

15. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

MICROTRÁFICO

I. PUREZA DE LA DROGA INCAUTADA NO CONSTITUYE UNA EXIGENCIA DEL TIPO PENAL. PROTOCOLO DE ANÁLISIS DE LA PUREZA DE LA DROGA ES ÚTIL PARA DETERMINAR SI SE TRATA DE UN CONSUMIDOR O DE UN TRAFICANTE. II. VOTO DISIDENTE: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ES LA SALUD PÚBLICA. MINISTERIO PÚBLICO DEBE ACREDITAR LA PELIGROSIDAD COLECTIVA PARA LA SALUD PÚBLICA DE LA SUSTANCIA INCAUTADA. NECESIDAD DE CONTAR CON EL PROTOCOLO DE ANÁLISIS QUE INDIQUE LA PUREZA DE LA DROGA.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad penal deducido, con voto de disidencia.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *9651-2015, de 29 de septiembre de 2015*

PARTES: *“Ministerio Público con Bernardo Carrillo Mella”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Julio Miranda L., Abogado integrante Sr. Jorge Lagos G.*

DOCTRINA

- 1. El delito del artículo 4° de la Ley de Drogas, el microtráfico, 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. Del tenor de la norma aparece claramente que no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a “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 5° de la sentencia de la Corte Suprema).

El protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley de Drogas no altera lo señalado, de manera que su omisión no permite concluir que se esté en presencia de una conducta carente de antijuridicidad material. En efecto, el referido protocolo se encuentra regulado dentro del Título sobre competencia del Ministerio Público y, específicamente, dentro del Párrafo sobre “Medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación”. Así, los elementos enunciados en el artículo 43 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 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 de Drogas, al incorporarlo como un elemento de juicio más (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. (Voto disidente) *Una innovación importante introducida por la nueva Ley de Drogas –N° 20.000– en relación a su antecesora –N° 19.366– fue la exigencia de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma. Con esta modificación, el legislador vino a insistir en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito de tráfico de drogas, 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. Resulta claro que la exigencia de obtener el protocolo de marras cuando se investiga una conducta supuestamente típica de tráfico de drogas, 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 comprobación en juicio y acarreará consecuencias significativas en el Derecho Penal material (considerandos 1° a 3° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).*

Tratándose del tráfico de drogas, 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. La jurisprudencia del Máximo Tribunal ha dicho que 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. Precisamente eso acontece en la especie, donde el informe no señala el porcentaje de pureza de la sustancia incautada, cocaína, ni el de su posible adulteración con alguna sustancia de “corte”, lo que 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 por el ente persecutor fue que el imputado mantenía 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. En tales circunstancias, mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar liberada de amenaza penal (considerandos 4° y 5° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/5953/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 1°, 4° y 43 de la Ley N° 20.000; 1° del D.S. N° 867.*

PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO EN EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES: TAREAS PENDIENTES PARA LA CORTE SUPREMA

CARLOS CABEZAS CABEZAS
Universidad de Antofagasta

El principio de ofensividad o lesividad es uno de aquellos que suelen –correctamente– considerarse como uno de aquellos capitales del Derecho Penal pero que habitualmente resultan bastante más difíciles de aplicar a casos concretos de lo que parece. Ello tiene que ver con la misma base del principio en comento, la teoría del bien jurídico, la cual ha sido utilizada para los propósitos más contradictorios. Inicialmente elaborada como forma efectiva de limitación al *ius puniendi* estatal hoy ha sido utilizada con eficacia para expandirlo, pues el legislador continuamente, con razones correctas o equivocadas ve nuevos intereses y fenómenos dignos de protección en cada interacción social que la modernidad nos ofrece.

A propósito del fenómeno del narcotráfico, la severa regulación chilena manifestó algunos saludables avances en la Ley N° 20.000 de 16 de febrero de 2005. La referida ley, que reemplaza a la draconiana 19.366, en lo que a principio de

ofensividad se refiere en forma explícita decidió, correctamente a juicio de la doctrina mayoritaria, castigar diferenciadamente el tráfico (de lo que podríamos denominar “tipo básico” del artículo 1° de la Ley N° 10.000) del “microtráfico”, es decir, la difusión de sustancias en cantidades pequeñas con una pena, también, inferior. Como se repitió y se repite hasta hoy, se trata del castigo al *dealer* callejero¹, que por colocar solo pequeñas sustancias dentro del tráfico humano, representa un peligro mejor para la *ratio* de toda la Ley N° 20.000, esto es, el riesgo de una difusión incontrolada de estas sustancias tóxicas.

