

Santiago, siete de octubre de dos mil veintidós.

Vistos:

En esta causa RUC N° 2000756677-9 y RIT N°80-2021, del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, por sentencia de cinco de julio de dos mil veintidós, se condenó a **DIEGO NIKOLÁS BASTIDAS ORELLANA** a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, multa de diez (10) Unidades Tributarias Mensuales y accesorias legales, como autor del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000, cometido el día 25 de julio de 2020, en la comuna de Puerto Aysén, sanción corporal de cumplimiento efectivo.

En contra de esa decisión, la defensa del acusado interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de ocho de septiembre del año en curso, 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:

1°) Que en el arbitrio de autos se invoca como única causal de nulidad, la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo



del fallo, alegando la infracción de los artículos 1 y 2 del Código Penal; 1, 4, 42 y 43 de la Ley N° 20.000 y; 19 N° 3, incisos octavo y noveno, de la Constitución Política de la República de Chile.

Refiere que la defensa no cuestiona la participación del acusado en los hechos, sino que controvierte la existencia de ilicitud en atención a no haberse acreditado por parte del Ministerio Público la lesividad de la conducta desplegada por el actor, considerando que no ha sido posible establecer que la sustancia en cuestión cumpla con los calificativos que establece el artículo 1 de la Ley N° 20.000, en orden a que sea sustancia capaz de provocar “graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”, al no establecerse en qué porcentaje concurren las sustancias identificadas como “*ketamina*” y “*Metilén Dioxi Metanfetamina*” mezclada con una sustancia permitida como la cafeína y que, en su conjunto, no pesaban más de 1,7 gramos netos.

Arguye que no se acreditó la antijuridicidad material de la conducta atribuida a su defendido, toda vez que no se acreditó la idoneidad de dicho comportamiento para afectar el bien jurídico protegido de salud pública, al no determinarse el grado de pureza de la droga que portaba.

En mérito de lo expuesto, solicita que se acoja el recurso, se anule únicamente la sentencia y sin nueva audiencia, pero separadamente, se dicte una de reemplazo que absuelva a su representado;



2º) Que la sentencia impugnada, en su considerando décimo séptimo, tuvo por acreditados los siguientes hechos:

“El día 25 de julio de 2020, aproximadamente a las 13:50 horas, el acusado DIEGO NIKOLÁS BASTIDAS ORELLANA llegó hasta el Centro de Detención Preventiva de Puerto Aysén, ubicado en calle Armando Hernández N°576, Puerto Aysén, con la finalidad de hacer entrega de una encomienda al condenado Sergio Angulo Quinán, consistente en una bolsa de papas fritas, entre otras especies, en las cuales el imputado ingresó 2 envoltorios de nylon transparentes contenedores de una sustancia en polvo de color rosado y 01 envoltorio de nylon de color verde contenedor de una sustancia en polvo de color rosado, que arrojaron en total un peso neto de 1,7 gramos y, sometidas al análisis químico por el Instituto de Salud Pública, dieron resultado positivo ante la presencia de Ketamina y MDMA (Metilen Dioxi Metanfetamina) “Éxtasis”, drogas que el acusado portó e ingresó al centro penitenciario con la finalidad de facilitarlas para el consumo por parte de uno de los internos de dicho recinto”. (Sic);

3º) Que los hechos antes narrados se calificaron por los juzgadores de la instancia como constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, señalando la sentencia –en su motivo vigésimo–, al desestimar las alegaciones de la defensa relativas a la falta de lesividad al no saberse el grado de pureza o concentración de la droga, que:



“(…) los argumentos anteriores no tienen el sustento suficiente para fundar una eventual absolución del acusado, pues los informes de análisis de droga y de dañosidad y peligrosidad incorporados al juicio, fueron categóricos y meticulosos en describir qué sustancias ilícitas iban en los envoltorios y cada uno de los efectos que de manera independiente producían, debiendo recordarse lo señalado respecto a la Ketamina, en cuanto a que un solo gramo de dicha sustancia podía provocar la muerte.

Cabe señalar que estos informes y sus conclusiones, no fueron desvirtuados por prueba alguna, de manera tal que las alegaciones de la Defensa, son sólo una especulación que no se sustenta en un antecedente objetivo vertido en el juicio, ya que la perito, en parte alguna de su informe señaló que las sustancias examinadas, no fueran idóneas para provocar los graves efectos para la salud física y psíquica de las personas ya consignados, siendo relativo para efectos punitivos el menor o mayor daño que puedan producir en relación a la calidad o cantidad de las mismas, pues incluso ese hipotético menor daño, ya es suficiente para afectar seriamente la salud de quienes la consuman.

