

6. DERECHO PENAL - CORTE SUPREMA

MICROTRÁFICO

I. INCORPORACIÓN DE UNA PRUEBA COMPLEMENTARIA DEL PROTOCOLO DE ANÁLISIS QUÍMICO DEL ISP. PROTOCOLO DE ANÁLISIS QUÍMICO QUE DA CUENTA QUE LO INCAUTADO CORRESPONDE A COCAÍNA BASE. PRUEBA SOLICITADA OPORTUNAMENTE E INCORPORADA DEBIDAMENTE, CONOCIDA POR LA DEFENSA. RESPETO DEL DEBIDO PROCESO. II. DESCONOCIMIENTO DE LA PUREZA DE LA DROGA. CIRCUNSTANCIA QUE NO OBSTA A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO SI SE CONOCE QUE LO INCAUTADO CORRESPONDE A UNA DROGA

HECHOS

La defensa del condenado como autor del delito de microtráfico recurre de nulidad en contra de la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal. Funda su recurso en las causales de nulidad de los artículos 373 letras a) y b) y 374 letra e) del Código Procesal Penal. El Máximo Tribunal, en fallo dividido –4 a 1– rechaza todas las causales del recurso, descartando la existencia de una vulneración a la garantía del debido proceso por la incorporación de un Reservado del ISP, complementario del Protocolo de Análisis Químico.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *32695-2014, de 11 de febrero de 2015*

PARTES: *“Ministerio Público con Segundo Flores Vargas”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Sr. Lamberto Cisternas R.*

DOCTRINA

- I. *La incorporación como prueba de un Reservado del ISP, peritaje complementario del Protocolo de Análisis Químico que se encontraba incorporado a la carpeta investigativa y que ya daba cuenta que la sustancia incautada correspondía a cocaína base, no vulnera la garantía constitucional del debido proceso, por cuanto se trató de una probanza ofrecida en el auto de apertura de juicio oral, que a pesar de no haber superado el examen a*

que se refiere el artículo 276 del Código Procesal Penal –al ser excluido por el juez de garantía–, fue incorporado como dato probatorio en virtud de la decisión de la Corte de Apelaciones, razón por la cual se presentó al juicio oral como prueba de cargo por el Ministerio Público. En ese contexto, resulta evidente que no se trata de una prueba que la defensa hubiere desconocido y producido desventaja, pues las diligencias requeridas por el ente persecutor para efectos de determinar la naturaleza de la sustancia fueron conocidas por aquélla, siendo solicitadas con antelación al cierre de la investigación. En suma, no hay vicio alguno que afecte la licitud de la evidencia, toda vez que el acusado siempre dispuso de los medios suficientes para desvirtuar el valor de esa prueba, pudiendo haber producido prueba de descargo mediante la realización de otra pericia, al tenor del artículo 320 del Código precitado. En todo caso, la exclusión pretendida fue debatida y resuelta en las instancias procesales correspondientes, de manera que al tribunal de juicio oral en lo penal sólo le restaba pronunciarse respecto a su valor (considerandos 3° y 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *La conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley de Drogas 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°, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, que se describen y clasifican en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley de Drogas. El legislador se refiere a “pequeña cantidad”, concepto regulativo relevante cuyo contenido queda entregado a los jueces del fondo. Así las cosas, se configura el delito mencionado si lo incautado, aun desconociéndose su concentración, fue cocaína base, capaz de producir daños considerables a la salud. Corroboró esta conclusión la circunstancia que el propio Reglamento de la Ley de Drogas ha calificado la cocaína base, cualquiera sea su pureza, como sustancia o droga estupefaciente o psicotrópica productora de dependencia física o psíquica capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública (considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: CI/JUR/717/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República; 276, 277 y 320 del Código Procesal Penal; 1°, 4° y 43 de la ley N° 20.000; 1° y 2° del D.S. N° 867, de 2007, del Ministerio del Interior.