La sentencia de la Corte Suprema, que se comenta aquí busca unificar jurisprudencia, se pronuncia sobre si la pureza de la sustancia estupefaciente es o no un elemento típico relevante para delimitar, en este caso, si estamos en presencia de microtráfico o de consumo personal atípico. En este caso, se presentaba el problema de la consideración o no de microtráfico de una cantidad de 3,5 gramos de cocaína base.

La defensa del imputado alega que la Corte de Apelaciones ha sido del parecer que el ilícito contenido en el artículo 4° de la ley es uno de aquellos de peligro abstracto, razón por la cual no ha considerado pertinente los análisis de pureza de la sustancia practicados por el ministerio de salud. El imputado considera en cambio que se trata de un delito de peligro concreto, es decir, de aquellos que exigen que el bien jurídico – la salud pública aquí– corra efectivamente un riesgo de lesión, lo que exigiría el propio art. 4° de la Ley N° 20.000. La Corte Suprema en su voto de mayoría acoge el razonamiento del tribunal de alzada, al decir en el “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, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a ‘pequeña cantidad’, *concepto regulativo* cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia”².

La Corte parece considerar este fundamento como el principal para confirmar la sentencia, dejando el problema de si se trata de un delito de peligro concreto o abstracto en segundo plano; sin embargo existe un voto de disidencia que se pronuncia sobre el particular, por lo que abordaré el asunto más adelante.

No es la primera vez que el máximo tribunal del país ha utilizado la noción de concepto regulativo para resolver el espinudo problema de determinar qué hay que

¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial, Santiago, (2005), p. 584.

² Considerando quinto. La cursiva es mía.

entender por pequeñas cantidades³. Basándose en Henkel⁴, consideran que el término “pequeñas cantidades” es uno de aquellos que no proveen una solución expresa al caso concreto, sino que dejan al juez libre para que a partir de las particularidades del caso concreto, resuelva (entre ellos, por ejemplo, la pureza de la sustancia *si es pertinente en el caso concreto*).

Esta posición ha sido, con justicia, criticada⁵. Para partir, más allá de que se trate de un concepto regulativo, la noción en comento es un elemento normativo del tipo de aquellos denominados “del juicio cognitivo”⁶; de este modo sí sería un tipo abierto, pero ello no implica que sea un principio regulativo: los conceptos de tamaño o cantidad pueden ser determinados y en este caso es misión del juez hacerlo mas no se trata de conceptos completamente abiertos como pretende la Corte al punto que renuncia absolutamente a pronunciarse sobre la cuestión, como ya lo hizo en la sentencia de 2005. A ello se agregan los problemas de cara al principio de tipicidad, que redundan en la legalidad, pues se trata de juicios *a posteriori*, con escasas posibilidades que sean conocidos por los infractores⁷.

En este caso, al contrario de lo acontecido en la sentencia de 2005, la Corte, partiendo de la base de la doctrina del principio regulativo, renuncia a pronunciarse sobre si la pureza de la sustancia es útil o no para resolver el *quid* de si estamos en presencia de microtráfico o de consumo personal: concluye que al tratarse de cocaína sería suficiente para tener por acreditada la presencia de microtráfico.

El razonamiento en este punto me parece demasiado lineal. Desconocemos el contenido del informe del Ministerio de salud sobre la pureza de la droga, pero que el Tribunal la desestime completamente por el recurso a que se trata de cocaína y basta no contribuye al problema de la indeterminación de la norma. La cantidad y variedad de circunstancias, aplicadas por las Cortes de Apelaciones del país evidencia con largueza lo delicado del asunto⁸.

Me parece que éste es el argumento principal del rechazo del recurso, pero ya que la causal invocada por la defensa dice relación con el problema no resuelto aún en el seno del mismo tribunal, como lo revelan los votos disidentes, acerca de si

³ Sentencia Corte Suprema de 19 de junio de 2005.

