

**2. EXCMA. CORTE SUPREMA, POR SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2017**

**Que inició en causa Rol N° 15.607-2017, acogió recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundado en la causal la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, en tanto, el comportamiento del enjuiciado estuvo ausente de lesividad.**

**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

**Texto de la sentencia:**

Santiago, trece de junio de dos mil diecisiete.

**Vistos:**

En esta causa RUC N° 1610020656-4, RIT N° 69-2017 del Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Talca, por sentencia de diecisiete de abril de dos mil diecisiete, se condena a PFPV, ADCMH y CANR a sufrir cada uno de ellos la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de tres unidades tributarias mensuales y accesoria de suspensión de cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autores del delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, perpetrado los días 9 de junio de 2016, respecto de los dos primeros, y el 7 de junio del mismo año, en lo tocante a la última, en la comuna de Constitución.

La defensa de los sentenciados PFPV, ADCMH y CANR dedujo recurso de nulidad en contra de la condena por tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, el que fue admitido a tramitación, fijándose la vista de la causa para

el día veinticuatro de mayo pasado, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy.

### Considerando:

**Primero:** Que el recurso esgrime la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues a juicio de la Defensa, se ha producido una errónea aplicación del artículo 1° del Código Penal en relación al artículo 4° de la Ley 20.000, al considerar como delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material para sancionarle penalmente. Señala que la falta de determinación de la pureza de la droga incautada impedía al Tribunal dar por establecida la antijuridicidad material de la conducta acreditada, toda vez que no era posible determinar si esa sustancia era capaz de provocar los efectos a los que alude el artículo 1° de la Ley N° 20.000. En efecto, la exigencia de indicar la pureza de droga se encuentra establecida en el artículo 43 de la Ley N° 20.000, que al momento de referirse al correspondiente informe pericial señala que éste debe contener un protocolo de análisis químico, en el que ordena describir, entre otras cosas, el grado de pureza de la sustancia incautada. Aquello se relaciona con el artículo 1° de la misma ley, que, respetando la función de protección de bienes jurídicos que compete al Derecho Penal, exige para imponer las penas que establece que las sustancias sean aptas para producir graves efectos tóxicos o daños considerables para la salud. Esta última cuestión se explica porque el bien jurídico eminentemente protegido en esta ley es la salud pública. De ahí la exigencia de ese antecedente –la determinación de la pureza de la droga–, permite establecer la capacidad o idoneidad de la sustancia para afectar ese bien y, consecuentemente, el establecimiento de la dañosidad social de la conducta desplegada por los acusados.

Concluye que la ausencia de composición y pureza de la sustancia impide considerar a la misma como de aquellas previstas en el artículo 1° de la Ley 20.000 y no se podría predicar a su respecto que constituyen el objeto material prohibido por el legislador, aplicándose erróneamente el artículo 1° del Código Penal en relación al artículo 4° de la Ley 20.000, afectando consecuentemente al principio limitador del *ius puniendi* estatal, el principio de lesividad, que exige que la conducta debe ser capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos tales que la intervención del derecho penal se encuentre legitimada.

Solicitó que se invalide la sentencia, y sin nueva audiencia pero separadamente, se dicte sentencia de reemplazo que absuelva a sus representados como autores del delito de tráfico ilícito en pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes.

**Segundo:** Que el motivo de invalidación alegado por la defensa, de conformidad al artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal, ha sido confiado excep-

cionalmente 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 resoluciones que postulan tanto la tesis que sin el elemento pureza de la droga no puede determinarse la antijuridicidad material de la conducta incriminada, como las que avalan la postura que la pureza de la droga no constituye un elemento del tipo penal.

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

“I. Funcionarios de la Policía de Investigaciones de Constitución, en el contexto de una investigación, efectuaron diligencias de vigilancia, en la Plaza de Armas de esa ciudad, en distintas horas de los días 3, 6, 7 y 9 de junio de 2016, fue así como el día 7 del señalado mes, observaron que la acusada CANR, vendió dos envoltorios de *cannabis sativa*, cuyo peso total fue de 0,7 gramos neto, a dos sujetos que resultaron ser RV e IB.

II. En virtud de la misma investigación y vigilancia, premunidos de las correspondientes órdenes, el día 9 de junio de 2016, los aludidos funcionarios procedieron a la detención de PFPV y ADCMH, oportunidad en que encontraron en poder del primero, un envoltorio de papel revista, contenedor de 0,2 gramos neto de *cannabis sativa*; y, de la segunda, dos envoltorios de papel, que contenían *cannabis sativa*, cuyo peso total fue de 0,5 gramos neto”.

**Cuarto:** Que tales sucesos se calificaron como constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en la modalidad de pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1°, ambas disposiciones de la Ley 20.000, en grado consumado.