LEYES PENALES EN BLANCO Y DETERMINACIÓN DE SUSTANCIAS PROHIBIDAS
COMENTARIO SENTENCIA ROL N° 32.694-2014

MAURICIO REYES LÓPEZ

Universidad de Chile - Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

La defensa de un condenado como autor del delito de microtráfico recurre de nulidad en contra de la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal. Funda su recurso en las causales de nulidad de los artículos 373 letras a) y b) y 374 letra e) del Código Procesal Penal. El Máximo Tribunal, en fallo dividido –4 a 1– rechaza todas las causales del recurso, entre ellas la de errónea aplicación del art. 4° de la ley N° 20.000 con influencia en lo dispositivo del fallo (art. 373 b), que el recurrente invoca como segunda causal subsidiaria. En este comentario me concentraré en analizar el voto disidente, redactado por el ministro Carlos Künsemüller, quien considera procedente acoger el recurso por dicha causal, ya que la ausencia de un protocolo de análisis químico de la sustancia objeto del delito obstaría a la prueba del delito. El ministro llega a esa conclusión por medio de la aplicación de la teoría del bien jurídico –en este caso la salud pública– a la interpretación de la ley penal, en tanto fundamento del *ius puniendi*. Según juiciosamente señala el ministro, el Derecho penal tiene como función proteger bienes jurídicos esenciales para la convivencia social, por lo que sólo es legítimo en la medida que sancione conductas lesivas. Sin embargo, a partir de esta premisa correcta, el voto de minoría extrae una serie de consecuencias no aplicables al caso en comento.

El concepto de bien jurídico no es más que una abstracción dogmática destinada a elucidar el fin de protección subyacente a las diversas normas penales de la parte especial. Como criterio orientador de la interpretación de una disposición legal determinada es sin duda relevante, como acertadamente indica el Ministro Künsemüller. Sin embargo, la interpretación de la ley solamente es necesaria si esta es oscura o ambigua, no así si se comprende claramente leyéndola con alguna atención e integrándola con aquellas normas que le sirvan de complemento. Ese es precisamente el caso de la disposición contenida en el art. 4° de la ley N° 20.000 en lo concerniente al presupuesto de peligrosidad de la sustancia que es objeto de la acción típica, por lo que el voto de minoría malinterpreta la función de la teoría del bien jurídico: si la ley es clara, el intérprete debe guardar la máxima deferencia posible por su tenor literal. El art. 63 de la misma ley establece inequívocamente el procedimiento de determinación de las sustancias que serán consideradas relevantes para la realización de los delitos tipificados en los artículos 1°, 2°, 3° e –indirectamente– 4° de dicho texto autoritativo, que no es otro que su indicación en un reglamento. Esta norma nos enfrenta con el problema de las leyes penales en blanco, enunciado por vez primera en la obra de Binding. Sin embargo, y como

explicaré a continuación, ello no es óbice para observar estrictamente el sentido literal de la disposición aplicada y no da pábulo a la utilización de argumentos relativos al bien jurídico, los que amenazan con desviar al intérprete de la autoridad legislativa a la que debe absoluta fidelidad.

El ejercicio del poder punitivo estatal en su fase de conminación de la pena corresponde al legislador democrático, quien debe ejercer su potestad con arreglo a determinadas principios que limitan y legitiman su ejercicio. Entre estos se encuentra el principio de legalidad, una de cuyas concreciones es el mandato de determinación, conforme al cual la conducta conminada con pena debe ser expresamente descrita en la ley, puesto que de la indeterminación de la norma prohibitiva se sigue –inaceptablemente– la imposibilidad de predecir las consecuencias jurídicas de la conducta individual (saber lo que está prohibido es un imperativo de justicia política). En algunos casos, sin embargo, el legislador renuncia a describir exhaustivamente la conducta típica, estableciendo un mandato dirigido al titular de una potestad normativa de derecho público (infralegal) para que complemente la prohibición penal. Se trata, desde luego, de las leyes penales en blanco, cuya conformidad con el mandato de determinación (y, en consecuencia, su constitucionalidad) dependerá de que de la disposición legal se pueda deducir un claro fin de protección, para cuya elucidación el intérprete puede valerse de diversos argumentos hermenéuticos, entre ellos aquellos relativos al bien jurídico. En el caso sujeto a examen, la conducta típica se encuentra claramente configurada por la realización alternativa de determinadas acciones, a saber: “poseer”, “transportar”, “guardar”, “portar”; referidas a alguna de las sustancias sicotrópicas indicadas en el art. 1º de la ley, cuyo *señalamiento* compete, en conformidad a su art. 63, a un decreto supremo reglamentario. Nos encontramos, por lo tanto, frente a una ley penal en blanco con reenvío externo, cuyo complemento infralegal es igual de vinculante que la propia ley a la hora de verificar jurisdiccionalmente la concurrencia de los elementos del tipo del art. 4º. Por lo tanto, no le corresponde al adjudicador determinar si una sustancia de las señaladas en el reglamento correspondiente es peligrosa para la salud pública (o, en otras palabras, lesiva desde el punto de vista del bien jurídico cautelado por la ley N° 20.000) en la medida que dicha sustancia se encuentre comprendida en el reglamento señalado en el art. 23. La falta de peligrosidad que tenga objetivamente la sustancia es irrelevante, en la medida que la voluntad legislativa haya sido prohibir su tenencia, puesto que una conducta es lesiva por referencia a la norma penal que la declara como tal y no, en cambio, en opinión del juez o del intérprete. Así, por ejemplo, el hecho de que una cierta sustancia sea considerada inocua o benéfica por un grupo de científicos, cuya opinión es compartida por el juez, no lo exime de castigar a quien la tenga en su poder, en la medida que su porte se encuentre legalmente prohibido. Esto, que es obvio, parece ser desconocido por el voto aquí analizado (no así, afortunadamente, por el voto de mayoría). Todavía más, el reclamo aparentemente garantista del voto disidente

