

17. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

MICROTRÁFICO

I. 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. II. VOTO DISIDENTE: PUREZA DE LA DROGA INCAUTADA NO CONSTITUYE UNA EXIGENCIA DEL TIPO PENAL. PROTOCOLO DE ANÁLISIS DE LA PUREZA DE LA DROGA PERMITE AL JUEZ TENER UN MEJOR CONOCIMIENTO DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA DROGA INCAUTADA.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema acoge el recurso deducido, con voto de disidencia, y dicta sentencia de reemplazo.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

ROL: *24087-2015, de 29 de diciembre de 2015*

PARTES: *Ministerio Público con Sergio Becerra Escobar*

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

DOCTRINA

- 1. 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 5° y 6° de la sentencia de nulidad)

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 dañinidad 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 dañinos, debe quedar liberada de amenaza penal. (Considerandos 8° a 10 de la sentencia de nulidad)

- II. (Voto disidente) *El delito del artículo 4° de la Ley de Drogas, el microtráfico sólo requiere que el objeto material lo constituyan pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en el artículo 1° incisos 1° o 2°, 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 2° de la disidencia de la sentencia de nulidad)

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. (Considerando 3° de la disidencia de la sentencia de nulidad)

Cita online: CI/JUR/8220/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 1°, 4°, 43 de la ley N° 20.000; 1° del D.S. N° 867 (19/02/2008) Ministerio del Interior; Reglamento de la Ley de Drogas.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA
CORTE SUPREMA SEGUNDA SALA (PENAL) ROL 24087-2015

GUILLERMO CHAHUÁN
Universidad de Chile

Al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que acogió la solicitud de extradición formulada por la República Argentina, la Excma. Corte Suprema de Chile (en adelante “CS”) calificó al procedimiento de extradición como un “ante-juicio”, en el que

“sólo se determina la concurrencia de ciertos requisitos previstos por el legislador, por lo que la naturaleza jurídica del procedimiento que interesa responde en esencia a un acto estatal de cooperación penal internacional, y en ningún caso a un proceso para el juzgamiento de una persona” (énfasis agregado; Considerando Cuarto).

La verificación de esos requisitos, ¿es un procedimiento de chequeo formal de determinadas condiciones o más bien se trata de una decisión jurisdiccional en base a elementos de prueba que deben obrar en el proceso? La respuesta correcta, según la ley chilena, es la segunda.

El artículo 449 del Código Procesal Penal (en adelante “CPP”) establece los requisitos referidos. Y en la letra c) dispone que debe verificarse “*que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen*” (énfasis agregado). A su vez, el artículo 248 letra b) CPP establece que el Ministerio Público deducirá acusación cuando “*estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma*” (énfasis agregado). Es decir, la ley nacional establece que en las extradiciones pasivas el adjudicador debe realizar un análisis de plausibilidad de la imputación (si en Chile se deduciría acusación por los mismos hechos). Y en Chile se deduce acusación cuando el persecutor, quien investiga de acuerdo al principio de objetividad, alcanza un estado de convicción determinado (fundamento serio) respecto de la participación punible de una persona en un hecho específico.

La regulación recién comentada constituye un establecimiento expreso de un estándar de convicción que debe alcanzar el adjudicador en base a los antecedentes que obren en un proceso. Que la ley establezca un estándar de convicción no significa que la determinación judicial sea la propia de un veredicto de absolución o condena, y por ello exista un riesgo de doble juzgamiento (riesgo que observa la CS en el Considerando Cuarto).

El establecimiento de diversos estándares de convicción –distintos al *más allá de toda duda razonable* del artículo 340 CPP– no es ajeno a nuestro sistema procesal penal. Basta mirar el estándar más laxo establecido en el artículo 140 CPP, aplicable a toda medida cautelar (por ejemplo, los antecedentes que permitieren *presumir fundadamente* la participación del imputado), o el estándar más elevado del artículo 250 letra b) CPP (apareciere *claramente establecida* la inocencia del imputado). Ello demuestra que no por hablar de un estándar de convicción que debe ser alcanzado significa que se trate de “juicios orales” en los que se decida la inocencia o culpabilidad de un imputado.

Esto ha sido en algunos casos⁶ tímidamente reconocido por la jurisprudencia de la CS, y en otras situaciones de manera más evidente. En este último sentido, cabe

⁶ Resolución dictada en causa NIC 2700-2013, CS, 21 de agosto de 2013; Considerando Undécimo: “*Que de los elementos descritos precedentemente es dable concluir que el requerido está directamente vinculado a los hechos denunciados, estimándose por este Juez que en este proceso de extradición pasiva existen antecedentes idóneos y de valor probatorio suficiente, para presumir que en Chile se deduciría acusación en su contra por los hechos que se le atribuyen, en los términos*”

destacar la resolución dictada en causa NIC 6695-2013, de fecha 28 de octubre de 2013: “[...] *que los elementos esbozados resultan idóneos, pertinentes y satisfactorios al nivel de convicción que impone la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal y que habría conducido a formular acusación en nuestro país contra el imputado*” (énfasis agregado; Considerando Noveno).

