

3. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

MICROTRÁFICO.

I. PUREZA DE LA DROGA NO ES UN ELEMENTO DEL TIPO PENAL. REGLAMENTO DE LA LEY DE DROGAS INDICA CUÁLES SUSTANCIAS SON CAPACES DE PROVOCAR GRAVES DAÑOS A LA SALUD. II. VOTO DISIDENTE: EXIGENCIA DE PROBAR LA PELIGROSIDAD PARA LA SALUD DE LA SUSTANCIA INCAUTADA. PROTOCOLO DE ANÁLISIS DEBE DAR CUENTA DE LA PUREZA DE LA DROGA.

HECHOS

La defensa del condenado por el tribunal de juicio oral en lo penal como autor del delito de microtráfico, deduce recurso de nulidad por las causales de los artículos 373 letras a) y b) del Código Procesal Penal. El Máximo Tribunal, en decisión dividida –3 a 2– rechaza el recurso, descartando que la circunstancia de no dar cuenta el protocolo de análisis de la pureza de la droga impida tener por configurado el ilícito.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: 7470-2014, de 26 de mayo de 2014

PARTES: “con Eduardo Ruiz Molina”

MINISTROS: Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sra. Andrea Muñoz S.

DOCTRINA

- I. *El delito del artículo 4° de la Ley de Drogas, el microtráfico, sólo requiere que el objeto material lo constituyan pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en el artículo 1° incisos 1° o 2° de la Ley precitada, descritas y clasificadas en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la ley de Drogas –D.S. N° 867, de 2007, del Ministerio del Interior–. Del claro tenor de la norma, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a una “pequeña cantidad”, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces del fondo.*

Así, resultando inconcuso que lo incautado, aun desconociéndose su concentración, fue cocaína base, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud y que se encuentra contemplada en el artículo 1° del Reglamento aludido, cabe tener por configurado el delito en comento (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

El protocolo de análisis a que se refiere el artículo 43 de la Ley de Drogas está establecido como una de las medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación, de manera que los elementos allí enunciados y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud –peso, cantidad, composición y grado de pureza– le permitirán al juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión deja de ser tal. Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga constituirá una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4° inciso final de la ley mencionada, al incorporarlo como un elemento de juicio más (considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. (Voto disidente) *Queda demostrado que el bien jurídico protegido con el delito de microtráfico es la salud pública, por la circunstancia de requerir la Ley de Drogas del ente persecutor que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe precisar la composición y grado de pureza del producto examinado. La exigencia de obtener el protocolo a que alude el artículo 43 de la ley precitada responde a un objetivo procesal y penal determinado, vinculado a la acreditación por el Ministerio Público de la existencia del hecho ilícito indagado. En tal virtud, la ausencia de ese dictamen, con todas las verificaciones requeridas por la ley, deberá obstar a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material. En efecto, tratándose del delito de microtráfico, su lesividad consiste en el peligro concreto que para la salud pública debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva –objeto material de la acción calificada de tráfico ilegal–, derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza (considerandos 2° y 4° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).*

Así las cosas, si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley de Drogas no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia de cocaína base, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, en consecuencia, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como microtráfico. Dicho de otro modo, si no consta el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con alguna sustancia de

“corte”, ello impide determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, poniendo efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por el legislador. Lo único acreditado, entonces, fue que el imputado portó una dosis de “algo” en lo que había cocaína, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que, por lo mismo, debe presumirse, razonamiento que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio (considerandos 4° a 6° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/2688/2014

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 1°, 4° y 43 de la Ley N° 20.000; 1° y 2° del Decreto Supremo N° 867, de 2007, del Ministerio del Interior.

RELEVANCIA DE LA PUREZA DE LA DROGA
Y DE SU DETERMINACIÓN EN EL PROTOCOLO DE ANÁLISIS QUÍMICO.
COMENTARIO A SCS ROL N° 7470-2014 Y SCS ROL N° 7785-2014

LUCIANO CISTERNAS VELIS
Defensoría Penal Pública

Las dos recientes sentencias de la Excma. Corte Suprema¹ que en esta oportunidad se comentan, rechazaron los recursos de nulidad interpuestos por la defensa, sosteniendo en ambos casos, por mayoría², que (i) la pureza de la droga no es un elemento del tipo penal previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000; y que, por ende, (ii) para la configuración de dicho delito no es imprescindible que el protocolo de análisis químico –dispuesto en el artículo 43 de dicha ley– determine la pureza de la droga.

Cabe, sin embargo, cuestionar desde ya el alcance de estos fallos, porque en ambos casos hubo dos votos disidentes que recogen los argumentos de pronunciamientos anteriores del máximo tribunal –entre otras, SCS Rol N° 4215-2012, de 25 de julio de 2012 y SCS Rol N° 9034-12, de 28 de enero de 2013–, los que, por lo demás, contaron con comentarios favorables de algunos autores³.