no hace otra cosa que introducir un inaceptable grado de impredecibilidad en la aplicación del Derecho, puesto que deja la determinación de la lesividad de la sustancia sicotrópica al criterio oscilante e incierto de la jurisprudencia, transformando en tipos penales indeterminados a los contenidos en la ley N° 20.000. En cambio, la referencia clara al reglamento elimina toda ambigüedad en relación a la identificación de las drogas prohibidas.

Juiciosamente señala el voto de mayoría que el grado de concentración de la sustancia es irrelevante, en la medida que ni el reglamento ni la ley la consideran en lo absoluto y no cabe al adjudicador incorporar elementos que ni se contemplan ni se deducen de la disposición. Por el contrario, el único criterio que proporciona directamente la ley para distinguir entre las diversas hipótesis típicas en lo relativo al objeto material de la acción (la sustancia) es la cantidad, no la concentración. Por otro lado, la principal función sistemática que cumple la descripción de las propiedades lesivas de las sustancias prohibidas que realiza el art. 1°, es precisamente la de indicar criterios legales de selección de las sustancias que deberán incluirse en el reglamento respectivo. Pero esta norma no va dirigida al adjudicador, sino a la autoridad administrativa competente para dictar el reglamento.

Por su parte, es menester comentar la referencia realizada por el voto de minoría al artículo 43 de la ley N° 20.000, relativo a la obligación del Servicio de Salud consistente en remitir al Ministerio Público un protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y diversas características esenciales del mismo, tales como su composición y grado de pureza, así como un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública. En su considerando segundo, el ministro Künsemüller indica:

“Es evidente que la exigencia de obtener el protocolo en comento cuando se investiga una conducta supuestamente típica de tráfico ilegal de estupefacientes responde a un objetivo procesal y penal determinado, vinculado a la acreditación por parte del 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”.

Del voto de minoría se desprende que dicho protocolo es necesario para probar el delito tipificado en el art. 4°. Sin embargo, el voto de minoría omite señalar el contexto de la disposición invocada. En efecto, el art. 43 forma parte del Párrafo 3° de la ley, titulado “De las medidas para asegurar el mejor resultado de la Investigación”, de lo cual se desprende claramente que no se trata de normas probatorias vinculantes para el juez, sino de reglas destinadas a optimizar la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público, cuya inobservancia sólo acarrea la nulidad del juicio oral y la sentencia en tanto implique, a su vez, una vulneración de garantías fundamentales. En lo relativo a la prueba de los delitos contenidos en la ley N° 20.000, rigen los principios generales de libertad de prueba y libre valoración

de la prueba. En conformidad a estos, basta probar que la sustancia de que se trate es una de aquellas comprendidas en el reglamento dictado en conformidad al art. 63 de la ley N° 20.000.

CORTE SUPREMA

Santiago, once de febrero de dos mil quince.

VISTOS:

En estos antecedentes rol único N° 1200774241-8 e interno del tribunal N° 369-2014, se dictó sentencia por una de las salas del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha dieciséis de diciembre pasado, por la que se condenó a Segundo Enrique Flores Vargas a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y una multa de cinco unidades tributarias mensuales, en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, perpetrado el día 5 de agosto de 2012, en la comuna de Conchalí de esta ciudad.