Al hablar de un nivel de convicción que debe alcanzar el adjudicador –formulado como “*si de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación*”– quiere decirse que no basta con que la sola relación de hechos del requerimiento de extradición sea constitutivo de delito. No es suficiente con que el mero relato de hechos sea constitutivo de delito, como sí basta en el análisis de admisibilidad de una querrela que realiza un Juzgado de Garantía (artículo 114 letra c) CPP). Por el contrario, es necesario que se aporte prueba que permita arribar a la convicción que exige la ley, es decir, es imperativo acreditar que la imputación formulada en el requerimiento de extradición tiene una base sólida en la realidad.

Lograr la convicción que requiere el artículo 449 letra c) CPP es carga del Estado requirente. Para ello, las partes rinden prueba en una audiencia especialmente destinada a tales efectos, regulada en el artículo 448 CPP. Llama la atención que aquí el CPP habla derechamente de prueba (testimonial, pericial o documental) y no de meros antecedentes, como lo hace a la hora de regular los presupuestos de la prisión preventiva, por ejemplo. La prueba se rinde en audiencia pública y en base a ello el tribunal toma una decisión.

Se trata, por cierto, de un estándar inferior al *más allá de toda duda razonable* (estándar de condena), o a la *inocencia claramente establecida* (estándar de sobreseimiento definitivo), mas superior al estándar propio de las medidas cautelares, que exige solo *humo de buen derecho* en base a meros antecedentes que consten en la carpeta de investigación.

En el caso de la extradición pasiva, la ley exige que se alcance el estándar con que el Ministerio Público, obligado a investigar de acuerdo al principio de objetividad, suele llevar a juicio a una determina persona porque se encuentra convencido de su participación punible en un hecho determinado. La configuración de este estándar es propio del trabajo jurisprudencial de nuestro máximo tribunal.

que señala el artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal, cumpliéndose de este modo con el requisito establecido en la letra c) del artículo 449 del mismo cuerpo legal, que hace procedente la extradición, sin que sea óbice para dar curso a ésta que exista certeza que con su mérito se obtenga una sentencia condenatoria en el país requirente o en Chile, por lo que no se dará lugar a las alegaciones de la defensa en este respecto, en cuanto refiere que los elementos probatorios allegados a la causa son insuficientes para dar por cumplido con esta exigencia legal” (énfasis agregado). En similar sentido, CS, causa NIC 5786-2012, de fecha 7 de septiembre de 2012.

I. SENTENCIA DE NULIDAD

Santiago, a veintinueve de diciembre de dos mil quince.

Vistos:

En esta causa Ruc N° 1400775915-1 y Rit N° 202-2015, el Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de treinta de septiembre del año en curso, condenó a Sergio Maximiliano Becerra Escobar a sufrir la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargos u oficios públicos 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 sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, cometido aproximadamente a las 17:30 horas del día 12 de agosto de 2014, en la comuna de Cerro Navia. Sustituye el castigo corporal por la remisión condicional de la pena, deja constancia del abono a considerar, decreta el comiso de las especies incautadas y exime al acusado del pago de las costas.

Contra esa resolución, la defensa del sentenciado dedujo un recurso de nulidad cuya copia rola a fojas 09, el que fue admitido a tramitación por resolución de fojas 140, fijándose a fs. 145 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento.

A fs. 149 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

Considerando:

Primero: Que el recurso esgrime únicamente la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del

Código Procesal Penal, y alega que el fallo desechó la solicitud de absolucón basada en la falta de informe del grado de pureza de la sustancia incautada, al estimar que si bien los informes periciales no lo determinan, la totalidad de la prueba documental y pericial establece que las ocho muestras corresponden en su integridad a cocaína o cocaína base, sin vestigios de estar mezcladas con otras sustancias inocuas que pudieran poner en duda su naturaleza estupefaciente o sicotrópica, de modo que están sujetas a la ley N° 20.000. Añade la sentencia que en esas circunstancias, no existiendo mezcla, la indeterminación de la pureza no resta al tráfico efectuado una real afectación del bien jurídico protegido, concurriendo en su conducta la antijuridicidad material que amerita su sanción.

