Santiago, veintisiete de febrero de dos mil diecinueve.

Vistos:

En esta causa RIT N° 391-2018 y RUC N° 1800140644-9, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, por sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho, se condenó a **Alexis Fernando Humeres Salgado,** a cumplir las penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y multa de seis unidades tributarias mensuales y, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; como autor de un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas del artículo 4° de la Ley N° 20.000, consumado, cometido el 8 de febrero de 2018, en Valparaíso.

Se le otorga la sanción sustitutiva de reclusión parcial de la pena por el término de quinientos cuarenta y un días, bajo la modalidad de reclusión parcial nocturna domiciliaria.

En contra de la decisión la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este Tribunal y se conoció en la audiencia pública celebrada el once de febrero del año en curso, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y considerando:

Primero: Que el recurso se sustenta en la causal de nulidad contemplada en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto, por cuanto se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para sancionarla penalmente, aplicándose equivocadamente los artículos 1º y 4°

LYDSJHXYJR

de la ley 20.000, en relación a los incisos noveno y décimo del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

Expresa que no se logró acreditar la aptitud para establecer que la sustancia incautada tenga las consideraciones de producir los graves efectos tóxicos o dependencia física o psíquica que requiere el artículo 4 en relación con el artículo 1°, en función de las exigencias de prueba que se requiere conforme al artículo 43 de la Ley 20.000, en torno a la aptitud de esa sustancia para poder acreditar tal circunstancia. Por ello, desde esa perspectiva no se ha podido acreditar que las sustancias afecten la salud pública.

En caso sub-lite la ausencia en el protocolo de análisis del grado de pureza o de concentración de los principios psicoactivos de la sustancia incautada, impide considerar que la conducta desplegada por su representado sea una de aquellas previstas en el inciso 1° de la Ley N° 20.000, siendo imposible predicar a su respecto que la sustancia incautada constituya el objeto material prohibido por el legislador, esto es, que sea una sustancia capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Por ello, la aplicación del artículo 1° en relación con el 4° de la ley 20.000, vulnera el principio limitador del ius puniendi estatal, la lesividad, que implica necesariamente que la conducta debe ser capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos tales que la intervención del derecho penal se encuentre legitimada.

Concluye solicitando que se acoja el recurso, se anule únicamente la sentencia, y sin nueva audiencia pero separadamente, se dicte sentencia de reemplazo de naturaleza absolutoria, respecto del delito de tráfico ilícito en pequeñas cantidades.

Segundo: Que los hechos establecidos por la sentencia recurrida son los siguientes:

LYDSJHXYJR

"*El 8 de febrero de 2018 aproximadamente a las 19:10 horas, el acusado Alexis Fernando Humeres Salgado fue sorprendido por Carabineros en Plaza Aníbal Pinto, de esta ciudad, vendiendo al ciudadano argentino Juan Fajardo una sustancia color verde pastosa que pesó 0,48 gramos neto y que resultó ser cannabis sativa. Al registro, los funcionarios hallaron en poder del imputado, en un banano que portaba, tres envoltorios de papel con 0,85 gramos neto de la misma sustancia y $78.300*".

Tercero: Que, tales hechos se calificaron como constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, acudiéndose en el basamento séptimo, para establecer el objeto material del tipo, a la prueba pericial que constata la presencia de cannabis sativa, sustancia provocadora de efectos nocivos para la salud según los informes de peligrosidad acompañados.

Cuarto: Que esta Corte ha venido señalando en reiterados fallos sobre el tema propuesto 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. 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 (SSCS Roles N°s. 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril de 2015, 3707-2015 de 28

LYDSJHXYJR

de abril de 2015, 7222-2015 de 20 de julio de 2015 y 36.837 de 28 de enero de 2016, entre otras).

Quinto: Que, en ese orden, dado que en la infracción penal en examen, la lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza, resulta que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia de los estupefacientes, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir efectos tóxicos o daños en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (SSCS Roles N°s. 4215-12 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 de 2015, 3707-2015 de 28 de abril de 2015 y 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 redunda 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.

Sexto: Que, en el caso que se revisa, las sustancias incautadas corresponden a un compuesto que se dice es marihuana, pero al no constar el porcentaje de pureza, no es posible 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 marihuana, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo

LYDSJHXYJR

mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

En estas condiciones, no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4º de la citada ley, por ausencia de lesividad social del comportamiento enjuiciado y, por ende, del bien jurídico tutelado, cual es la salud pública, esto es, el estado de bienestar físico, psíquico y social de todos los miembros de la comunidad.

Séptimo: 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, 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 **Alexis Fernando Humeres Salgado** y, por lo tanto, se anula la sentencia dictada el veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, en la causa RUC N° 1800140644-9 y RIT N° 391-2018, en cuanto se condenó al acusado respecto de los hechos que en la acusación se estiman por el Ministerio Público como constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 1 y 4 de la Ley N° 20.000, cometido el día 8 de febrero de 2018 en la comuna de Valparaíso y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Valderrama y Dahm, quienes estuvieron por desestimar el recurso teniendo para ello en

LYDSJHXYJR

consideración los siguientes fundamentos:

1° Que en la que se refiere a la causal invocada, no es una exigencia del tipo penal del artículo 4° de la Ley N° 20.000 por el que fue sancionado el recurrente, la determinación de la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a “pequeña cantidad”, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia.

2° Que, por otra parte, 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 -al que se remite el artículo 4°-, y el D.S. 867 del año 2008 precisamente incluye a la cannabis sativa en su artículo 1° 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

LYDSJHXYJR

tuvo en consideración el artículo 4° de la Ley N° 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más.

Regístrese.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol Nº 144-2019.

HUGO ENRIQUE DOLMESTCH URRA
MINISTRO
Fecha: 27/02/2019 13:04:36

CARLOS GUILLERMO JORGE KUNSEMULLER LOEBENFELDER
MINISTRO
Fecha: 27/02/2019 13:04:36

LAMBERTO ANTONIO CISTERNAS ROCHA
MINISTRO
Fecha: 27/02/2019 13:04:37

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 27/02/2019 13:04:37

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 27/02/2019 13:04:38

LYDSJHXYJR

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O. Santiago, veintisiete de febrero de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veintisiete de febrero de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

LYDSJHXYJR