

En Santiago, ocho de agosto del año dos mil dieciséis.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el Defensor Penal Público, don Juan Patricio Antonio González Reyes ha deducido recurso de apelación en contra de la resolución dictada en la audiencia de aumento de plazo para investigar en la causa de origen, celebrada el día 18 de julio pasado, que desestimó la pretensión de la defensa en cuanto a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, en consideración a que el hecho objeto de la investigación y que se le imputa a **Ronald Joshua Peña Rivera**, no es constitutivo de delito, al tenor de lo dispuesto en la letra a) del artículo 250 del Código Procesal Penal en relación con lo prescrito en el artículo 10 N° 1 del Código Penal.

SEGUNDO: Que el imputado fue formalizado y se tramitó en su contra la causa Rit O-104-2016, RUC 1600025024-8, por tráfico ilícito de drogas, regulado en el artículo 1º de la Ley N° 20.000, ante el Juzgado de Garantía de Talagante, desestimándose en la resolución que se impugna en este acto, la solicitud de la defensa en cuanto a decretar el sobreseimiento definitivo en la causa fundada en que el hecho que se le imputa a Peña Rivera no reviste el carácter de delito.

TERCERO: Que el imputado en la causa reconoce la existencia de las plantas que se indican en el parte respectivo y la cantidad de cannabis sativa que mantenía en su domicilio, pero señala que tanto el cultivo, como la droga indicada, la requiere para un tratamiento médico que constituye el único apto y efectivo para soportar los efectos del asma bronquial severo que le afecta y que requiere que se le aplique, durante el día, reiteradas sesiones de vaporización y la ingesta de infusiones preparadas con cannabis sativa.

CUARTO: Que, a lo ya dicho, se agrega la circunstancia de que su madre, doña Beatriz Rivera García, adolece de una enfermedad irreversible, como es la artrosis bilateral, quien también hace uso del mismo tratamiento, a través de infusiones, vaporizaciones y otras formas de aplicación de los derivados de la cannabis sativa, como se ha ido tomando conocimiento en los últimos tiempos.

QUINTO: Que para respaldar las alegaciones ya indicadas, el recurrente ha acompañado a la causa la receta médica del facultativo, doctor Horacio

Jorquera, quien lo atiende en la Fundación Daya y, en la cual, le prescribe cannabis sativa, como el tratamiento central requerido en la especie.

Complementa el documento referido precedentemente, el formulario de consentimiento informado para terapia coadyuvante en base a derivados de la cannabis, suscrito por el mismo por el facultativo ya individualizado y la representante de la Fundación Daya, doña Karina Vergara, de fecha 28 de diciembre de 2015.

En igual sentido, se ha agregado a la causa la receta para el tratamiento de la madre del recurrente, doña Beatríz Rivera García, firmada por el mismo facultativo, señor Jorquera de la Fundación Daya y quien prescribe a la madre del recurrente de autos, la cannabis como tratamiento médico, con modo de uso de "macerado o resina".

SEXTO: Que, el documento emanado por el Cesfam Juan Pablo II, de Padre Hurtado, de fecha 21 de enero de 2016 ha venido a acreditar en la causa que el recurrente sufre de Asma Bronquial Intermitente y que, además sufre de una cuadro de trastorno desadaptativo mixto, los que requieren tratamiento, ambos en tratamiento y estudio. Agrega que se deriva al recurrente a Salud Mental para que se le practiquen los exámenes pertinentes para estudio de dependencia a drogas y manejo psicológico del caso. En este último sentido señala que el paciente reconoce consumo de drogas para paliar los síntomas de angustia y las crisis emotivas, lo que no tiene contraindicaciones médicas y evita crisis obstructivas.

SÉPTIMO: Que, por lo demás, en autos no existen ningún antecedente relativo a una eventual comercialización de droga por parte del imputado, y la policía en su denuncia solo se refiere al hallazgo de sustancias y plantas, en términos absolutamente compatibles con el destino que asevera darles el imputado.

OCTAVO: Que el artículo 3° de la ley 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". A su vez, el artículo 4° de la misma ley indica "que en caso de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencias físicas o síquicas, o de materias primas que sirvan para obtenerlas" se liberará del castigo a quien "justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo". También el inciso final de esta norma refiere "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".

Igualmente el artículo 8° dispone que: *"El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, caso en el cual sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes".* Y el artículo 50° en su inciso final señala: *"Se entenderá justificado el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias para la atención de un tratamiento médico".*

NOVENO: Que, en rigor, el legislador exime de sanción penal cuando se reúnen ciertas circunstancias que han sido descritas precedentemente, toda vez que en tales eventos evidentemente no es posible entender que se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido con los delitos que son materia de la Ley 20.000.

DECIMO: Que, por de pronto, el recurso de amparo acogido con fecha 17 de mayo de 2016 por la Excm. Corte Suprema en los autos N° 28.004-16, ha considerado para entender que se produjeron diligencias investigativas en forma autónoma por la policía, sin la autorización pertinente *"Atendido que el amparado acompaña documentación que da cuenta de que la plantación de cannabis sativa le provee de los extractos necesarios para mantener la terapia*

de su hijo menor de edad, la que debe realizarse de manera permanente por sugerencia del profesional médico que atiende al menor y, dada dicha circunstancia, para evitar que las actuaciones indebidas de la policía antes examinadas se reiteren en el futuro".

