

Santiago, seis de julio de dos mil veinte.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1800536905-K y RIT N° 306-2019, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, por sentencia de veintinueve de febrero pasado se condenó en lo que interesa al recurso a **Claudio Andrés Rifo García**, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa de una unidad tributaria mensual, accesorias de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes, cometido el 27 de agosto de 2018, en la comuna de Puente Alto.

La sentencia concedió cuotas para el pago de la pena pecuniaria, dispuso el comiso de las especies que fueron efectivamente incautadas en el proceso, debiendo cumplir efectivamente las penas impuestas.

En contra de esa decisión, la defensa del encausado interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de dieciséis de marzo 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 se sustenta como causal única de nulidad, la 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, y acusa la infracción de los artículos 1° y 2° del Código Penal, en relación a lo dispuesto en los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000.

Señala la recurrente, que el tribunal incurre en una errónea aplicación del derecho, específicamente de los artículos 1 y 4 de la Ley 20.000 en relación al 1 y 2 del Código Penal, según señala por dos variantes de un mismo



fundamento. La primera, porque a su entender, existe una infracción al principio de tipicidad, por cuanto el objeto material del tipo lo constituyen conforme lo establece el artículo 1° de la ley 20.000, el que se remite al artículo 4° de la misma-“sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”, sin que en este caso según dijo, se hubiese acreditado por el Ministerio Público que la droga en cuestión haya tenido aptitud lesiva. Como segunda variante, señala que el tribunal al establecer que existe delito en el presente caso, aunque ello no fue acreditado conforme lo exige el principio de lesividad, pues no se justificó que existía efectivamente antijuridicidad material, esto es, que se hubiese siquiera puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma, por lo que entiende que se incurre en una aplicación errónea de los artículos 1 y 4 de la ley 20.000 en relación a los incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de Chile.

Agrega, que el tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho al considerar típica una conducta sin que se acreditara un elemento del tipo penal-el objeto material del ilícito-, porque no basta con dar por establecido que se trata de marihuana o pasta base de cocaína o fármacos determinados y que se determine cuál es su composición y principio activo, sino que debe acreditarse, además, que dichas sustancias producen los graves efectos proscritos por el tipo, lo que sólo puede zanjarse, según establece la propia ley 20.000, mediante el protocolo de análisis al que se refiere el artículo 43, en el que debe identificarse el producto y señalarse “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”.

Así entonces, expone en su líbello, para poder dar por establecido que la sustancia analizada corresponde al objeto típico, el protocolo de análisis



químico debe indicar todas y cada una de las características copulativas que señala la disposición, porque -como en el caso de la cocaína, pasta base de cocaína o de la marihuana-, no toda muestra posee idénticas concentraciones del principio activo, y por consiguiente, si no se cuenta con el análisis de la pureza o concentración, aunque se haya determinado que se trata de tales sustancias no podrá establecerse en el baremo legal que la sustancia concreta corresponde a una de aquellas capaces de producir los graves efectos que requiere el objeto típico, sin que pueda presumirse tal extremo.

En síntesis, en este caso, y no habiéndose determinado en los protocolos de análisis los grados de pureza o concentración del principio activo en la Cannabis Sativa y de la pasta base de cocaína analizada, ni de los fármacos, se dio por establecido erróneamente un elemento del tipo penal, el objeto material, en una errónea aplicación de los artículos 4° y 1° de la ley 20.000.

Solicita en definitiva, 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 de pequeñas cantidades, que es uno de los ilícitos por el cual se condenó a su defendido.

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 principal planteada en el recurso, esto es, la incidencia de la ausencia del informe de pureza en la decisión de lo discutido, lo que en la especie se demuestra con los pronunciamientos que se acompañaron a la presentación en análisis.

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



“Que en diligencia investigativa previa, en específico, el 27 de agosto de 2018, alrededor de las 20:50 horas, desde el domicilio de calle Las Golondrinas N° 0410, población Los Andes, comuna de Puente Alto, Riffo García, le vendió a un agente revelador debidamente autorizado, en la suma de \$2.000.-, un trozo de papel contenedor de marihuana, con un peso bruto de 0,2 gramos.

En virtud de dichos antecedentes, se autorizó judicialmente la entrada y registro al domicilio, de Las Golondrinas, donde se sorprendió a Claudio Riffo García, manteniendo, poseyendo o guardando, sin las competentes autorizaciones, un revólver calibre 38 N° de serie 294149, con cinco cartuchos del indicado calibre en su recámara y otras tres municiones del mismo calibre, además de una caja con la leyenda “CICLOBENZAPRINA CORHIDRATO 10 mg”, en cuyo interior mantenía un blíster con tres comprimidos de “COBEFEN”; un trozo de blíster con dos comprimidos de “ZOPINOM”; un trozo de blíster con un comprimido de “ALPRAZOLAM” y un blíster con quince comprimidos de “CLONAZEPAM”; dos trozos de papel contenedores de pasta base de cocaína, con un peso bruto de 0,4 gramos y un trozo de papel contenedor de marihuana, con un peso bruto de 0,4 gramos”.

Los hechos antes descritos fueron calificados jurídicamente como constitutivos del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, previsto y sancionado en los artículos 1° y 4°, ambas normas de la Ley 20.000.

Cuarto: Que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, en relación a su artículo 1°, 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°, esto es, capaces 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.



Quinto: Que, en ese orden de cosas, para lo que interesa al recurso, en este caso surge un matiz diferenciador, cual es la naturaleza de algunos de los estupefacientes poseídos por el encartado. En efecto, en la especie se decomisaron entre otros, marihuana, pasta base de cocaína, alprazolam y clonazepam.