Estima que tales razonamientos afectan al principio de lesividad, ya que la ausencia de la determinación de pureza de la sustancia impide estimar que la conducta desplegada sea una de aquellas previstas en el artículo 1° de la ley del ramo, siendo imposible predicar que constituya el objeto material prohibido por el legislador, esto es, que sean sustancias capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud y alega que el delito en examen es de peligro abstracto propio 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 de lesión, porque debe existir una lesión concreta para ser estimado típico, para lo cual la sustancia

debe generar graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, o difusión incontrolable, situaciones que no se presentan en este caso.

Hace presente, además, que los protocolos de análisis de droga son exigidos expresamente por el artículo 43 de la ley N° 20.000, instrumentos dentro de cuyas menciones se encuentra la determinación del grado de pureza, lo que es corolario de la necesidad que el acusador prueba la material peligrosidad de la misma; en este caso el elemento objeto de la pericia contenía cocaína y carbohidratos, sin determinar si la proporción de la primera era potencialmente peligrosa para la salud pública, infringiéndose el principio de ofensividad.

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 aluden a la

presentación en análisis, contenidos en las sentencias Rol N° 1653-2014 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de veintiuno de noviembre de dos mil trece, y Rol N° 945-2015 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de primero de julio de dos mil quince, que postulan la tesis que sin el elemento pureza de la droga los hechos indagados 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, el fallo dictado en los autos Rol N° 1044-2013 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de treinta de agosto de dos mil trece, avala la postura 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 12 de agosto de 2014, aproximadamente a las 17:30 horas, en la ribera del Río Mapocho, a la altura del N° 8149 de Avenida Costanera Sur, en la comuna de Cerro Navia, el acusado Sergio Maximiliano Becerra Escobar, transfirió a cambio de \$ 1.000 (mil pesos) un envoltorio contenedor de 0.2 gramos bruto de pasta base de cocaína a Juan Constancio Díaz. Asimismo, Becerra Escobar portaba para su comercialización 11 trozos de papel contenedores de 0,8 gramos neto de la misma droga y \$ 5.000 (cinco mil pesos) en efectivo, distribuidos en billetes de \$ 1.000 (mil pesos).

Junto a ello, el acusado Sergio Becerra Escobar mantenía en su domicilio,

ubicado en la Ribera del Río Mapocho a la altura del N° 8149, una cartera color café que en su interior había un calcetín con 04 trozos de papel cuadriculado de color blanco contenedores de 6,9 gramos neto de pasta base de cocaína, un segundo calcetín con 29 trozos del mismo papel de color blanco con 2,4 gramos neto de dicho estupefaciente y \$187.000 pesos en efectivo, distribuidos en billetes de distinta denominación.

En una habitación del inmueble, sobre una mesa, también mantenía 02 recipientes de loza, 01 cuchillo, 01 colador y 01 tijeras, todos con resto de pasta base de cocaína, un cuaderno con sus hojas recortadas y 03 trozos de papel cuadriculados; encontrándose sobre este mueble una bolsa transparente contenedora de 4,8 gramos neto de la referida sustancia, 05 trozos de papel cuadriculados contenedores de 0,2 gramos neto de dicha droga, 01 bolsa con 12 trozos de papel de color blanco contenedores de 0,7 gramos neto de pasta base de cocaína y la suma de \$ 15.000 (quince mil pesos) en efectivo, distribuidos en billetes de mil pesos”.

Cuarto: Que tales hechos se calificaron como constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, acudiéndose en el basamento octavo, para establecer el objeto material del tipo, a la prueba documental constituida por el Acta de Recepción N° 3936-2014, con la que se acredita que las sustancias incautadas fueron recibidas en el Servicio de Salud Metropolitano Oriente, el Reservado 12600-2014 de fecha 3 de septiembre de 2014 mediante el cual se remiten a

la Fiscalía Centro Norte los protocolos de análisis de las 8 muestras de polvo beige que da como resultado cocaína o cocaína base, y el informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de la cocaína base evacuado por el Instituto de Salud Pública. Desecha, a su turno, en el considerando duodécimo, la tesis absolutoria de la defensa basándose en que las sustancias que fueron analizadas químicamente, correspondían en su integridad a cocaína o a cocaína base, sin vestigios de estar mezcladas con otras sustancias inocuas que pudieran poner en duda su naturaleza estupefaciente o sicotrópica, por lo que todo el decomiso se encuentra sujeto a la ley N° 20.000, e incluido en el artículo 1 de su reglamento por su capacidad de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Quinto: Que esta Corte ya ha señalado sobre este tema 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, 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 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”.

Sexto: 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, entre otras, en las sentencias Roles N°s. 4215-2012 de 25 de julio de 2012, 21599-2014 de uno de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril, 3707-2015 de 28 de abril, 7222-2015 de veinte de julio y 8810-2015 de veinticinco de agosto, estas últimas de 2015.