En contra del referido fallo el defensor penal público don Andrés Rojas Román, por el imputado, interpuso recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, de manera principal; por la causal del artículo 374 letra e) en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo legal como primera causal subsidiaria y, finalmente, por la de la letra b) del artículo 373 del Código referido como segunda causal subsidiaria.

Dicho recurso se conoció en la audiencia pública de veintidós de enero pasado, con la concurrencia y alegatos

del abogado don Claudio Fierro, por el recurso, y del abogado don Hernán Ferrera, en representación del Ministerio Público, citándose a la lectura de la sentencia para el día de hoy, según consta del acta de fojas 48.

CONSIDERANDO:

Primero: Que la causal principal se funda en la contravención sustancial a las normas del debido proceso, garantes de la legalidad de los actos del procedimiento, consagrada en el inciso sexto del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 6° y 7° del mismo cuerpo normativo y los artículos 234, 247, 260 inciso final, 263 letra c), 278 y 295 del Código Procesal Penal, todo lo cual se infringió como consecuencia de que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal conoció y valoró positivamente información contenida en un documento que, si bien fue incorporado en conformidad a la ley durante el juicio oral, no fue producido en conformidad a la misma, toda vez que fue emitido o confeccionado con posterioridad a que el Ministerio Público comunicara el cierre de la investigación ante el respectivo Juez de Garantía.

Refirió el recurrente que el documento es el Reservado N° 21.604-2012, suscrito por el Jefe del Sub Departamento de Sustancias Ilícitas del Instituto de Salud Pública, peritaje consistente en la complementación del protocolo de análisis sobre pureza y peso neto de la

sustancia debatida. Al respecto, explicó que dicho documento fue producido con fecha 22 de noviembre de 2013, una vez que el ente persecutor ya había comunicado el cierre de la investigación, la que se materializó nueve días antes, esto es, el 13 de noviembre del mismo año, tal como consta de la certificación del Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, acompañada como medio de prueba del recurso interpuesto.

Reclamó que dicha anomalía fue planteada durante la audiencia de preparación de juicio oral, oportunidad que dicho medio de prueba fue excluido por el Juez de Garantía, decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que ordenó su incorporación como prueba de cargo. Por su parte, durante el desarrollo del juicio oral se cuestionó dicho dato probatorio por parte de la defensa del acusado, el que finalmente fue incorporado a juicio mediante lectura realizada por el Fiscal, conociendo los jueces del fondo la información contenida en éste, a pesar de ser un medio no producido en conformidad a la ley, ya que fue confeccionado por el Instituto de Salud Pública con posterioridad a que el ente persecutor comunicara el cierre de la investigación.

Señaló que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal rechazó la petición de la defensa para valorar negativamente dicho antecedente en virtud de argumentos erróneos, al señalar que este documento fue incorporado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 22 de noviembre de 2013, en circunstancias que esa fue la fecha de confección del documento, conjuntamente con indicar

que se trata de una prueba incorporada en el auto de apertura del juicio oral, sin que dichos adjudicadores tengan competencia para desestimar la decisión del tribunal de apelación respectivo que ordenó su incorporación.

En virtud de lo anterior, solicitó declarar la nulidad del juicio oral y de la sentencia, ordenar remitir los antecedentes al tribunal no inhabilitado para que este disponga la realización de un nuevo juicio oral en donde se excluya de su conocimiento el documento cuestionado.

Como causal subsidiaria se invocó la prevista en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal. Fundó dicha alegación en la existencia de una valoración por parte del tribunal de primera instancia, apartada de los parámetros de racionalidad que exige el inciso primero del artículo 297 antes citado, logrando la convicción de la existencia de presupuestos fácticos que no se corresponden con la conclusión que se habría obtenido de una racional ponderación de la prueba rendida.

Al respecto, refirió que la sentencia se encontraría en contradicción con los principios de la lógica, particularmente con el principio de la razón suficiente, puesto que el artículo 43 de la ley N° 20.000 establece la obligación de remitir al Ministerio Público por parte del organismo idóneo al efecto, un protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada en el que se identificará el producto, señalando el peso y la cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza,

como asimismo un informe acerca de los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

Por consiguiente, señaló, ante un delito de tráfico de drogas resulta indispensable que, a través de una actividad probatoria mínima, queden aclaradas todas aquellas circunstancias referidas en el artículo 43 aludido y se conozca de forma fehaciente la peligrosidad que esas sustancias revisten para la salud pública, lo que no se encuentra justificado en la sentencia recurrida, apartándose de lo dispuesto en los artículos 342 y 297 del Código Procesal Penal, lo que trajo como consecuencia una convicción de existencia del delito y participación que no se corresponde a la conclusión que se habría obtenido de una racional e íntegra ponderación de la prueba.

