

## 7. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### MICROTRÁFICO

I. PROCEDE CASTIGAR ÚNICAMENTE AQUELLAS CONDUCTAS QUE LESIONAN BIENES JURÍDICOS. II. AUSENCIA DEL INFORME DE PUREZA DE LA DROGA IMPIDE ADQUIRIR CERTEZA SOBRE LA LESIVIDAD SOCIAL DE LA CONDUCTA IMPUTADA.

### HECHOS

*Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, condenó a las imputadas, a sendas penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa ascendente a dos unidades tributarias mensuales y accesorias, más el pago de las costas de la causa, como autoras del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes. En contra de esa sentencia la defensa de las condenadas, dedujo recurso de nulidad, la Corte Suprema, acoge el recurso de nulidad deducido y, en consecuencia, se anula la sentencia y se dicta a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

ROL: 25488-2014, de 20 de noviembre de 2014

PARTES: *“con Sandra Suárez González y otra”*

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

### DOCTRINA

- I. *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 lo que fundamenta “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 del 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 cabe destacar, por su especial trascendencia en el caso que nos ocupa, la de garantía. En efecto, ella 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 del Rosal. T.S. Vives Antón. cit., p. 324). Una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a este 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 (Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., Cecilia Ramírez G., 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 inculpada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, por ejemplo artículos 1° y 4° de la ley N° 20.000 (considerando 6° de la sentencia de nulidad).*

- II. *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 material 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 sicotrópicas conforme al artículo 4° de la ley citada. (SCS Rol N° 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. En estas circunstancias, y como “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañinos, debe quedar liberada de amenaza penal” (W. Hassemer, Fundamentos del Derecho*

*Penal, Barcelona, 1984, p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4º de la citada ley (considerandos 7º y 9º de la sentencia de nulidad).*

*Cita online: CI/JUR/8783/2014*

*Normativa relevante citada: Artículos 340 y 373 letra b) del Código Procesal Penal; 4º y 43 de la ley N° 20.000.*

DETERMINACIÓN DE LA PUREZA Y PROTOCOLO DE ANÁLISIS QUÍMICO:

¿ES EL MICROTRÁFICO UN DELITO DE PELIGRO CONCRETO?

COMENTARIO A SCS ROL N° 25488-2014

LUCIANO CISTERNAS VELIS

*Defensoría Penal Pública Antofagasta*

Durante los últimos años, la Excma. Corte Suprema se ha pronunciado en diversos fallos<sup>1</sup> respecto (i) a si la pureza de la droga es o no un elemento del tipo penal previsto en el artículo 4º de la ley N° 20.000 y (ii) a si es o no imprescindible para la configuración de dicho delito que el protocolo de análisis químico determine la pureza de la droga.

El fallo que se comenta<sup>2</sup> viene a confirmar que se trata de una materia aún no zanjada definitivamente por el máximo tribunal. Si bien se acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, reiterando la doctrina propuesta en los votos de minoría de las SCS Rol N° 4215-2012 y SCS Rol N° 9034-12<sup>3</sup>, no puede desconocerse que en esta oportunidad también hubo dos votos disidentes, lo que evidencia la relevancia de la integración de la Segunda Sala para la resolución de esta materia<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> En otros, pueden consultarse los fallos SCS Rol N° 4215-2012, de 25 de julio de 2012; SCS Rol N° 9034-12, de 28 de enero de 2013; SCS Rol N° 7470-2014, de 26 de mayo de 2014; y SCS Rol N° 7785-2014, de 27 de mayo de 2014.

<sup>2</sup> SCS Rol N° 25488-2014, de 01 de noviembre de 2014.

<sup>3</sup> Un comentario favorable a dichos fallos puede consultarse en HRZIC MIRANDA, Boris, Comentario de la SCS de 25 de julio de 2012 (Rol N° 4215-2012), en *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, (2012), pp. 107-118; y SCHÜRMAN OPAZO, Miguel, La exigencia de preparación del recurso de nulidad y de una prueba especialmente prevista por la ley para adquirir convicción condenatoria, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. II, N° 2, (2013) pp. 169-171.

<sup>4</sup> En este fallo primó la decisión de los Ministros Sr. Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller y Sr. Lamberto Cisternas, por sobre la de los Ministros Sr. Milton Juica y Sr. Haroldo Brito. Por su parte, en los fallos SCS Rol N° 7470-2014 y 7785-2014, el voto de mayoría correspondió a los

En síntesis, en el fallo analizado la Excm. Corte Suprema sostiene que para la configuración del delito de microtráfico es imprescindible que el protocolo de análisis químico determine la pureza de la droga incautada<sup>5</sup>, estructurando su argumentación del siguiente modo:

(i) Que el artículo 43 de la ley N° 20.000 prevé una innovación respecto a sus predecesoras, a saber, que el protocolo de análisis químico debe determinar, entre otros aspectos, la pureza de la droga (Cons. Cuarto).