⁴ HENKEL, Heinrich, Exigibilidad e inexistencia como principio jurídico regulativo. (Trad.: GUZMÁN DÁLBORA, José) (Montevideo - Buenos Aires, 2005), VII, pp. 126 y 127.

⁵ RUIZ DELGADO, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la Ley N° 20.000” en *Política criminal*, vol. 4°, N° 8 (2009), pp. 408-429, pp. 414 y ss.

⁶ MAYER, Max Ernst, Derecho Penal. Parte general (Trad.: POLITOFF, Sergio) (Montevideo-Buenos Aires, 2007), pp. 322 y ss.

⁷ RUIZ DELGADO, *op. cit.*, p. 414.

⁸ Ídem, nota 14, donde lista al menos 4 distintos: criterios *geográfico, prognosis de la peligrosidad, naturaleza de la droga incautada y aplicación de varios criterios diversos*.

el principio de lesividad u ofensividad permite al juzgador del fondo o de mérito excluir la punibilidad de una conducta por un elemento normativo distinto al de “pequeñas cantidades”, en este caso por la pureza de la sustancia, me parece apropiado referirme al tema.

Así puede comprenderse el problema planteado: pequeña cantidad pero con una escasa pureza: si se trata de un delito de peligro concreto, debe excluirse la punibilidad, pues el bien “salud pública” no ha corrido riesgo alguno. En cambio, si se trata de un delito de peligro abstracto, la pureza de la droga no juega ningún papel relevante, pues al tratarse de esta categoría de ilícitos, el riesgo exigido es meramente estadístico. Por ende, no es necesario que la salud pública como bien jurídico tutelado no requiere de un efectivo riesgo.

La polémica es un ejemplo de cómo la teoría del bien jurídico tiene un escaso rendimiento cuando hay poca claridad acerca de sus extremos y, especialmente cuando se coloca frente a la dificultad de discriminar entre delitos de peligro concreto y abstracto, en la cual se tiende a optar por un formalismo excesivo antes de averiguar suficientemente acerca del bien tutelado.

Como adelantado, este problema es “sorteado” por la Corte con el argumento del principio regulativo, pero el considerando quinto y el sexto, especialmente, en el cual relega el elemento normativo “pureza” de la droga sólo como uno que discrimine entre conductas de tráfico o de consumo, pero que “en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión –cocaína base, en la especie– deja de ser tal”.

Sin decirlo expresamente, la Corte parece concluir que la pureza es un elemento irrelevante pues, al tratarse de un delito de peligro abstracto, sólo se requeriría de estar en presencia de una sustancia de aquellas que el legislador califica de sustancia.

Sobre el particular hay al menos dos cuestiones que indicar. Primero está la cuestión de si los delitos de peligro abstracto *de lege lata* son un recurso legítimo para el legislador. Sobre el punto, que es una vieja polémica en la doctrina penal tanto chilena como comparada, existe al menos un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que los observa como ilegítimos y que postula su reinterpretación como delitos de peligro concreto⁹; no es la sede para su análisis pormenorizado, pero los argumentos del Tribunal parecen poco convincentes, pues en el fondo altera la propia letra de la ley. En efecto, más allá de lo que pueda opinarse, parece ser que la Ley N° 20.000 ha decidido una técnica de incriminación *en general* para los delitos que ella contiene en que no parece necesario el riesgo corrido; eso al menos es posible concluir de la lectura del art. 1° inciso 2°, al declarar que “Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá

⁹Se trata de la Sentencia 993-07 de 13 de mayo de 2008. Me permito remitirme para profundizar sobre su análisis a CABEZAS, Carlos, “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado” en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, N° 2 (2013), pp. 85-120, pp. 109 y ss.

rebajarse la pena en un grado”. Aquí habría que entender por los efectos aquellos que se presentan por los criterios de *toxicidad* y *daños considerables a la salud*. Esta postura, que tiene representantes en Chile¹⁰, sostiene que las penas diferenciadas se explican por criterios de razonabilidad¹¹, no de ofensividad.

