

Santiago, quince de diciembre de dos mil veinte.

VISTOS:

En esta causa Ruc N°1701177569-1, Rit N° 172-2019, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Talagante, por sentencia de 28 de septiembre pasado, condenó a Rodrigo Rojas Meza a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de una multa de una unidad tributaria mensual, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, descrito y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, en grado de consumado, perpetrado el día 11 de diciembre del año 2017, en la comuna de Talagante.

En contra de la indicada sentencia la Defensoría Penal Pública, en representación del sentenciado, dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia del 25 de noviembre del año en curso.

Concluida la vista del asunto se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta suscrita en esa misma fecha.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso se esgrime la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por la infracción a los artículos 1, 4, 42 y 43 de la Ley N° 20.000, artículos 1 y 2 del Código Penal y artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, ya que el Tribunal, al estimar como constitutivo de delito el hecho que dio por acreditado, vulneró el principio de lesividad u ofensividad –que se alza como un principio limitador del ius puniendi estatal-, pues la ausencia de la determinación de la pureza de las sustancias incautadas a su representado en



los protocolos de análisis químicos incorporados al juicio impedían al Tribunal arribar a la conclusión que las sustancias que portaba el acusado constituyeran el objeto material prohibido por el legislador, esto es, que aquellas hayan sido capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

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 este 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 inmediatamente 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-, precisamente porque la capacidad de una sustancia cualquiera para producir los efectos señalados viene determinada exclusivamente por la concentración en que algunos compuestos, identificados como principios activos, se encuentran presentes en ella.

Concluye solicitando se acoja el recurso, se anule la sentencia y, sin nueva audiencia pero separadamente, dicte una sentencia de reemplazo que absuelva al acusado.

SEGUNDO: Que la causal de invalidación principal alegada 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 la defensa demostró con los pronunciamientos que se acompañaron a la presentación en análisis.

TERCERO: Que los hechos establecidos por el considerando noveno del fallo recurrido son los siguientes: “El 11 de diciembre de 2017, alrededor de las 10:50 horas, en el sector de visitas del Centro de Detención Preventiva de Talagante, ubicado en calle Manuel Rodríguez N° 322, de la comuna de homónima, Rodrigo Andrés Rojas Meza fue sorprendido por una funcionaria de gendarmería de nombre Maryorie Ramírez Quintanilla, intentando ingresar a dicho centro de reclusión, ocultos dentro de dos envases de pasta de dientes, cuatro globos de color blanco, en cuyo interior había 5,6 gramos neto de pasta base de cocaína y 2,9 gramos netos de cannabis sativa; motivo por el cual fue detenido en el acto”.

CUARTO: Que tales hechos se calificaron como constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, afirmándose, para desestimar la absolución por falta de informe de pureza, que “el legislador estableció en el artículo 63 de la Ley 20.000 que un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8° de dicha ley. Esto es, y para el caso que nos ocupa, se trata de determinar si la sustancia suministrada al Instituto de Salud Pública y Servicio de Salud para sus análisis son de aquellas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables para la salud, lo que debe relacionarse con el artículo 1° del Decreto 867 que así califica a la “cocaína” y a la “cannabis -cáñamo índico-” sin efectuar ninguna



distinción en cuanto al grado de pureza de las mismas para considerarlas capaces de provocar los efectos señalados”.

Que, en lo que dice relación con el artículo 43 de la Ley N° 20.000, los sentenciadores refieren que “el Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada para los efectos de su identificación y cuantificación, desprendiéndose que lo imperativo es la remisión del protocolo, ya que aplicando las normas de la lógica, el contenido específico que se señale en el protocolo en el caso concreto va a depender de la sustancia que se trate y de lo que sea posible científicamente determinar, siendo lo pretendido que a través de las pericias pertinentes se identifique con certeza de qué sustancia se trata para verificar si corresponden a las previstas en la Ley N° 20.000, o si se trata de una sustancia que no se encuentra sujeta al control de dicha ley”.

Enseguida, concluyeron que “en el caso sub lite se determinó por los organismos idóneos a través del análisis químico de las sustancias incautadas al acusado, que eran cocaína y cannabis sativa, lo que se determinó a través de las metodologías que se indican en los respectivos protocolos acompañados, sustancias sujetas a la Ley N.º 20.000. Además, y en cumplimiento del mandato del artículo 43 inciso primero de la ley N° 20.000, se emitió por los organismos anteriormente mencionados, sendos informes con los efectos de la cocaína y de la cannabis, y la peligrosidad que revisten para la salud pública en razón de haberse encontrado dichas sustancias en las muestras analizadas”.