Por otro lado, la falta de mención en el informe de análisis de la droga de la pureza de la misma, a que hace alusión el artículo 43 inciso primero de la Ley N°20.000, no constituye un impedimento para concluir la naturaleza y peligrosidad de las sustancias incautada, resultando un antecedente que el



legislador hace relevante, en el artículo 4 inciso tercero de la Ley N°20.000 (...)" (sic);

4°) Que al efecto es menester señalar que el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga descrito y sancionado en el artículo 4 en relación con el artículo 1 de la Ley N° 20.000, 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;

5°) Que de lo expuesto precedentemente, se colige 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;



6°) Que la disposición cuya configuración se ha tenido por probada no exige 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. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado en este caso, aun desconociéndose su concentración, fueron tanto Ketamina como MDMA (También conocido como “*éxtasis*”), sustancias capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio.

Es más, de acuerdo con el informe pericial emanado del Instituto de Salud Pública, relativo a los efectos y peligrosidad para la salud pública tanto de la ketamina como del éxtasis, la primera de dichas sustancias (Ketamina) – *que puede ser fumada, esnifada, inyectada o ingerida y agregada a bebidas*-, en altas dosis puede provocar “*náuseas y vómitos, aumento de la frecuencia cardíaca y de la presión arterial, analgesia profunda y moderada depresión respiratoria. Dosis de 1 gramo puede provocar incluso la muerte*”.

En el sentido y respecto del éxtasis, el citado informe refiere que su uso puede ocasionar “*taquicardia, alzas de presión, ataques de pánico, ansiedad severa, depresión, trastornos del sueño, incremento de la temperatura corporal con deshidratación, pérdida de la conciencia e incluso, muerte*”, y que su mezcla con alcohol puede provocar “*fallas en el sistema cardiovascular y en los riñones, causando la muerte*”;



7°) Que, por otra parte, este tribunal tiene 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. N° 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. N° 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 N° 20.000. Y tanto la ketamina como el éxtasis se encuentran contemplados 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;

8°) Que, asimismo, resulta pertinente tener en consideración que 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 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, deja de ser tal;

9°) Que como consecuencia de lo expuesto precedentemente, la determinación del objeto material del ilícito se satisface con un protocolo de análisis que contenga las restantes menciones del artículo 43 de la Ley N° 20.000, como ocurre en el caso de estos antecedentes, cuestión que lleva a concluir que no ha existido error de derecho en el pronunciamiento de la sentencia a propósito de estas sustancias, motivo por el cual el arbitrio en revisión será desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que **se rechaza** el recurso de nulidad impetrado por la defensa del sentenciado **Diego Nicolás Bastidas Orellana**, en contra de la sentencia dictada con fecha cinco de julio de dos mil veintidós, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, en los autos RIT N° 80-2021, RUC N° 2000756677-9, y del juicio que le antecedió, los que, en consecuencia, no son nulos.

Acordada **con el voto en contra del Ministro Sr. Llanos**, quien estuvo por acoger el referido motivo de nulidad y, consecencialmente, por anular la



íntegramente sentencia, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo de carácter absolutoria, en virtud de los siguientes fundamentos:

1.- Que este disidente ya ha señalado previamente que una innovación importante introducida en esta materia por la Ley N° 20.000, en relación a su antecesora la Ley N° 19.366, es 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 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";

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, 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 de 2017, 16224-2018 de 27 de agosto de 2018.

3.- Que tratándose de la infracción penal en examen *-esto es, el tráfico de pequeñas cantidades de drogas a que se refiere el Art. 4° de la Ley N° 20.000-*, 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 esa línea, este disidente estima 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. 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 que demanda el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado;

4.- Que el principio cardinal de "nocividad" o "lesividad", exige que toda figura penal presuponga la ofensa a un bien jurídico, por lesión o por peligro.



En tal sentido la ofensividad es una directiva orientada hacia el legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta concreta si en el caso no ofende un bien jurídico, porque el juez siempre debe emitir sus sentencias en el marco constitucional. (*Zaffaroni, "Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con) fusiones", en Temas Actuales de la Dogmática Penal, Universidad del Sinu, Colombia, 2013, p.34*);

5.- Que en el caso que se revisa lo incautado al encartado correspondió, de acuerdo con los hechos establecidos por los juzgadores del grado, a “2 envoltorios de nylon transparentes contenedores de una sustancia en polvo de color rosado y 01 envoltorio de nylon de color verde contenedor de una sustancia en polvo de color rosado, que arrojaron en total un peso neto de 1,7 gramos y, sometidas al análisis químico por el Instituto de Salud Pública, dieron resultado positivo ante la presencia de Ketamina y MDMA (Metilen Dioximetanfetamina)”. Sin embargo, al no constar en el compuesto el porcentaje de pureza, lo único acreditado fue que el acusado mantenía en su poder las sustancias antes especificadas, pero en una concentración y con un potencial de dañosidad que en el hecho también se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige;

6.- Que en mérito de lo razonado, se configura el vicio denunciado 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 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.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 40.777-2022

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y Sra. María Teresa Letelier R. No firma el Ministro Sr. Valderrama, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.





WVSXXBDFJR

En Santiago, a siete de octubre de dos mil veintidós, 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.



WVSXXBDFJR