El voto disidente, firmado por los ministros Künsemüller y Juica, sostiene en cambio, basándose en autores como Hassemer, que la modificación de la Ley N° 20.000 efectivamente habría introducido criterios de ofensividad directamente vinculantes para el juzgador, y que por tanto la pureza de la droga es un elemento integrante del tipo que acreditaría la efectiva puesta en riesgo de la sustancia (puntos 2° y 5° del voto disidente), posición que había sido constante en este Tribunal.

No es esta la sede para determinar si los delitos de la Ley N° 20.000 son de peligro concreto o abstracto. Me conformaré en este punto con indicar que me parece poco coherente el razonamiento en esto, tanto del voto de mayoría como del de minoría.

Para el voto de mayoría, la pureza sería un elemento prácticamente irrelevante por una doble consideración: primero, todo se resuelve con su doctrina de los principios regulativos; luego, que el art. 43 sería una disposición de índole ilustrativa, casi de talante administrativo que el juzgador puede o no considerar. No me parece correcto este razonamiento. Si bien es cierto que la ley parece desear el castigo de cualquier sustancia estupefaciente, la capacidad de producir efectos a la salud no es un criterio irrelevante: el legislador en el art. 1° inciso segundo le reserva una sanción menor (aunque facultativa). Luego, que un delito sea de peligro abstracto no implica que se soslaye completamente un análisis acerca de su peligrosidad, aun estadística. Si lo traficado *se cree que es una droga* pero por su composición resulta ser inocua, el peligro de difusión incontrolada no existe *ni aun estadísticamente*, tratándose en consecuencia no sólo de bagatelas, sino de delitos imposibles. Un castigo de tales conductas significaría el castigo a ilícitos de mera desobediencia que la propia teoría de los delitos de peligro abstracto rechaza.

En cuanto al voto de minoría, éste parece inclinarse por la ilegitimidad absoluta de los delitos de peligro abstracto, algo muy propio de la escuela de Frankfurt de donde esta posición extrae su aparato argumentativo. Hoy parece poco factible su rechazo absoluto, siempre que se respete el hecho que todo delito de peligro, por abstracto que sea, debe consistir en un peligro (como compromiso a la seguridad), al menos en algún grado de éste¹².

¹⁰ NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la Ley N° 20.000”, en *Ars Boni et Aequi* (2007), pp. 97-148, p. 141.

¹¹ *Ídem*, p. 142.

¹² Véase por ejemplo en Chile la propuesta de MAÑALICH, Juan Pablo “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2 (2011), pp. 279-310, p. 294.

Por eso, respecto al delito del art. 4° de la Ley N° 20.000, la pureza de la droga *no puede ser un elemento absolutamente irrelevante*, no al menos como el Tribunal nos lo indica. Puede que no sea un criterio suficiente para indicarnos si se trata de microtráfico, pero la conclusión de que sólo por tratarse de cocaína la conducta *siempre* debería calificarse de microtráfico olvida que la propia ley reserva marcos penológicos diversos si los efectos tóxicos o contrarios a la salud no se verifican con la misma intensidad. Es decir, *no puede rechazarse de plano* y la sentencia debió haberlo indicado qué importancia puede tener, aun cuando, como parece desprenderse de su texto, no fue discutida suficientemente en juicio. Esa es la labor de la Corte en este tipo de recursos, más aun en una materia donde abunda la incertidumbre.

CORTE SUPREMA:

Santiago, a veintinueve de septiembre de dos mil quince.

VISTOS:

En esta causa Ruc N° 1400783963-5 y Rit N° 221-2014, el Sexto Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, por sentencia de diecisiete de julio del año en curso, condenó a Bernardo Segundo Carrillo Mella a sufrir la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de una multa de 1 Unidad Tributaria Mensual por su responsabilidad como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, cometido en la comuna de La Cisterna el día 15 de agosto de 2014.

Tuvo por cumplidas las penas, dispuso el comiso de las especies incautadas, y eximió al acusado del pago de las costas.

La defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, cuya copia rola a fojas 8, que fue admitido a tramitación por resolución de fojas 37, fijándose a fs. 51 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento.