Finalmente, la defensa del imputado pretendió impugnar la sentencia objeto del presente recurso a partir de la causal contemplada en la letra b) del mismo artículo 373, fundado en la errónea aplicación del artículo 1° del Código Penal, al considerar como delito una conducta carente de antijuridicidad material. Para sustentar lo anterior refirió que el legislador estableció en el artículo 43 de la ley N° 20.000, la obligación de elaborar un protocolo de análisis químico de la sustancia decomisada, en el que se debe identificar el producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como asimismo un informe sobre los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y

la peligrosidad que reviste para la salud pública, lo que en este caso no se acató, porque para el tribunal de primera instancia resultó irrelevante el protocolo de análisis químico de la sustancia, sin que existan razones justificativas que permitan sustentar dicha decisión.

No obstante dicho yerro, el fallo estimó como delito una conducta que no lo es, vulnerando con ello la exigencia de tipicidad de la conducta, además de la errónea aplicación del artículo 4° en relación al 1° de la ley N° 20.000, al afectar el principio limitador del ius puniendi estatal de lesividad, toda vez que la indeterminación del grado de pureza de la sustancia impide establecer si tiene o no la idoneidad o aptitud para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública.

Concluyó solicitando que, por la causal principal y primera subsidiaria, se anule el juicio oral y la sentencia determinándose el estado en que hubiere de quedar el procedimiento a fin de que un tribunal no inhabilitado disponga la realización de un nuevo juicio oral en el que debe ser excluida la prueba consistente en el Reservado N° 21.604-12 de 22 de noviembre de 2013.

Por la segunda causal subsidiaria solicitó que se invalide la sentencia recurrida y en su lugar se dicte, sin nueva audiencia y separadamente, un fallo de remplazo absolutorio.

Segundo: Que la defensa ofreció y produjo en la audiencia de la vista del recurso prueba documental consistente en la lectura resumida del acta de audiencia de 13 de noviembre de 2013, ante el Segundo Juzgado de Garantía

de Santiago, por la que se decretó el cierre de la investigación; de la certificación del Ministro de Fe del tribunal referido, dando cuenta de la audiencia referida con anterioridad y del Reservado N° 21.604-2012 de 22 de noviembre de 2013 del Instituto de Salud Pública que contiene además adjunto el informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de la cocaína.

Tercero: Que en torno al capítulo principal, no se visualiza por estos sentenciadores en qué podría haber consistido la infracción a la garantía constitucional que se dice amagada, pues como se refiere en el motivo Décimo del fallo, la pericia de la sustancia decomisada resultó ser un complemento del Protocolo de Análisis Químico de 26 de septiembre de 2013, que se encontraba incorporado a la carpeta investigativa y que ya daba cuenta de que la sustancia incautada correspondía a cocaína base.

Asimismo, cabe recordar que el medio de prueba cuestionado fue ofrecido en el auto de apertura de juicio oral, conforme a lo dispuesto en el artículo 277 del Código Procesal Penal y a pesar de no haber superado el examen a que se refiere el artículo 276 de ese mismo estatuto, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó dicha decisión ordenando su incorporación como dato probatorio, razón por la cual se presentó al juicio como prueba de cargo por parte del ente persecutor.

En tal entendimiento, resulta evidente que no se trata de una prueba que la defensa hubiere desconocido y producido desventaja, pues las diligencias requeridas por el Ministerio Público

para efectos de determinar la naturaleza de la sustancia, fueron conocidas por la defensa, como se desprende del mismo fallo, y se solicitaron con antelación al cierre de la investigación.

En síntesis, no hay ningún vicio que afecte la licitud de la evidencia, pues el acusado siempre dispuso de los medios suficientes para desvirtuar el valor de esa prueba, pudiendo haber producido prueba de descargo mediante la realización de otra pericia, al tenor del artículo 320 del Código Procesal Penal.

