

9. 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 ES ÚTIL PARA DETERMINAR SI SE TRATA DE UN CONSUMIDOR O DE UN TRAFICANTE.

HECHOS

Se deduce recurso de nulidad contra sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas. Analizado lo expuesto, la Corte acoge el recurso, con dos votos disidentes, dictando a continuación sentencia de reemplazo que absuelve a la imputada.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

Tipo: Recurso de nulidad (acogido).

Rol: 7482-2016, de 22 de marzo de 2016.

Partes: Ministerio Público con Carolina Rivas Seguel.

Ministros: Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Jorge Dahm O.

DOCTRINA

- 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 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 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. 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 3° de la disidencia de la sentencia de nulidad).

Cita online: CI/JUR/1837/2016

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

SOBRE EL PROTOCOLO DE ANÁLISIS QUÍMICO EN LA LEY N° 20.000 Y SU RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO

JAIME WINTER ETCHEBERRY
Universidad de Chile

Las dos sentencias de la Excma. Corte Suprema aquí comentadas¹ presentan soluciones contradictorias a un mismo asunto –cada una, también, con votos de minoría–, que es la relevancia del *protocolo de análisis químico* que establece el artículo 43 de la ley N° 20.000 en los siguientes términos:

“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”.

¹ SCS de 22 de marzo de 2016 rol N° 7482-2016 y SCS de 31 de marzo de 2016 rol N° 8148 de 2016.

La discusión se centra en los efectos de la ausencia del protocolo ahí exigido. Una primera postura considera que sin dicho protocolo no cabe dictar sentencia condenatoria, toda vez que sin éste no podría determinarse si la sustancia, por su pureza, representa un verdadero peligro para el bien jurídico. Así, en la SCS de 22 de marzo, el Excelentísimo Tribunal sostiene en su considerando 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 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 a la enjuiciada”.

Semejante consideración no puede ser tenida por correcta. Es cierto que la norma hace una referencia a la salud pública, que se ha interpretado normalmente como el bien jurídico protegido por la norma, sin embargo, la noción de salud pública, en realidad, debe entenderse como referencia a la salud individual: no hay tal cosa como una salud pública, sino que suma de salud individual². En ese sentido, los efectos tóxicos o grave peligro para la salud al que se refiere el art. 1º de la ley N° 20.000 no representan un concepto que deba ser determinado siempre en el caso concreto, como parece advertirlo la Corte Suprema, sino que tiene que ver con la determinación de peligrosidad de la sustancia misma.

No se equivoca, eso sí, el sentenciador en cuanto a que cantidades realmente ínfimas del producto –sin que haya antecedentes de una división– no tendrán ninguna relevancia en la medida en que su consumo individual no pueda generar en sí mismo ninguno de los efectos esperados y latentes de la sustancia (casos en que ni siquiera estamos ante la figura de consumo personal). Sin embargo, estos son sólo casos extremos. Como bien advierte la SCS de 31 de marzo en su considerando quinto:

“la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal, desde que lo que basta para encontrarnos ante una sustancia prohibida es que ésta sea productora de dependencia física o síquica, sea o no capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, y que se encuentre incorporada en el reglamento de la ley”.

² Vid. HEFENDEHL, Roland, El bien jurídico como eje material de la norma penal, en HEFENDEHL, Roland (Editor), *La teoría del bien jurídico* (Madrid-Barcelona, 2007), pp. 188 y ss.; en el número anterior de esta revista resulta esclarecedor el comentario de Medina referido también a la ley N° 20.000: MEDINA, Gonzalo, *Comentario de Jurisprudencia*. Corte Suprema Segunda Sala Penal rol N° 15920-2015, en *Revista de Ciencias Penales* 1 (2016).

Sin embargo, el error está en considerar que la prueba de esa diferenciación sólo puede provenir del protocolo químico. La norma del artículo 43 busca generar una herramienta útil al Ministerio Público, así como ayudar a la generación de certeza, sin embargo, no incluye ni reglas que modifiquen el tipo o la regulación de la prueba: otorga simplemente una herramienta probatoria.