A fs. 56 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso esgrime la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y alega la infracción de los artículos 1 y 2 del Código Penal ya que se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para sancionarla penalmente, aplicándose erróneamente los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000, en relación con los incisos noveno y décimo del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Afirma que el fallo estimó que la naturaleza de la droga incautada se probó con el reconocimiento hecho por el imputado, lo informado por los funcionarios policiales, las conclusiones vertidas en estrados por la perito que realizó el análisis químico, más el contenido del Reservado 12655-2014, que permiten colegir que la sustancia incautada en poder del adquirente correspondió a cocaína. Adicionalmente, los sentenciadores dejaron constancia que entienden que para satisfacer el presupuesto jurídico en estudio basta

con acreditar la presencia de una sustancia ilícita sujeta a la normativa aludida, pudiendo prescindir de su valoración o pureza, y señalaron que bajo esa perspectiva, exigir la determinación de la pureza de la droga como presupuesto de configuración del delito implicaría desnaturalizarlo, puesto que se trata de uno de peligro abstracto.

Estima que tales razonamientos afectan al principio de lesividad que exige que la conducta imputada sea capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos tales que la intervención del Derecho Penal se encuentre legitimada, ya que la ausencia de la determinación de pureza de la sustancia impide considerarla de aquellas previstas en el artículo 1 de la ley del ramo, siendo imposible predicar que constituya el objeto material prohibido por el legislador, y alega que el delito en examen es de peligro concreto porque en forma mediata protege bienes jurídicos individuales, pero inmediatamente se refiere a bienes jurídicos supraindividuales: la salud pública, y en ese estatus es un delito que requiere un peligro cierto y concreto para ser estimado típico, en cuanto se trate de una sustancia capaz de generar graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, o difusión incontrolable, situaciones que no se presentan en este caso, y precisa que esa es la razón por la cual los protocolos de análisis de droga son expresamente exigidos por la legislación.

Indica que la errónea interpretación del derecho influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, causando perjuicio al haberse dictado sentencia

condenatoria en circunstancias que el acusado debió ser absuelto. Por ello solicita se invalide la sentencia y se dicte separadamente una de reemplazo absolutoria.

Segundo: Que el motivo de invalidación alegado por la defensa, de conformidad al artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal, ha sido confiado excepcionalmente al conocimiento de esta Corte Suprema en el evento que, con ocasión de dicha causal, se invoquen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores sobre la cuestión de derecho planteada en el recurso, lo que en la especie se demuestra con los pronunciamientos que se acompañan a la presentación en análisis, contenidos en las sentencias Roles N°s. 356-2013 y N° 1653-2014 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de veintidós de abril de dos mil trece y veintiuno de noviembre de dos mil catorce, respectivamente, y Rol N° 613-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de tres de mayo de dos mil trece, que postulan la tesis 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 estupeficientes 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 fallos dictados en los autos Rol 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, y Rol

N° 258-2013 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de ocho de abril de dos mil trece, avalan la postura de que la pureza de la droga no es un elemento del tipo penal.

Tercero: Que los hechos establecidos por el considerando noveno de la sentencia recurrida son los siguientes:

“El día 15 de agosto de 2014, aproximadamente a las 00:10 horas, Bernardo Segundo Carrillo Mella, fue sorprendido por personal policial en momentos en que, desde su domicilio ubicado en Pasaje Lilen N° 14171, comuna de La Pintana, transfirió droga a Manuel Alejandro Ayala Palma, consistente en dos envoltorios contenedores de 1 gramo de cocaína. Es así como en virtud de la flagrancia funcionarios policiales ingresaron al domicilio individualizado, sorprendiendo en su interior a Bernardo Segundo Carrillo Mella, quien tenía en su poder tres envoltorios contenedores de 3,5 gramos de cocaína base”.

Cuarto: Que tales hechos se calificaron como constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, acudiéndose en el basamento décimo segundo, para establecer el objeto material del tipo, a la admisión hecha por el imputado en cuanto a tratarse de cocaína, lo informado por los funcionarios aprehensores, a lo que suma lo informado y concluido por la perito Fuentes Azócar unido al contenido del Reservado 12655-2014, lo que le permite colegir que la sustancia incautada en poder del adquirente correspondió a cocaína, sustancia que se encuentra sometida al control de la Ley N° 20.000 y su reglamento, que en

palabras de la experta posee un alto poder destructivo para la salud física y mental de las personas.