Cuarto: Que, en todo caso, la exclusión pretendida fue debatida y resuelta en las instancias procesales correspondientes, de manera que al tribunal oral sólo le restaba pronunciarse respecto a su valor, cuestión sobre la que se razona latamente en la sentencia, de manera tal que la presunta vulneración de garantías fundamentales no se sustenta en los hechos que se relatan, por cuanto el supuesto vicio no se ha relacionado con una afectación concreta y trascendente al derecho al debido proceso.

Quinto: Que en lo que atañe a la primera causal subsidiaria invocada por el recurrente, esto es, la prevista en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, cabe señalar que el considerando Séptimo de la sentencia que se revisa por esta vía contiene todas aquellas razones justificativas por las cuales los sentenciadores de grado tuvieron por ciertos los presupuestos fácticos signados en la motivación octava de la referida resolución, explicitando el proceso racional argumentativo que derivó en la acreditación del hecho

punible en cuestión, estimando que el mérito de la prueba testifical, pericial, documental y material que mencionan permite configurar los hecho subsumibles en la descripción del artículo 4° de la ley N° 20.000.

A mayor abundamiento, en la motivación séptima se desvirtúa expresamente la prueba documental presentada por la defensa del acusado, concluyéndose en el párrafo final del considerando Décimo que no obstante la inclusión o no del protocolo de análisis materia del presente recurso, con los demás datos probatorios existe mérito suficiente para la dictación de un veredicto condenatorio.

Todo lo anterior constituyen razones suficientes para desestimar el recurso de nulidad en lo que dice relación con este capítulo.

Sexto: Que en lo que respecta a la segunda causal subsidiaria contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por la que se sostiene que se consideró como delito una conducta carente de antijuridicidad material, también será desestimada, habida cuenta que tratándose de cocaína base, tal como fue referido por los datos probatorios reseñados en la sentencia que se revisa, el bien jurídico protegido no es otro que la salud pública.

Séptimo: Que el hecho que se tuvo por establecido, transcrito en el motivo octavo del fallo y por el cual resultó condenado Segundo Enrique Flores Vargas, fue calificado como constitutivo del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga descrito y sancionado en el artículo 4° en relación con

el 1° de la ley N° 20.000, que penaliza a quienes, sin la competente autorización, posean, transporten, guarden o porten consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica o de materias primas que sirvan para obtenerlas, tratándose en el caso de las contempladas en el inciso 1° del artículo 1° de la misma ley, esto es, de aquéllas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Octavo: Que la conducta tipificada en el artículo 4° de la ley N° 20.000 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 los incisos primero o segundo del artículo 1°, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”, que se describen y clasifican en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la ley N° 20.000. Luego, según el claro tenor de la norma, el legislador se refiere a “pequeña cantidad”, concepto regulativo relevante cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado, aun desconociéndose su concentración, fue cocaína base, capaz de producir daños considerables a la salud. Además, constituye un hecho público y notorio que el propio Reglamento de la ley N° 20.000 ha calificado esta sustancia, cualquiera sea su pureza, como sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas produc-

toras de dependencia física o psíquica capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública.

Noveno: Que la prueba rendida en la audiencia de la vista del recurso en nada altera lo concluido, porque ésta no acredita que los elementos incriminatorios de que se valió el tribunal se hubieren obtenido con transgresión de alguna garantía constitucional y porque, en lo que atañe a las causales subsidiarias, los documentos que se han dado lectura, no son suficientes para estimar que lo que se examinó corresponda a una sustancia distinta de aquellas comprendidas en el artículo 1º de la ley N° 20.000 en términos de considerar que se sanciona una conducta que no está penalizada en esa normativa especial. Por el contrario, sólo se trató de un complemento ya conocido antes de iniciarse el juicio y aceptado por la Corte respectiva.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373 letra a) y b), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad promovido por el abogado Andrés Rojas Román, en representación del imputado Segundo Enrique Flores Vargas, en contra de la sentencia de dieciséis de diciembre de dos mil catorce, incorporada en copia de fojas 1 a 12 de este cuaderno, la que, por ende, no es nula, como tampoco lo es el juicio oral que le sirvió de antecedente.