(ii) Que, de acuerdo al principio de lesividad y de exclusiva tutela de bienes jurídicos, el Estado solo puede tipificar conductas que “lesionen o pongan en peligro determinados bienes jurídicos”, entendiendo por tales los intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social<sup>6</sup>.

(iii) Que, tratándose del delito de microtráfico, su “lesividad” consiste en el *peligro concreto* que para la salud pública debe revestir la sustancia estupefaciente, derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

Es acertada la decisión del máximo tribunal en cuanto a exigir al ente persecutor “algo más” que la identificación de una sustancia que posea trazas de cocaína u otra droga, pues la determinación de la droga en el protocolo de análisis químico no solo es un medio probatorio más que permita acreditar que lo incautado corresponde al objeto material del delito de microtráfico<sup>7</sup>. Si se admite que el *ius puniendi* se ejerce a través de la tutela de bienes jurídicos, corresponde que el mismo Estado establezca que, en el caso concreto, la conducta tiene una

---

Ministros Sr. Milton Juica, Sr. Haroldo Brito y Sra. Andrea Muñoz, mientras que el voto disidente estuvo compuesto por los Ministros Sr. Carlos Künsemüller y Sr. Lamberto Cisternas.

<sup>5</sup> Como podrá colegirse, con la anterior interpretación el máximo tribunal tácitamente admite a la pureza de la droga como un elemento del tipo penal.

<sup>6</sup> En este punto el tribunal sigue la doctrina de los profesores POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General (Santiago, 2011), pp. 67-68.

<sup>7</sup> Al respecto, SCHÜRMAN OPAZO, ob cit., p. 171, al comentar la SCS Rol N° 9034-12, ha destacado 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”.

significación jurídico-penal, la que solo puede valorarse desde el bien jurídico<sup>8</sup>, esto es, la salud pública.

En consecuencia, y como se destacó en un comentario anterior<sup>9</sup>, la razón que justifica la exigencia pericial que en este comentario se discute es que, 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)”<sup>10</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el fallo yerra al entender al delito de microtráfico como un *delito de peligro concreto*. Existe consenso en la doctrina en definir a los delitos de tráfico de drogas –incluyendo al tráfico de “pequeñas cantidades”– como *delitos de peligro abstracto*<sup>11</sup>, que, como señala Jaén Vallejo, se consuman “con la simple difusión o incluso con la simple tenencia para la difusión, sin necesidad de que se llegue a producir un perjuicio en la salud de alguien”, por lo que no se requiere que “un objeto haya estado realmente en peligro”, pues “la realización de la acción es por sí misma peligrosa”<sup>12</sup>. Por su parte, tampoco se advierte jurisprudencia relevante que disienta de dicho parecer, al menos desde la entrada en vigencia de la ley N° 20.000. Por lo anterior, en este punto el voto de mayoría del fallo supone una interesante novedad. Una novedad errada, sin embargo.

Mir Puig define los delitos de peligro concreto como aquellos en los que “el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado)”, en contraposición a los delitos de peligro abstracto, en los que “no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluido de antemano”<sup>13</sup>. Por su parte, en nuestro país los profesores Politoff/Matus/Ramírez

---

<sup>8</sup> Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de Derecho Penal chileno. Vol. I, (Santiago, 2011), p. 116.

<sup>9</sup> CISTERNAS VELIS, Luciano, 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, en *Revista de Ciencias Penales* Vol. XLI, N° 3, (2014), pp. 223-226.

<sup>10</sup> HRZIC MIRANDA, ob. cit., p. 113.

<sup>11</sup> Por todos, RETTIG ESPINOZA, Mauricio, Naturaleza jurídica del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, (2013), pp. 56-63.

<sup>12</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel, Estudios Penales (Santiago, 2006), p. 320.

<sup>13</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte general (Barcelona, 2011) pp. 240-241. La cursiva corresponde al texto original.

han definido a los delitos de peligro concreto como “aquellos que requieren una *efectiva* sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (*ex post*) que existió un curso probable que conducía al resultado temido (el cual fue impedido por un factor con el que no era seguro contar)”, y en los que la antijuridicidad material “viene dada por la prueba de la existencia efectiva del peligro que la ley quiere evitar”; en contraposición a los delitos de peligro abstracto, que “están concebidos como la prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro, sin que sea necesaria la verificación (en sede procesal) del peligro que se pretende evitar”<sup>14</sup>.