Asimismo esta Corte de Apelaciones en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso de protección Rol N°1283-2016 hace alusión a lo fallado también por el más alto Tribunal en los autos Rol N° 15.920-2015 sobre recurso de nulidad en cuanto a que *"en los delitos de peligro a que se refiere la Ley 20.000, en específico en su artículo 8, se requiere una acción apta para producirlo en el bien jurídico como elemento material integrante del tipo, debiendo verificarse la posibilidad de producción del resultado de peligro o "si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste". Así tal aseveración "impide afirmar inequívocamente que el mero hecho de sembrar, plantar, cultivar y cosechar especies vegetales del género cannabis sin la autorización debida, supone que de éstas se obtendrá droga y que a ésta se le dará un destino que puede afectar el bien jurídico salud pública. De ahí precisamente que el legislador excluya de la sanción prevista en el citado artículo 8° los casos en que se justifique que la droga se destinará al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del autor."* y culmina aseverando (en el Rol N°1283-2016 citado) que la incautación de *"dos plantas de cannabis sativa que se encontraban al interior del inmueble de los recurrentes, en las condiciones ya descritas, puso en riesgo la salud, integridad física y síquica del niño de iniciales R.A.B.L. por el que promueve la interposición de la acción, en tanto se divisa una transgresión a la ley y especialmente a la Convención de los Derechos del Niño y su debido resguardo, habida cuenta de la situación de peligro en que se encuentra el menor y que ha sido acrecentada, -según el informe médico-, por la actuación policial".*

UNDECIMO: Que por estudios internacionales de organismos expertos en la materia, se ha afirmado que la planta de marihuana puede ser utilizada como medicamento, con efectos favorables para el tratamiento de ciertas enfermedades. A saber el National Institute on Drug Abuse, esto es, el Instituto Nacional sobre el Abuso de Drogas, Institutos Nacionales de Salud, Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos en su

publicación "Drug Facts" de julio de 2015 (www.drugabuse.gov) que titula "¿Es la marihuana un medicamento? asevera "En el momento, los dos cannabinoides principales de interés terapéutico, tomados de la planta de la marihuana, son el THC y el CBD". "El THC estimula el apetito y reduce las náuseas. Los medicamentos a base de THC aprobados por el FDA se usan con este propósito. El THC también puede ayudar a disminuir el dolor, la inflamación (hinchazón y enrojecimiento) y los problemas relacionados con el control muscular". "El CBD es un cannabinoide que no produce ningún efecto en la mente o el comportamiento. Este puede ser útil para reducir el dolor y la inflamación, controlar las convulsiones epilépticas e incluso posiblemente para el tratamiento de enfermedades mentales y de las adicciones". "Los investigadores, algunos de ellos financiados por los Institutos Nacionales de la Salud (National Institutes of Health—NIH), siguen explorando de qué forma se pueden usar el THC, el CBD y otros cannabinoides para uso medicinal". "Por ejemplo, en estudios recientes hechos en animales, se ha demostrado que los extractos de marihuana pueden ayudar a destruir algunas células cancerígenas y a reducir el tamaño de otras células. Los resultados de otro estudio, este hecho en cultivos de células, indican que los extractos purificados hechos con la planta de marihuana entera, pueden retrasar el crecimiento de las células cancerígenas relacionadas con uno de los tipos más graves de tumores cerebrales. En investigaciones en ratas también se demostró que los tratamientos con extractos de THC y CBD purificados, en combinación con la radiación, aumentan el efecto de la radiación para deshacerse del cáncer (Scott, 2014)". "También se están haciendo estudios preclínicos y ensayos clínicos para investigar el uso de la marihuana y de sus extractos para el tratamiento de varias enfermedades y condiciones".

DUODECIMO: Que al tenor de todo lo referido precedentemente, esta Corte estima que la petición de la Defensoría Penal Pública se ajusta a lo que las normas especiales en esta materia han considerado situaciones de excepción, en que puedan encontrarse sujetos como el recurrente, y que llevará a esta Corte a acoger la petición de la defensa.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 253, 364 y siguientes y 455 del Código Procesal Penal, **SE REVOCA** la resolución apelada, dictada en audiencia de fecha 18 de julio de 2016 y, en su lugar, se

decreta que se acoge lo solicitado por la defensa del recurrente, declarándose que se sobresee definitivamente en la causa al imputado **RONALD JOSHUA PEÑA RIVERA**.

Acordada con el voto en contra de la Ministra, señora Claudia Lazen Manzur, quien fue de opinión de confirmar la sentencia en alzada, en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Abogado Integrante señora Montt.

Nº 1557 – 2016-REF.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por los Ministros señor Roberto Contreras Olivares, señora Claudia Lazen Manzur y la Abogado Integrante señora María Eugenia Montt Retamales.

En Santiago, ocho de agosto del año dos mil dieciséis, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.