Un elemento adicional a considerar es que el artículo 4° de la ley N° 20.000 hace referencia a la calidad o pureza de la droga a propósito de los elementos para considerar que no estamos frente a un caso de consumo personal (inc. 3°). Sin embargo, la segunda parte de la norma es la que resulta clave, en cuanto también considera relevantes que las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar. La forma correcta de entender esta norma es, por ejemplo, que la droga sea de tal pureza que la necesidad de mezclarla muestre que en realidad se debiera convertir en una cantidad importante de dosis. Así, la pureza o calidad entrará en juego solamente cuando la apariencia de una dosis de ser para consumo personal resulte desvirtuada, sin perjuicio de que también pueda tener un rol para diferenciar entre tráfico y microtráfico. En ninguno de estos casos, sin embargo, es un elemento único. Si se incautan varias toneladas de cocaína, difícilmente e necesitará examen de pureza para saber que estamos ante tráfico. Igualmente, quien tiene varias dosis de la droga en la vía pública difícilmente podrá ser considerado como efectuando consumo personal, sin importar la pureza.

CORTE SUPREMA

Santiago, a veintidós de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1500176825-2 y RIT N° 209-2015, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Los Ángeles, por sentencia de veintinueve de enero del año en curso, condenó a Carolina Isabel Rivas Seguel a sufrir la pena efectiva de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de una multa de una Unidad Tributaria Mensual, por su responsabilidad como autora del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes, cometido en la comuna

de Mulchén, el 19 de febrero de 2015. Efectúa los abonos pertinentes, dispone el comiso de las especies incautadas y exime del pago de las costas a la acusada.

La defensa de la sentenciada, dedujo recurso de nulidad que fue admitido a tramitación por resolución de veinticinco de febrero pasado, fijándose ese mismo día la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento. También 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 la infracción de los artículos 1°, 4°, 42 y 43 de la ley N° 20.000, artículos 1° y

2° del Código Penal e incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Sostiene que el objeto material del tipo descrito en el artículo 4° de la ley N° 20.000, hace referencia a que las sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas deben ser productoras de dependencia física o psíquica o tratarse de materias primas que sirvan para obtenerlas, en consonancia con su artículo 1°. Por otro lado, para determinar el efecto estupefaciente de una sustancia, el artículo 43 de esa ley, impone la elaboración de un protocolo de drogas que, entre otros elementos, debe contener el grado de pureza de la sustancia, elemento utilizado para discernir el delito de tráfico frente al cual se está, pero que además se alza como un factor determinante de la lesividad de la conducta desarrollada y si es o no digna de reproche penal, el que debe ser evaluado sobre la sustancia efectivamente incautada, que entonces, requiere para ser ilícita, contenga componentes tóxicos y psicoactivos asociados para que produzcan graves efectos y revistan peligro para la salud pública.

Considera que los hechos acreditados en la sentencia no son constitutivos de delito, castigándose como tal una conducta que no lo es, pues carece de la necesaria antijuridicidad material como para ser sancionada en esta sede, tanto desde el punto de vista de su cantidad, como de su calidad, en particular, porque la ausencia de pureza impide considerar a la misma como de aquellas previstas en el artículo 1° de la ley N° 20.000, ya que no se puede

predicar a su respecto que constituya el objeto material prohibido por el legislador, coligiendo, entonces, la aplicación errónea del artículo 1° del Código Penal, circunstancias que además afectan el principio limitador del *ius puniendi* estatal, cual es el de lesividad, conforme al cual, la conducta debe ser capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos tales que la intervención del derecho penal, se encuentre legitimada, entendiéndose que el tipo del artículo 4° de la ley aludida, protege como bien jurídico tutelado, la salud pública.

Indica que la errónea interpretación del derecho influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, causando perjuicio al haberse dictado sentencia condenatoria en circunstancias que la acusada debió ser absuelta. 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 la sentencia rol N° 356-2013 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de veintidós de abril de dos mil trece, 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 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 77-2013 de la Corte de Apelaciones de Iquique, de dos de julio de dos mil trece, y rol N° 94-2015 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de once de marzo de dos mil quince, avalan la postura que la pureza de la droga, no es un elemento del tipo penal.

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

“El día 19 de febrero de 2015, a las 19:25 horas, la encartada ya mencionada, encontrándose en el domicilio ubicado en Olga Poblete 1193, Mulchén, portó y vendió a un tercero un contenedor de pasta base de cocaína con 200 miligramos.

El mismo día 19 de febrero de 2015, a las 21:45 horas, Carabineros, en cumplimiento de una orden de entrada registro e incautación, sorprendió a la imputada Carolina Isabel Rivas Seguel, al interior del domicilio ya mencionado, poseyendo y guardando un estuche contenedor 77 envoltorios de pasta base de cocaína, especie que se encontraba sobre el velador de uno de los dormitorios del inmueble”.