Finalmente, afirma la sentencia que “habiéndose determinado pericialmente que las sustancias incautadas estaban compuestas por cocaína y cannabis sativa, respectivamente, los efectos que éstas producen y la



peligrosidad que revisten para la salud pública, ha quedado establecido, más allá de toda duda razonable, que tienen la idoneidad y aptitud para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, razón por la cual se configura el objeto material del delito en análisis”.

QUINTO: Que para resolver acerca del recurso en examen es del caso considerar, tal como ha resuelto recientemente esta Corte Suprema, que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, en relación a su artículo 1°, 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 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 en este caso, aun desconociéndose su concentración, fue cocaína base y cannabis sativa, sustancias capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio (SCS Rol N° 24705-20 de 6 de julio de 2020, Rol N° 50611-20 de 21 de septiembre de 2020 y Rol N° 97524-20 de 22 de octubre de 2020).

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 citado 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 y tanto la cannabis sativa como la pasta base cocaína se encuentran contempladas 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.

SEXTO: Que, por otra parte, el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 -y respecto del cual se vale el recurso para sostener que se está 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, lo que también asienta el fallo, 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 este caso, deja de ser tal. Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga puede constituir una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, pudiendo incorporarse como un elemento de juicio más.



SEPTIMO: Que, concordante con estos planteamientos, como ya se apuntó, el fallo dejó establecido que la pericias practicadas a las muestras levantadas dieron como resultado cocaína base y cannabis Sativa, cuya peligrosidad para la salud fue ratificada por los peritos Sonia Rojas Rondón, Perito Bioquímico del Instituto de Salud Pública y don Hermann Wurt Coronado, Perito Químico analista de la Unidad de Laboratorio Clínico del Hospital San Juan de Dios, cuyos informes fueron incorporados de conformidad al artículo 315 del Código Procesal Penal, que estableció que las muestras peritadas corresponden a cocaína base y cannabis sativa indiana (TCH), respectivamente. **OCTAVO:** Que en mérito de lo razonado no puede sostenerse que los jueces del fondo han errado en la aplicación del derecho, pues los hechos demostrados quedan subsumidos a cabalidad en la ley sustantiva que se ha estimado infringida, razón por la cual el presente recurso de nulidad será desestimada.

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 Rodrigo Rojas Meza en contra de la sentencia de 28 de septiembre pasado, pronunciada en la causa Ruc N°**1701177569-1**, Rit N° **172-2019**, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Talagante la que, en conclusión, no es nula.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Llanos quienes estuvieron por acoger el recurso deducido contra la sentencia definitiva y, en reemplazo, dictar fallo absolutorio, en virtud de los siguientes argumentos:

1°.- Que como reiteradamente han sostenido los disidentes sobre el tema planteado, 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).

2°.- Que con esta modificación el legislador del año 2005 requirió del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud 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, 3421-2015 de 14 de abril de 2015, 3707-2015 de 28 de abril de 2015, 7222-2015 de 20 de julio de 2015, 24.793-15 de 21 de diciembre de 2015, 65323-2016 de 26 de octubre de 2016, Rol N° 2493-19 de 18 de marzo de 2019 y Rol N° 25735-19 de 12 de noviembre de 2019, 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.

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 (Politoff, Matus, Ramírez, 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 a partir del 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).

4°.- 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 -objeto jurídico de protección- derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

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 y, por consiguiente, los



hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redonda en la imposibilidad de adquirir la certeza que demanda el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad de la conducta atribuida al enjuiciado.

5°.- Que, en el caso que se revisa, la sustancia total incautada correspondió a 5,6 gramos netos y 2,9 gramos netos de compuestos que dicen ser pasta base de cocaína y cannabis sativa. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza, ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud, 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 presencia de pasta base de cocaína y cannabis sativa, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe esta presumirse, raciocinio 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” (Hassemer, cit., p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley.

7°.- Que en mérito de lo razonado, para los disidentes, se configura el vicio denunciado 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 atañe sólo a la sentencia, mas no al juicio, pues,



como prevé el artículo 385 del referido cuerpo legal, sin que se vean afectadas las formalidades del procedimiento ni los hechos del fallo, se aplicó una pena cuando no procedía aplicar ninguna.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Abuauad y la disidencia, de sus autores.

Rol N° 127.242-2020.

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 Abuauad D. No firman los Ministros Sres. Künsemüller y Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y feriado legal el segundo.



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