¹ Sentencias Rol N° 7470-2014 y Rol N° 7785-2014, de 26 y 27 de mayo de 2014, respectivamente.

² En ambas sentencias primó la decisión de los Ministros Sr. Milton Juica Arancibia, Sr. Haroldo Brito Cruz y Sra. Andrea Muñoz Sánchez, por sobre la de los Ministros Sr. Carlos Künsemüller Loebenfelder y Sr. Lamberto Cisternas Rocha.

³ Así, pueden consultarse HRZIC MIRANDA, Boris, Comentario de la SCS de 25 de julio de 2012 (Rol N° 4215-2012), en *Revista Doctrina y Jurisprudencia, Ley de Drogas (N° 20.000) I Parte* (2013), pp. 107-118; y SCHÜRMAN OPAZO, Miguel, La exigencia de preparación del recurso de

Así, tratándose de la primera tesis —esto es, que la pureza de la droga no es un elemento del tipo penal—, para la Excma. Corte Suprema la conducta tipificada consistiría en el tráfico de *pequeñas cantidades* de “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos 1° o 2° del artículo 1°, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”. De lo anterior debería colegirse que bastaría acreditar en el juicio que el objeto material incautado corresponde a una de las sustancias enunciadas en los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000, en relación a los artículos 1° y 2° del D.S. N° 867, de 2008, por cuanto ni la ley ni el reglamento exigen que dichas sustancias contengan un grado de pureza determinado para la configuración del tipo penal. Bastaría, en síntesis, demostrar que se incautó una determinada cantidad de “droga ilícita”, aunque se desconozca su concentración, acreditando, por cierto, que se encontraba destinada al tráfico (considerando 7° del fallo Rol N° 7785-14).

No puede, sin embargo, compartirse dicha doctrina si, a la vez, el máximo tribunal continúa entendiendo *pequeñas cantidades* como un concepto regulativo. Como lo sostuvo la jurisprudencia de la misma Excma. Corte Suprema durante los años 2005-2007, dicho concepto debe ser dotado de contenido por el tribunal conforme a los factores de hecho concurrentes en el caso concreto⁴.

Ahora bien, entre dichos factores se cuenta la pureza de la droga por al menos dos consideraciones⁵. En primer lugar, porque el inciso final del artículo 4° de la

nulidad y de una prueba especialmente prevista por la ley para adquirir convicción condenatoria, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales II*, N° 2 (2013), pp. 169-171.

⁴ La jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha sido conteste en cuanto a entender que la intención del legislador fue castigar, de manera proporcional, todos aquellos supuestos que generan una escasa o menor lesividad a la salud pública, en relación con la vulneración que supone el delito de tráfico de drogas, en los términos del artículo 3° de la Ley N° 20.000. Esto se justificaría porque la conducta dependería de “una multiplicidad de factores que no es posible determinarlos utilizando una forma generalizada que resultara aplicable a la variedad de hipótesis concretas”. En este sentido, “la precisión de las circunstancias bajo las cuales es político-criminalmente apropiado reducir la punibilidad del tráfico de estupefacientes tiene necesariamente que hacerse atendiendo a los factores de hecho concurrentes en el caso concreto, de manera que la facultad de hacerlo tiene que entenderse concedida a los jueces que son quienes se encuentran en posesión de los mencionados antecedentes fácticos”. Aún más, se sostuvo que ya de la historia fidedigna del establecimiento de la ley se desprendía que la intención del legislador fue siempre “dejar en manos de los jueces la flexibilidad suficiente para que sean ellos quienes determinen en forma soberana y discrecional cuándo se está en presencia de esas ‘pequeñas cantidades’, por lo cual se decidió no establecer condiciones objetivas y expresas a este respecto”. En este sentido, SCS Rol N° 1479-2007 (12.04.2007), SCS Rol N° 3819-06 (25.01.07), SCS Rol N° 1506-2005 (02.01.07), y SCS Rol N° 2005-05 (19.07.05).

⁵ Con detalle, puede consultarse CISTERNAS VELIS, Luciano, *Pequeñas cantidades, grandes interrogantes: propuestas de delimitación respecto del consumo y tráfico de drogas*, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia, Ley de Drogas (N° 20.000) I Parte* (2013), pp. 20-23.

ley impone al juzgador –erradamente, en mi opinión⁶– que considere la pureza o calidad de la droga para descartar o confirmar –racionalmente– que la droga está destinada al uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo o que, por el contrario, se encuentra destinada al (micro)tráfico. En segundo lugar, porque si se entiende que hasta antes de llegar a manos del consumidor la droga ha sido objeto de distintas adiciones –esto es, se han agregado sustancias inocuas o más dañinas que el mismo sicotrópico o estupefaciente– la distinta adulteración de la droga se erige como un criterio indiciario –que deberá, sin embargo, ser complementado con el criterio cuantitativo– del nivel de organización y comercialización que suponen estos delitos.

