar, al fundarse en hechos y circunstancias que se apartan de lo asentado en por los magistrados del grado, hechos y circunstancias a los que debe ceñirse estrictamente el examen de esta Corte cuando se alega un error en la aplicación de la ley sustantiva a los mismos, como en este caso.

Decimotercero: Que, atendido todo lo que se ha venido razonando, no ha-

biéndose demostrado una infracción sustancial a una garantía fundamental ni un error en la aplicación del derecho, el recurso deberá ser desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 y 376 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada María Verónica Benito Soza contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa Ruc N° 1900097394K y Rit N° 429-2019, con fecha veinte de febrero de dos mil veinte, y contra el juicio oral que le antecedió, los que por consiguiente, no son nulos.

Regístrese y devuélvase

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S.

Rol N° 24703-2020