En síntesis, la mencionada distinción está sujeta a si la estructura del tipo penal exige que el bien jurídico sea puesto efectivamente en peligro, como resultado de la conducta típica, analizados desde una perspectiva *ex post*, en cuyo caso se habla de delito de peligro concreto; o si, por el contrario, no es necesaria la acreditación de dicha puesta en peligro, por cuanto el fundamento del castigo de la conducta es su intrínseca peligrosidad, analizados desde una perspectiva *ex ante*, lo que corresponde a los delitos de peligro abstracto.

En consecuencia, en mi opinión, el voto de mayoría parece confundir la exigencia de la determinación de la pureza para acreditar que la droga puso efectivamente en peligro la salud pública, con la acreditación, como señala Rettig Espinoza, de la peligrosidad *ex ante* de dicha conducta, esto es, su *idoneidad* para poner en riesgo la salud pública<sup>15</sup>.

Así, el fallo comentado resuelve correctamente la situación, aunque la argumentación de la Excm. Corte Suprema debe admitirse con las prevenciones que se han indicado en lo referido a entender el delito de microtráfico como un delito de peligro concreto.

---

<sup>14</sup> POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., pp. 210-211. La cursiva corresponde al texto original.

<sup>15</sup> Así, RETTIG ESPINOZA, Mauricio, ob. cit., pp. 56-63.

## I. SENTENCIA DE NULIDAD

Santiago, veinte de noviembre de dos mil catorce.

## VISTOS:

En esta causa RUC 1300652543-6, RIT 116-2014, se dictó sentencia por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Quillota, el veintinueve de septiembre del año en curso, por la que se condenó a Olga Ramos Jiménez y a Sandra Suárez González a sendas penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa ascendente a dos unidades tributarias mensuales, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena más el pago de las costas de la causa, como autoras del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes sancionado en el artículo 4° de la ley N° 20.000, perpetrado en la comuna de Calera el 2 de octubre de 2013.

En contra de esa sentencia el defensor don Víctor Madariaga Mendoza dedujo recurso de nulidad, sustentado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciando la errónea aplicación de los artículos 1°, 4°, 42 y 43 de la ley N° 20.000 y 1° y 2° del Código Penal, como se desprende de la presentación de fojas 36 de este cuaderno, el que se deduce ante esta Corte Suprema de conformidad con lo dispuesto en el artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal, dada la existencia de diversas interpretaciones sobre la materia debatida sostenida en pronunciamientos dispares emanados de los tribunales superiores.

La audiencia pública en que se conoció el recurso se verificó el tres de

noviembre pasado, con la concurrencia y alegatos del defensor señor Madariaga, por las sentenciadas y del abogado don Hernán Ferrera, por el Ministerio Público, y luego de la vista se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 90.

## CONSIDERANDO:

*Primero:* Que como ya se adelantara, el representante de las condenadas dedujo recurso de nulidad contra la sentencia definitiva fundado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciando en primer término la errónea aplicación del artículo 1° del Código Penal al considerar como delito una conducta carente de la antijuridicidad material necesaria para ser sancionada penalmente, dada la falta de dañosidad social de la conducta o de lesión o peligro efectivo del bien jurídico protegido.

Explica que del artículo 4° de la ley N° 20.000 se puede colegir que el objeto material descrito por el tipo penal hace referencia a que las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas deben ser productoras de dependencia física o síquica o tratarse de materias primas que sirvan para obtenerlas. Por su parte, el artículo 1° de la misma ley expresa que las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica deben ser capaces de provocar, además, graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Señala que para determinar si se trata de sustancias que produzcan estos efectos, el legislador estableció en el artículo 43 de la ley citada la obligación de elaborar un protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada

en el que debe identificarse el producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como asimismo, un informe sobre los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que producen y la peligrosidad que reviste para la salud pública, obligación que no fue satisfecha en la causa, porque se incorporaron al juicio, conforme el artículo 315 del Código Procesal Penal, los protocolos de análisis químicos de la droga, sobre cuya base el funcionario del Instituto de Salud Pública concluyó que se trataba de cocaína, sin que se señalara en ninguno de tales protocolos el porcentaje de pureza o concentración de la sustancia, ni los efectos que produce la cocaína y su peligrosidad para la salud pública.