Estos últimos estupefacientes, incluidos en el artículo 2 del reglamento de la ley 20.000, no son sustancias que sean obtenidas por quienes se dedican a la comercialización de esta droga mediante la extracción de sus componentes de determinadas especies vegetales, que luego sea procesada química o físicamente sin la autorización exigida por la ley, sino que son medicamentos elaborados por laboratorios farmacéuticos y que son utilizados en la medicina con fines terapéuticos, en concreto, el alprazolam y el clonazepam, son una benzodiacepina, que afecta a los químicos del cerebro que puedan estar desequilibrados, siendo utilizados básicamente para el tratamiento de trastornos de ansiedad, convulsivos y de pánico (información extraída de la página web https://www.drugs.com/mtm_esp/clonazepam.html).

En esas circunstancias, la obtención de estas drogas se produce mediante su adquisición en establecimientos farmacéuticos, los que las expenden luego de otorgada una autorización previa de parte de la autoridad sanitaria del país que, entre otros aspectos, verifica que la composición del medicamento se atenga a los parámetros exigidos por la normativa. Esto implica que, una vez establecida la naturaleza del producto, tanto su contenido como su composición es aquella explicitada en las cajas en las que se expende este fármaco y que ha sido previamente permitida por la autoridad, siendo inconducente un análisis de esos tópicos, como también el de pureza, desde que este último se justifica en aquellos estupefacientes elaborados en forma ilegal.

De esta manera basta, en el caso de los fármacos, con el establecimiento de su naturaleza y la relación de los efectos que producen y la



peligrosidad que revisten para la salud pública para encontrarnos ante una sustancia contemplada en el reglamento de la ley 20.000 y, por ende, prohibida por el artículo 1° de la ley en referencia.

Sexto: Que, derivado de lo anterior, la determinación del objeto material del ilícito se satisface, en cuanto a los comprimidos de clonazepam y alprazolam incautados en la especie, con un protocolo de análisis que dé cuenta de la naturaleza del estupefaciente y de sus efectos, como ocurre en el caso de estos antecedentes.

Esto acarrea como consecuencia que, aún de estimarse, eventualmente, que la ausencia de la determinación de pureza en el protocolo de análisis químico de la marihuana y pasta base decomisada impide tener por establecido el objeto material del ilícito en examen, y que por ende, se podría establecer la concurrencia de un error de derecho en el establecimiento del tipo penal respecto de esas sustancias, tal circunstancia no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto igualmente el objeto material del tipo penal del artículo 4° de la ley 20.000 se encuentra satisfecho con la incautación de comprimidos de clonazepam y alprazolam cuya naturaleza y efectos nocivos para la salud pública fueron demostrados mediante el respectivo protocolo de análisis químico, con lo que la imposición de una condena está plenamente justificada. En estas condiciones, la causal del recurso debe necesariamente ser rechazada.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de Claudio Andrés Riffo García, en contra de la sentencia del pasado veintinueve de febrero, pronunciada en la causa RUC N° 1800536905-K, RIT N° 306-2019, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, la que, en conclusión, no es nula.



Acordada la decisión de rechazar el recurso con el voto en contra del Ministro, Sr. Llanos quien estuvo por acogerlo y, consecuencialmente, dictar fallo absolutorio, en virtud de los siguientes argumentos:

1° Que esta Corte ya ha señalado sobre las alegaciones del 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 Estupeficientes (CONACE), sugerida a su vez por el propio Ministerio Público (Historia de la Ley N° 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional, páginas 935-936). El artículo 43, aprobado por la Cámara Alta reza: *“El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.*

Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma, de conformidad a los artículos 188 inciso tercero y 320 del Código Procesal Penal.

Esta muestra se conservará por el plazo máximo de dos años, al cabo del cual se destruirá. De los procedimientos administrativos de destrucción se levantará acta, copia de la cual deberá hacerse llegar al Ministerio Público dentro de quinto día de haberse producido.



Efectuado el análisis a que se refiere el inciso primero, los precursores y sustancias químicas esenciales deberán ser enajenados en la forma dispuesta en el inciso cuarto del artículo 40”.

2° Que con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado. De modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material, como lo ha sostenido esta Corte en 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, 7222-2015 de 20 de julio, 8253-2015, de 10 de agosto, todas de 2015, 14865-2016 de 6 de abril, 17095-2016 de 21 de abril, 27073-2016 de 21 de junio, 68800-2016 de 14 de noviembre, todas de 2016, entre otras.

3° 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 aquélla 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 (Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia 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., pag 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). Según Ferrajoli, el sub principio de lesividad en concreto, postula que, “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, algún daño o peligro. (Ferrajoli, “ Escritos sobre Derecho Penal”, Hammurabi, 2014, p.429). El principio de ofensividad, emanado del principio de protección de bienes jurídicos, permite excluir aquellas conductas que en concreto se muestran inofensivas para el bien jurídico protegido (Aguado Correa, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en “El principio de proporcionalidad penal”, Lascurain-Rusconi, Edit Ad-Hoc, 2014, p.42).

4º 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 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.

5° Que en el caso que se revisa, las sustancias total incautadas se dicen ser marihuana, pasta base y sustancias psicotrópicas como alprazolam y clonazepam. Sin embargo, al no constar los porcentajes de pureza de las sustancias, 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 el potencial de dañosidad de la sustancia se ignora y que por lo mismo debe presumirse, como lo hacen los jueces del fondo, lo que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

6° 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” (W. Hassemer, cit., p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley, por lo que el recurso ha debido ser acogido.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y del voto en contra, su autor.

Rol N° 30.167 -2020



Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuaud D. No firma el Abogado Integrante Sr. Abuaud, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



En Santiago, a seis de julio de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