Sostiene además que para satisfacer el presupuesto jurídico en estudio basta con acreditar la presencia de una sustancia ilícita sujeta a la normativa aludida, pudiendo prescindir de su valoración o pureza, perspectiva bajo la cual entiendo que exigir la determinación de esa pureza de la droga como presupuesto de configuración del delito implicaría desnaturalizarlo, puesto que se trata de uno de peligro abstracto. Prosigue indicando que mediante el tipo se castiga la existencia de un riesgo que puede ocurrir, sin necesidad de exigir presupuestos de verificación en la lesión del bien jurídico que se cautela, por lo que no corresponde añadir exigencias adicionales que puedan alterar sustancialmente su naturaleza jurídica.

Quinto: 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, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a “pequeña cantidad”, con-

cepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado, aún desconociéndose su concentración, fue cocaína base, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta la evidencia producida en juicio, de la que cabe destacar las pruebas de orientación química y el protocolo de análisis de las muestras incautadas, que incluye el informe de sus efectos y peligrosidad para la salud pública, documentos cuyas conclusiones fueron refrendadas por la declaración de la perito en estrados.

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. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 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 –en el estado de clorhidrato o base– 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.

Sexto: 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 éste 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 base, 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 y que, en el caso de estos antecedentes, no fue materia de discusión.

Séptimo: Que en mérito de lo razonado, es posible concluir que los sentenciadores han efectuado una correcta aplicación del derecho en el caso en comento, al estimar que los hechos acreditados encuadran en el tipo penal previsto en el artículo 4 de la Ley N° 20.000, siendo por ello constitutivas de delito, conforme con su definición

general dada por los artículos 1 y 2 del Código Penal, de modo que el recurso de nulidad será desechado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Bernardo Segundo Carrillo Mella en contra de la sentencia de diecisiete de julio de dos mil quince, escrita de fojas 1 a 7 vuelta de estos antecedentes, en la causa Ruc N° 1400783963-5, Rit N° 221-2014 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Juica y Künsemüller, quienes estuvieron por acoger el recurso de nulidad, invalidando la sentencia recurrida y dictando otra de reemplazo que absuelva al acusado, para lo cual tuvieron en consideración lo siguiente:

1°.- Que esta Corte ha señalado previamente 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 obligación de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma, enmienda 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), sugerida a su vez por el propio Ministerio Público (Historia de la Ley N° 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional, páginas 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 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 el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito 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 expresar la composición y grado de pureza del producto

examinado. De modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material, como lo ha sostenido esta Corte en reiteradas sentencias.

3°.- Que, conviene tener presente que según la mejor doctrina 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)

Así, dentro de la pluralidad de funciones del bien jurídico, cabe destacar, por su especial trascendencia –en el caso que nos ocupa– la de garantía; esto es, 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: el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, 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 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. (Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65).

El principio de “lesividad” –que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico– 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, como lo hacen los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000. En síntesis, la acción humana sólo puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico (W. Hassemer, Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, 1984, p. 37).

4°.- Que tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública –objeto material de la acción– derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

En esta línea, 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 del estupefaciente, 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, por consiguiente, 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 N° 4215-12, de 25 de julio de 2012, 21599-2014 de 01 de septiembre de 2014, 25488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril y 3707-2015 de 28 de abril, ambas de 2015, entre otras). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan 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 total incautada correspondió a 4,5 gramos netos de un compuesto que se dice ser cocaína base. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con algún ingrediente de “corte”, ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para

la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que el acusado mantenía 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, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

En tales condiciones, y “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar liberada de amenaza penal” (W. Hassemer, cit., p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley, de modo que al entender los sentenciadores que los hechos acreditados permitían establecer la concurrencia del citado tipo penal, incurrieron en un error de derecho con sustancial influencia en lo dispositivo del fallo que amerita acoger el recurso.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del fallo y la disidencia a cargo del Ministro Sr. Juica.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Julio Miranda L. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Rol N° 9651-2015.