En tal entendido, el grado de pureza de la droga resulta ser un elemento central para poder arribar a la conclusión que, en el caso concreto, el bien jurídico protegido ha sido afectado de manera trascendente, por lo que la omisión que se ha constatado trae como consecuencia lógica que no es posible determinar con certeza si la concentración de la sustancia incautada es capaz de cumplir con la exigencia del artículo 1° de la ley N° 20.000, esto es, “provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”.

Entonces, como resultado de estas consideraciones, si los hechos acreditados en la sentencia no son constitutivos de delito, no debió haber condena, castigándose como delito una conducta que no lo es.

Finalmente explica que el error cometido ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo pues de

haberse aplicado en forma correcta la norma del artículo 1° del Código Penal, necesariamente debió dictarse sentencia absolutoria, pues no era posible determinar si las sustancias incautadas producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, al no haberse determinado el grado de pureza de la sustancia.

Solicita que se anule la sentencia impugnada y se proceda a dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la de reemplazo que, ajustada a derecho, absuelva a las imputadas por no haberse configurado las exigencias del tipo penal descrito en el artículo 4° de la ley N° 20.000, en relación al artículo 1° del mismo cuerpo legal.

*Segundo:* Que el motivo de invalidación esgrimido por la defensa, de conformidad al artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal, ha sido entregado excepcionalmente al conocimiento de esta Corte Suprema en el evento que, con motivo de la causal señalada, se alegare que respecto de la materia de derecho objeto del recurso existen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, lo que en la especie se demuestra con los pronunciamientos que se acompañan a la presentación en análisis contenidos en las sentencias Rol N° 356-2013 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de veintidós de abril de dos mil trece, Rol N° 613-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de tres de mayo de dos mil trece y de este tribunal, Rol N° 21599-2014, de uno de septiembre del año en curso, que postulan que sin el elemento



pureza de la droga, no puede determinarse la antijuridicidad material de la conducta incriminada, por lo que los hechos indagados, en tal situación, no pueden ser tipificados como tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o síquica de aquellas que describe el artículo 1° inciso 1° de la ley N° 20.000. Por su parte, los Roles N°s. 57-2013 y 77-2013, de la Corte de Apelaciones de Iquique, de once de junio y dos de julio de dos mil trece, respectivamente, avalan la postura de que la pureza de la droga no es un elemento del tipo penal.

*Tercero:* Que en el caso de la especie los jueces del fondo sostuvieron que el hecho que no se haya incorporado por el órgano persecutor el informe de pureza y de efectos para la salud de la sustancia, no es óbice para calificar los hechos establecidos como tráfico ilegal de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, toda vez que en nuestro sistema procesal penal existe libertad de prueba y los protocolos e informes a que alude el artículo 43 de la ley N° 20.000 solo tienen por finalidad permitir al tribunal un mejor conocimiento de las características de la droga o sustancia incautada, ya que es una norma que se encuentra incluida dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y, específicamente, dentro del párrafo sobre “Medidas para asegurar el mejor resultado de la Investigación”, protocolo, que, por lo demás, solo cobra especial relevancia para determinar si se está en presencia de un consumidor o de un traficante. Por otra parte, los mismos jueces señalaron que en el caso de autos,

se trata de las sustancias contempladas en el inciso 1° del artículo 1° de la misma ley, esto es, aquellas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, por lo que no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada. Por tanto, al haberse acreditado científicamente que la droga vendida por cada una de las acusadas al agente revelador correspondía a 0,2 gramos netos de cocaína, sustancia ilícita que se encuentra contenida en el artículo 1° del Reglamento de la ley N° 20.000, Decreto 867 del Ministerio del Interior, califica como una sustancia o droga estupefaciente o sicotrópica, productora de dependencia física o síquica, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

*Cuarto:* Que, al respecto, esta Corte, para resolver el punto propuesto, ha tenido en particular consideración que una innovación importante introducida en esta materia por la ley N° 20.000, en relación a 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 del 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 psicoactivos 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”.

*Quinto:* Que con esta modificación, 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 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.

*Sexto:* 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 lo que fundamenta “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 del 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 cabe destacar, por su especial trascendencia en el caso que nos ocupa, la de garantía. En efecto, ella 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 del Rosal. T.S. Vives Antón. cit., p. 324). Una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a este 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 (Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., Cecilia Ramírez G., 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 artículos 1º y 4º de la ley N° 20.000.

*Séptimo:* 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 material 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 sicotrópicas conforme al artículo 4º de la ley citada. (SCS Rol N° 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.