Cuarto: Que tales hechos, en los que expresamente se excluyó aquella parte contenida en la imputación fiscal, relativa al pesaje de este segundo hallazgo; fueron calificados como constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, acudiéndose en el basamento noveno, para establecer el objeto material del tipo, a los testimonios de los aprehensores que relataron los resultados de las pruebas de campo correspondientes, y el protocolo de análisis químico, donde consta la descripción de la sustancia incautada correspondiente al envoltorio objeto de la transacción con el agente revelador, descrita como un polvo beige, de un peso neto de 0,10 gramos, sometida a prueba Scott y cromatografía en capa fina, resultando una composición de cocaína, en cantidad insuficiente para valorar, que es a lo que esta Corte debe estarse en cuanto pesaje, en atención a aquella preterición advertida al inicio de este motivo.

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 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”.

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 en las sentencias rol N° 4215-2012 de 25 de julio de 2012, 21599-2014 de uno de septiembre de 2014, 25488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril, 3707-2015 de 28 de abril, 7222-2015 de veinte de julio, 8810-2015 de veinticinco de agosto, todas de 2015, entre otras.

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 dañabilidad social de la conducta atribuida a la enjuiciada.

Noveno: Que en el caso que se revisa la sustancia total incautada, conforme al hecho que se tuvo por acreditado por el tribunal, correspondió a 0.10 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 la acusada portó y vendió a un tercero una dosis de “algo” en lo que había cocaína, pero en una proporción y con un potencial de dañabilidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, racionio 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” (W. 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 de la acusada Carolina Isabel Rivas Seguel, y por lo tanto se anula la sentencia de veintinueve de enero de dos mil dieciséis, en la causa RUC N° 1500176825-2, RIT N° 209-2015 del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Los Ángeles, y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista, pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Se previene que el Ministro Sr. Cisternas, que concurre al fallo, comparte los considerandos cuarto a undécimo, en razón del tipo de droga incautada.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sr. Brito y Sr. Dahm, quienes fueron del parecer de rechazar el recurso de nulidad presentado por la defensa, en base a las siguientes consideraciones:

1° Que de la descripción del injusto de tráfico de pequeñas cantidades de drogas que hace el artículo 4° de la ley N° 20.000, es posible advertir que, si bien el precepto alude a la pureza del estupefaciente, no lo hace a propósito de la figura típica, sobre la cual el legislador sólo se refiere a una “pequeña cantidad” del alucinógeno, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia.

2° Que resulta inconcuso que lo incautado, aun desconociéndose su concentración, fue cocaína base, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud conforme con el reglamento de la ley, dando cuenta de ello la evidencia producida en juicio, esto es, el protocolo de análisis

de las muestras incautadas que revela la presencia de sus principios activos.

3° Que en ese sentido, importa tener en cuenta que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la ley N° 20.000 –norma de la 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 en la medida que el imputado pretenda exculparse alegando que aquella está destinada a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, puesto que para el análisis de la concurrencia de esta causal de justificación, los sentenciadores deberán atender a la calidad o pureza del estupefaciente poseído, transportado, guardado o portado, puesto que dicho elemento

es crucial para determinar si es posible racionalmente suponer que aquél está destinado a tales fines, siempre que previamente se argumente dicho consumo como defensa. De este modo, el elemento que en el informe se echa de menos tiene relevancia a la hora de decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que contempla el inciso final del artículo 4° de la ley N° 20.000, incorporándolo como un elemento de juicio más y que, en el caso de estos antecedentes, no fue materia de discusión.

4° 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 constitutivos de delito, conforme con su definición general dada por los artículos 1° y 2° del Código Penal.

Regístrese.

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

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O.

Rol N° 7482-2016.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, a veintidós de marzo de dos mil dieciséis.

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 enero de dos mil dieciséis pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Los Ángeles con excepción de sus fundamentos séptimo a decimoséptimo, 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 Carolina Isabel Rivas Seguel de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Público de ser autora del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicos, 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 Sr. Brito y Sr. Dahm, quienes fueron del parecer de rechazar el recurso de nulidad presentado por la defensa, conforme fue expuesto precedentemente, resultando por tanto improcedente la dictación de esta sentencia de reemplazo.

Regístrese y devuélvase. Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la disidencia, sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O.

Rol N° 7482-2016.