Se previene que el Ministro Sr. Cisternas concurre al rechazo del recurso de nulidad interpuesto, teniendo además y especialmente presente que no ha obtenido convicción en orden a que, en

el caso de la especie, las circunstancias concretas permitan establecer que se haya cercenado en forma grave —esto es, trascendente— las posibilidades de la defensa y, con ello, las exigencias de fondo del debido proceso, hasta el extremo de hacer nulo lo obrado en esta causa.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Künsemüller, quien estuvo por acoger el recurso deducido por la causal subsidiaria invocada del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse infringido, a su juicio, el artículo 4º de la ley N° 20.000 y, en consecuencia, fue del parecer de anular la sentencia impugnada y emitir la correspondiente de remplazo —absolutoria— que se ajuste a la ley, de acuerdo a lo previsto en el artículo 385 del citado código, porque se ha condenado a una persona por un hecho ilícito que la ley no considera tal, teniendo para ello presente las siguientes consideraciones:

1.- Que una innovación importante introducida en esta materia por la ley N° 20.000, respecto de su antecesora la ley N° 19.366, fue la exigencia de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma, modificación que fuera incluida en segundo trámite Constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a propuesta del entonces Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE), la cual fue sugerida a su turno por el propio Ministerio Público (Historia de la ley N° 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 935-936). El artículo 43, aprobado por la Cámara Alta reza:

“El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

“Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma, de conformidad a los artículos 188 inciso tercero y 320 del Código Procesal Penal.

“Esta muestra se conservará por el plazo máximo de dos años, al cabo del cual se destruirá. De los procedimientos administrativos de destrucción se levantará acta, copia de la cual deberá hacerse llegar al Ministerio Público dentro de quinto día de haberse producido.

“Efectuado el análisis a que se refiere el inciso primero, los precursores y sustancias químicas esenciales deberán ser enajenados en la forma dispuesta en el inciso cuarto del artículo 40”.

2.- Que con esta modificación, a juicio del disidente, el legislador del año 2005 vino a insistir en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito contemplado en la ley del ramo, al requerir del ente acusador 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.

Es evidente que la exigencia de obtener el protocolo en comento cuando se investiga una conducta supuestamente típica de tráfico ilegal de estupefacientes responde a un objetivo procesal y penal determinado, vinculado a la acreditación por parte del 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.

3.- Que conviene tener presente que los bienes jurídicos no pueden concretarse mediante una definición “per genus proximum et differentiam specificam”, sino que, más bien, han de identificarse por el papel que desempeñan: son los que fundamentan “prima facie” el castigo. Parece, pues, más acertado que atribuirles un contenido concreto, delimitarlos, atendiendo a la función procedimental que cumplen en el discurso jurídico. El bien jurídico es, desde esa perspectiva, lo que constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad (M. COBO DE ROSAL - T. S. VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 319).

Se han asignado al bien jurídico una pluralidad de funciones, entre las cuales, por su especial trascendencia en el caso que nos ocupa, destaca la de garantía. En efecto, ello cobra sentido si se afirma que, consistiendo el delito

esencialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el poder punitivo del Estado queda sometido a determinados límites, de manera que el legislador no puede castigar cualquier conducta, sino solamente aquéllas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos (M. Cobo de Rosal. T.S. Vives Antón. cit. p. 324). Una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo pasado (POLITOFF S., MATUS J., RAMÍREZ C., Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65). El principio de “lesividad” se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga –también en el ámbito del enjuiciamiento– a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, por ejemplo, en los artículos 1º y 4º de la ley N° 20.000.

4.- Que, tratándose de la infracción penal que interesa, su “lesividad” consiste en el peligro concreto que para la salud pública debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva –objeto ma-

terial de la acción calificada de tráfico ilegal– derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

Esta Corte ha resuelto que si el informe regulado en el artículo 43 de la ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia de una precisa sustancia, 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 tráfico de sustancias estupefacientes o sustancias sicotrópicas conforme al artículo 4º de la ley citada (SCS rol 4215-12 de 25.07.2012), lo que redundaría en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado.

5.- Que, en el caso que se revisa, la sustancia incautada correspondió a 5,6 gramos netos de cocaína base, sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con alguna sustancia de “corte”, ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud, poniendo efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por el legislador.

6.- Que de acuerdo al estándar probatorio alcanzado en la investigación a cargo del ente persecutor, lo único acreditado fue que el recurrente portó una dosis de “algo” en la 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 como el que nos rige.

7.- Que en estas circunstancias, y como “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar liberada de amenaza penal” (W. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona, 1984, p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley, por lo que a juicio del disidente debió

acogerse el libelo intentado por la causal de errónea aplicación del derecho, contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y, en consecuencia, anular la respectiva sentencia, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas y el voto en contra de su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Rol N° 32.695-2014.