Séptimo: Que, como señala Muñoz Conde, en la ciencia del Derecho Penal reina desde hace tiempo acuerdo en que el Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos (Prólogo al texto de Hernán Hormazábal, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Conosur, 1992). En consecuencia, la norma penal cumple una función protectora de bienes jurídicos, los que han de identificarse por el papel que desempeñan: son lo que fundamenta en primer término 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. (Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, 1999, p. 319).

Para cumplir su función protectora la ley eleva a la categoría de delitos, mediante su tipificación, aquellos

comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento (Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Temis, 1974, p. 49).

Dentro de la pluralidad de funciones del bien jurídico, cabe destacar, por su especial trascendencia, la de garantía, de manera que consistiendo el delito esencialmente en la lesión o puesta en peligro de los intereses jurídicamente protegidos, el poder punitivo del Estado queda sometido a determinados límites, conforme los cuales el legislador no puede castigar cualquier conducta sino solamente aquella que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos (Cobo del Rosal-Vives Antón. cit., p. 324). Una visión liberal del Derecho Penal debe atribuirse la tarea 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. Por ello, en la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos, en cuanto objetos de protección, cumplen una función básica, ya que constituyen el punto de partida del proceso de asignación de sentido de la prescripción de conducta. De este modo, para establecer si el comportamiento concreto ocurrido en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarlo desde el bien jurídico amparado por la norma de que se trata (Bustos Ramírez, Obras Completas, T. I, *Derecho Penal, Parte General*, p. 542).

Así, en la exégesis de la disposición punitiva los bienes jurídicos tienen una función básica, puesto que el proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. (Bustos-Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Trotta, 2006, p. 75). Para llevar a cabo el proceso de atribución, entonces (determinación de que una conducta realiza el tipo penal invocado) debe partirse necesariamente del bien jurídico protegido en el caso concreto y resolver si éste ha sido efectivamente lesionado o puesto en peligro por la acción realizada, de manera que 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, Matus, Ramírez, *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 cuya protección busca el legislador– 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. En síntesis, la acción humana sólo puede ser apreciada como injusto

punible si lesiona un bien jurídico (Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, 1984, p. 37)

Octavo: 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 jurídico de protección— 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 (SCS N° 4215-12, de 25 de julio de 2012). 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.

Noveno: Que en el caso que se revisa la sustancia total incautada correspondió a 15.9 gramos netos de un compuesto que se dice ser cocaína y cocaína base. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con algún ingrediente de “corte”, se impide 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.

Décimo: Que en estas condiciones, y “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañinos, debe quedar liberada de amenaza penal” (Hassemer, cit., p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley.

Undécimo: Que en mérito de lo razonado, es preciso 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 sólo la sentencia impugnada, mas no el juicio, desde que la motivación promovida 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 ninguna, 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 se acoge el recurso de nulidad

deducido por la defensa del acusado Sergio Maximiliano Becerra Escobar, y por lo tanto se anula la sentencia de treinta de septiembre de dos mil quince, escrita de fojas 114 a 128 vuelta de estos antecedentes, en la causa Ruc N° 1400775915-1, Rit N° 202-2015 del Primer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad, teniendo en consideración lo siguiente:

1° Que el hecho que se tuvo por establecido en el motivo noveno del fallo que se revisa y por el cual resultó condenado el acusado, 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 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. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado, aun desconociéndose su concentración, fue cocaína en estado de clorhidrato y en estado base, sustancias capaces de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio, consistente en el protocolo de análisis químico respecto de los Códigos Muestra 12600-2014-M1-8 a M8-8, que incluyen el informe de sus efectos y peligrosidad para la salud pública.

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 al 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 –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.

3° Que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la ley N° 20.000 –y respecto del cual se vale la 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.

Regístrese.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Juica, y de la disidencia, 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° 24087-2015.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, a veintinueve de diciembre de dos mil quince.

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 treinta de septiembre de dos mil quince pronunciada por el Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con excepción de sus fundamentos décimo a décimo octavo, que se suprimen. Se reproducen los basamentos quinto a décimo del fallo de nulidad que antecede.

Considerando:

1°) Que de los hechos que el tribunal ha dado por comprobados, cuya existencia y alcance no han sido controvertidos, aparece que la inexistencia de indicación sobre la pureza de la droga implica el incumplimiento de 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 especificar 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, subsecuentemente, 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 ende, 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 Sergio Maximiliano Becerra Escobar de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Pú-

blico de ser autor 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 del Ministro Sr. Brito, quien en consideración a lo expuesto en su disidencia del fallo de nulidad, estuvo por sancionar al imputado como autor del delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, en la forma que lo hace el fallo impugnado.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Juica, y de la disidencia, 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° 24087-2015.