Estas consideraciones permiten, a mi juicio, cuestionar que la pureza no sea un elemento del tipo penal y que, por ende, no sea prescindible para la determinación de los tipos penales de los artículos 3º, 4º y 50 de la ley.

En cuanto a la segunda tesis de los fallos comentados –esto es, que para la configuración del delito de microtráfico no es necesario que el protocolo de análisis químico determine la pureza de la droga–, yerra también el máximo tribunal. Pues si se entiende que los delitos de tráfico de drogas –y de manera específica el de microtráfico– son delitos de peligro abstracto⁷, resulta exigible determinar la pureza de la droga para tener por acreditada, como señala Rettig Espinoza, la peligrosidad *ex ante* de dicha conducta, esto es, su *idoneidad* para poner en riesgo la salud pública⁸.

Al respecto, cabe destacar que los fallos de la Excma. Corte Suprema no cuestionan que el protocolo de análisis químico deba *per se* precisar la pureza de la droga, sino que no es imprescindible efectuar dicha determinación para que se entienda configurado el delito previsto en el artículo 4º de la ley. En otras palabras: no hay discusión en que sí debe incorporarse este protocolo precisando la concentración de la droga que se trate, pero esto sólo importará para deslindar el microtráfico

⁶ Si se entiende que la distinta calidad o concentración de droga determina la intensidad de la misma, mas no su nocividad, entonces dicho criterio no permite deslindar las conductas de tráfico de aquellas correspondientes a consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Desde esta perspectiva, el yerro del legislador se explica porque el consumidor, destinatario final de la cadena de comercialización, salvo alguna peculiar excepción, no tiene cómo determinar la pureza de la droga que adquiere, y únicamente confía en la buena fe del vendedor, con el que puede tener una relación habitual o ser la primera vez que lo contacta. Luego, si una persona porta, posee, guarda o transporta droga de alta pureza, este dato no confirma *per se* la intención de traficar, y a su vez, si es baja la pureza, esto no excluye tampoco la posibilidad de que se pretenda traficar con ella.

⁷ Así, RETTIG ESPINOZA, Mauricio, Naturaleza jurídica del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia, Ley de Drogas (Nº 20.000) I Parte* (2013), pp. 56-63; y CISTERNAS VELIS, Luciano, El microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia (Santiago, 2011), p. 68.

⁸ RETTIG ESPINOZA, ob. cit., p. 63.

del consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo; en cambio, si lo que se pretende es calificar jurídicamente un hecho como tráfico de *pequeñas cantidades*, para ello no será necesario la mencionada prueba pericial, pues el tribunal contaría con otros antecedentes para determinar que lo incautado corresponde a una sustancia ilícita⁹.

Aquél es el modo en que entiende la discusión el voto de mayoría de los fallos comentados, el que, en mi opinión, es erróneo. Esto se sustenta en que –como se señaló– la pureza de la droga en nada auxiliaría en la distinción de consumo y tráfico. Por su parte, sí es relevante la determinación de la pureza para la configuración del delito de microtráfico, porque, por una parte, con ella se obtiene un dato indiciario para la distinción de las conductas de tráfico y microtráfico; y, principalmente, porque, como correctamente interpreta Hrzic Miranda, “debe necesariamente analizarse el grado o pureza de la droga [...] para establecer si existe o no antijuridicidad material en el hecho a juzgar (es decir, para calificar si existe o no el injusto penal)”¹⁰. Es esta la razón que justifica la exigencia pericial que en este comentario se discute, y no porque el delito previsto en el artículo 4º de la ley sea un delito de peligro concreto, como erróneamente sostiene, por lo demás, el voto de minoría.

Se trata, en definitiva, de dos sentencias que no zanjarían correctamente la discusión, por cuanto restan mérito a la relevancia de la pureza de la droga, y de su determinación mediante el protocolo de análisis químico previsto en el artículo 43 de la ley, para la configuración del delito de microtráfico.

⁹ Al respecto, SCHÜRMAN OPAZO, ob. cit., p. 171, destaca que “no satisfaría este estándar [sistema de valoración de la sana crítica] una determinación de la naturaleza y nocividad de la sustancia supuestamente estupefaciente, por un método distinto al análisis que debe realizar bajo un protocolo específico el Servicio de Salud”. A su juicio, “[l]a lógica de este razonamiento es impecable. Si la naturaleza y nocividad de la sustancia corresponden a elementos del tipo penal de tráfico ilícito de estupefacientes, dicho extremo fáctico debe ser acreditado en el proceso. Existiendo un método científico previsto por ley para determinar la naturaleza y nocividad de la sustancia supuestamente estupefaciente, constituye un deber del acusador recurrir a este método para probar este elemento del tipo. Si el examen no se realizó, no se puede tener por acreditado en el caso que lo que se traficaba efectivamente era una sustancia estupefaciente”.

¹⁰ HRZIC MIRANDA, ob. cit., p. 113.