En cuanto a la exigencia del análisis de pureza de la droga, los sentenciadores señalaron que con la prueba de cargo incorporada, testimonial, documental y pericial, se acreditó suficientemente que las sustancias incautadas correspondían a una pequeña cantidad de *cannabis sativa*, aludiendo a las Actas de recepción de droga N°s 1668/16, 1669/16 y 1684/16 del Servicio de Salud de Maule, que dan cuenta de la recepción de “hierba seca elaborada, color verde, sumidades floridas”; Reservado 4000 del Director del Servicio de Salud de Maule por el que se remiten los Protocolos de Análisis 2170, 2171, 2172, 2173, 2196 y 2197, todos de 1 de julio de 2016, evacuados por el perito químico del Servicio de Salud de Maule, que corresponden al análisis de la droga decomisada, concluyendo que corresponde a *cannabis sativa*; e Informe sobre Tráfico y Acción de *Cannabis* en el Organismo.

**Quinto:** Que esta Corte ha señalado sobre lo planteado en el recurso 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”.*

**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 especificar 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, 21.599-2014 de 1 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, 5672-2015 de cuatro de junio, 5853-2015 de 9 de junio, 8810-2015 de veinticinco de agosto, todas de 2015; 14865-2016 de 6 de abril, 17095-2016 de 21 de abril y 27073-2016 de 21 de junio, todas de 2016; 95178-2016 y 97785-2016 de 3 de enero, 1720-2017

de nueve de marzo, 4984-17 de veintitrés de marzo y 60172017 de seis de abril, todas de 2017.

**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). 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).

Para llevar a cabo el proceso de atribución (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 (Politoff L., Matus A., Ramírez G., *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte*

*General*, 2004, p. 65). En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate (Bustos-Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Trotta, 2006, pág. 75).

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.

Esta Corte ha resuelto que si en el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no se 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 (SSCS Rol N° 4215-12 de 25 de julio de 2012, Rol N° 21.599-2014 de 1° de septiembre de 2014, Rol N° 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, Rol N° 3421-2015 de 14 de abril de 2015, Rol N° 3707-2015 de 28 de abril de 2015 y Rol N° 19.722-15 de 9 de diciembre de 2015). 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 y, por ende, respecto de la existencia del delito.

**Noveno:** Que en el caso que se revisa la sustancia total incautada correspondió a 1,4 gramos netos de un compuesto que se dice contener *cannabis sativa*.

Si bien la marihuana es singularizada como un estupefaciente que no sería objeto de procesos químicos en los que se le agreguen distintos elementos o sustancias, la ley no atiende a esta circunstancia para otorgarle una regulación especial. En efecto, el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no establece excepción alguna en cuanto a las sustancias a las que debe realizarse el análisis químico, el que debe cumplir, entre otras exigencias, con el señalamiento de su grado de pureza, de modo que el procedimiento técnico ha de emplearse cualquiera que sea el estupefaciente decomisado. De contrario, el requerimiento que el protocolo que se realice a la marihuana lo sea en idéntica manera que a los otros estupefacientes es posible desprenderlo de lo previsto en el artículo 41 del mismo cuerpo normativo, que ordena, en términos generales, que las sustancias y especies a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8° y, en su caso, las materias primas empleadas en su elaboración –dentro de las que se encuentra la *cannabis sativa*–, que sean incautadas en conformidad a la ley, deberán ser entregadas al Servicio de Salud que corresponda a fin de elaborar el análisis de rigor, sin establecer exclusiones.

Lo anterior es concordante con la historia legislativa del artículo 43 recién citado, puesto que allí consta que el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes informó que la propuesta sugerida por el Ministerio Público la estimaba conveniente, “porque permitiría mejorar la calidad de la información que emite el Instituto de Salud Pública, al extender las exigencias que se hacen en el artículo 5° respecto de los inhalantes a todas las demás drogas (naturaleza, contenido, composición y efectos tóxicos)...”, referencia esta última que pone de manifiesto el carácter general de esos requerimientos e impide una discriminación entre sustancias estupefacientes para excluir alguna del informe sobre pureza.

**Décimo:** Que en estas condiciones, y “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, 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, por ausencia de lesividad social del comportamiento enjuiciado y, por ende, de bien jurídico amagado.

**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 a 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 los acusados PFPV, ADCMH y CANR y, por lo tanto, se anula la sentencia de diecisiete de abril de dos mil diecisiete en la causa RUC N° 1610020656-4, RIT N° 69-2017 del Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Talca, y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

**Acordada la decisión de acoger el recurso de nulidad con el voto en contra de los Ministros Sr. Brito y Dahm** quienes fueron de parecer de desestimarlos teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

1° Que el hecho que se tuvo por establecido en el 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 *cannabis sativa*, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio.

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 20.000. La *cannabis sativa* se encuentra contemplada en el artículo 1° del citado Reglamento entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

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