*Octavo:* Que en el caso que se revisa la sustancia incautada a cada una de las acusadas correspondió a 200 miligramos netos de una sustancia que la acusación indica es pasta base de cocaína, aportando la prueba del proceso que le permite afirmar que sería cocaína. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y, por tanto, su posible adulteración con alguna sustancia de “corte”, ello impide determinar en concreto si lo aprehendido es verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, poniendo efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por el legislador, ya que lo único acreditado fue que las recurrentes portaron 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 como el que nos rige.

*Noveno:* Que en estas circunstancias, y como “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañinos, debe quedar liberada de amenaza penal” (W. Hassemmer, Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona, 1984, p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley.

*Décimo:* Que con lo razonado, se procederá a acoger el recurso de nulidad deducido por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, cuestión que afectó solo la sentencia impugnada, mas no el juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se aplicó una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

1.- SE ACOGE el recurso de nulidad deducido por don Víctor Madariaga Mendoza en representación de las imputadas Sandra Verónica Suárez González y Olga de las Mercedes Ramos Jiménez y, en consecuencia, se anula la sentencia de veintinueve de septiembre de dos mil catorce, escrita de fojas 1 a 35 de estos antecedentes.

2.- Díctese a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordada la decisión de acoger el recurso de nulidad con el voto en contra

de los Ministros señores Juica y Brito quienes estuvieron por desestimarlos teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

1° Que el hecho que se tuvo por establecido en el motivo décimo del fallo que se revisa y por el cual resultaron condenadas Ramos Jiménez y Suárez González, 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.

2° Que la conducta tipificada en el artículo 4° de la ley N° 20.000 solo 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, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada, ya que respec-

to de ésta el legislador solo se refiere a “pequeña cantidad”, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado, aun desconociéndose su concentración, fue cocaína, capaz de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta en audiencia la prueba pericial incorporada mediante lectura correspondiente a la muestra 18292-M2-2 analizada por el perito Jorge Grandón Parra.

Por otra parte, se debe tener presente que es la propia ley N° 20.000, en su artículo 63, la que ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal. A tal efecto, el D.S. N° 867 del año 2008, que reemplazó el D.S. N° 565 del año 1995, clasifica las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica en dos listas (artículos 1° y 2°), dependiendo de si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, o no, haciendo expresa mención a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la ley N° 20.000. Y la cocaína se encuentra contemplada en el artículo 1° del citado Reglamento, entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

3° Que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la ley N° 20.000 –y respecto del cual se vale el recurrente para sostener que estamos ante una conducta carente de antijuridicidad material– no altera lo que antes se ha

dicho, desde que este no está destinado a cumplir el rol que el recurso pretende y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y específicamente dentro del párrafo sobre “medidas para asegurar el mejor resultado de la Investigación”. De manera que los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud –peso, cantidad, composición y grado de pureza– le permitirán tener 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 –cocaína, en la especie– 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° de la ley N° 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia, sus autores.

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° 25488-2014.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, a veinte de noviembre de dos mil catorce.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que

precede y lo estatuido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

**VISTOS:**

Se reproduce la sentencia de veintinueve de septiembre de dos mil catorce pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Quillota con excepción de sus fundamentos Undécimo a Decimoctavo que se suprimen. Se reproducen los fundamentos Cuarto a Noveno del fallo de nulidad que antecede.

**CONSIDERANDO:**

1°).- Que de la lectura de los hechos que el tribunal ha dado por comprobados, cuya existencia y alcance no han sido controvertidos, aparece que la inexistencia de evidencia científica sobre la pureza de la droga elimina la exigencia del artículo 1° de la ley N° 20.000, en orden a la capacidad que aquella debe tener de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, acorde con la obligación impuesta al Servicio de Salud en el artículo 43 inciso primero de la misma ley de precisar los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

2°).- Que al desconocerse el grado de pureza de la droga incautada se ignora, consecencialmente, su idoneidad para generar dichos efectos tóxicos y daño a la salud pública a que se refieren los artículos 1° y 4° de la ley N° 20.000, con infracción al principio de lesividad y, por lo tanto, ello determina la inexistencia de delito.

3°).- Que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda

razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1° y 2° del Código Penal; 1°, 4°, 43 de la ley N° 20.000, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA** que:

Se absuelve a Olga Ramos Jiménez y a Sandra Suárez González de la acusación que les fuera formulada por el Ministerio Público de ser autoras del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 4° y 1° inciso primero de la ley N° 20.000.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Juica y Brito quienes, considerando la comprobación del ilícito materia de la acusación de la manera como lo declaró el fallo impugnado y que se ha anulado, estuvieron por mantener la pena impuesta por la sentencia impugnada en consideración a lo expuesto en su disidencia al fallo de nulidad precedente.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia, sus autores.

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° 25488-2014.