

Santiago, ocho de febrero de dos mil veintitrés.

VISTOS:

En esta causa RUC N° 2000865609-7, y RIT N° 133-2022 del Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de nueve de diciembre de dos mil veintidós, se condenó a Alexander Jonathan Rivera Jorquera como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, ejecutado en grado de consumado y cometido el día 30 de septiembre de 2020, en la comuna de Maipú, a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y multa a beneficio fiscal de cuarenta unidades tributarias mensuales.

Por la misma sentencia se condenó a José Antonio Rivera Díaz como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, ejecutado en grado de consumado y cometido el día 22 de septiembre de 2020, en la comuna de Maipú, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, multa de diez unidades tributarias mensuales, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Las penas impuestas deberán ser cumplidas en forma efectiva.

En contra de esa decisión, la defensa del acusado Alexander Jonathan Rivera Jorquera interpuso recurso de nulidad, que se conoció en la audiencia pública de diecinueve de enero pasado, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.



CONSIDERANDO:

1º) Que la defensa del acusado Alexander Jonathan Rivera Jorquera alega como única causal, 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, pues se aplicó erróneamente los artículos 1, 3, 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.

Explica que el tribunal al estimar como constitutivo de delito el hecho que dio por acreditado, infringió el principio de lesividad u ofensividad, que se alza como principio limitador del ius puniendi estatal, en el sentido de que no le podría haber constado la antijuricidad material de la conducta concreta efectuada por el imputado, pues la conducta desplegada podría únicamente enmarcarse dentro de la figura contemplada en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 y no dentro de las enmarcadas en el artículo 3° de la misma ley, atendida la ausencia de la determinación de la pureza de la sustancia incautada en los protocolos de análisis químicos incorporados al juicio, lo que impide arribar a la conclusión que la sustancia que se encontró en su domicilio constituyera el objeto material prohibido por el legislador, esto es, que aquella sustancia haya sido capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Arguye que 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 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, precisamente, 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, pues sin ellos resulta imposible juzgar si la sustancia incautada es o no capaz de producir los efectos mencionados y, consecuentemente, la conducta de portarla, guardarla, o traficarla es materialmente antijurídica.

Señala que los 1,70 gramos neto que se encontraron en el dormitorio de Alexander Rivera y la mayor cantidad de droga, esto es, 2.149,9 gramos, de acuerdo a la prueba pericial informada por el perito Boris Duffau, contenía solo trazas de cocaína base, esto es, tenía una concentración de droga mayor a 1% y menor a 5%.

Finaliza solicitando se acoja el recurso, se anule solo la sentencia y se dicte una de reemplazo que absuelva al acusado de la acusación formulada en su contra, o en subsidio, se anule también solo el fallo en la parte pertinente y se recalifique el injusto por el cual fuere condenado a la figura del artículo 4° de la Ley N° 20.000.

2°) Que el motivo de invalidación alegado por la defensa de Alexander Jonathan Rivera Jorquera, 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;

3°) Que, los hechos establecidos en el considerando octavo de la sentencia recurrida son los siguientes:

“Que conforme a denuncia realizada por la BICRIM MAIPÚ, referida a que en calle La Concordia N° 1732, comuna de Maipú, dos sujetos conocidos como Alexander Rivera Jorquera y José Rivera Díaz se dedicaban a la comercialización ilícita de drogas, por lo que la Fiscalía autorizó la realización de la técnica investigativa del agente revelador; la que se realizó el 22 de septiembre de 2020, a las 17:00 horas aproximadamente, tomando contacto el agente revelador con José Rivera Díaz, quien le vendió al agente revelador 2 envoltorios de papel cuadriculado contenedores de cocaína base, con un peso bruto de 0.21 gramos, por la suma de \$2.000 pesos.

Luego, el 30 de septiembre de 2020, a eso de las 17:50 horas aproximadamente, personal policial de la sección MT-0 de BICRIM Maipú, ejecutó la orden de entrada y registro en el domicilio ubicado en calle La Concordia N° 1732, comuna de Maipú, autorizada por el 9° Juzgado de Garantía, encontrando en el domicilio a Alexander Jonathan Rivera Jorquera, quien poseía, mantenía y guardaba, para su posterior comercialización y distribución 01 saco de harina contenedor de cocaína base, con un peso bruto de 2149.92 gramos, y a su lado, 01 balanza digital color gris, las que mantenía en una habitación; y 03 bolsas de nylon transparente, contenedoras de



clorhidrato de cocaína, con un peso bruto de 2.40 gramos, que se encontraban en un dormitorio bajo un colchón. Además, se incautó la suma de \$30.000 pesos las que portaba el acusado, en la cocina, 02 rollos de bolsas de nylon transparente, comúnmente utilizadas para la dosificación de droga y, finalmente, 01 cámara de vigilancia, incautada desde la reja de acceso al inmueble”;

4°) Que los hechos reproducidos precedentemente, fueron calificados respecto del acusado Alexander Jonathan Rivera Jorquera como constitutivos del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley N° 20.000, para lo cual se tuvo presente la declaración del perito químico Boris Etienne Duffau Garrido, quien señaló que el protocolo de análisis químico, remitido por Oficio Reservado N° 13.722-2020, contiene dos muestras, la primera, rotulada como M1, dio como resultado que se trata de cocaína base y la segunda, signada como M2, era cocaína clorhidrato, ambas estaban adulteradas con cafeína y lidocaína, y en cuanto a su concentración presentaban trazas de cocaína, la que correspondía sobre el 1% y bajo el 5%, sin que pudiera determinarse claramente el valor, debido a su adulteración.

En cuanto al efecto de las drogas, el mencionado perito señaló que no depende de su concentración, siempre es tóxica independiente de su pureza, afirmando que la sustancia es nociva, porque su toxicidad es intrínseca a ella.

También se incorporó en el juicio oral los protocolos de análisis químico de las sustancias incautadas y el informe respectivo sobre efectos y peligrosidad de la cocaína, que concluyen lo expresado por el perito;

5°) Que, para resolver adecuadamente la causal impetrada por el recurso, se hace necesario tener en cuenta que el tipo penal por el cual fue



condenado el imputado, contenido en el artículo 3° de la Ley N° 20.000, dispone: *“Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias. Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.”*

El artículo 1° de la ley en referencia, alude a las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Por el contrario, el artículo 4° de la misma ley prescribe: *“El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el*



tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”;

6°) Que, en ese orden de cosas, para lo que interesa al recurso, la sentencia impugnada en su considerando séptimo, acudiendo a la declaración del perito y los informes evacuados por éste, estableció que las sustancias incautadas eran cocaína base y clorhidrato de cocaína en una concentración que media entre 1% al 5%, no pudiéndose determinar el porcentaje específico debido a la adulteración efectuada.

Por lo anterior, al haberse establecido la pureza de la cocaína, la cuestión relativa a las distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores sobre la cuestión de derecho planteada en el recurso, carece de fundamento;

7°) Que, también debe tenerse presente que, de las descripciones fácticas de los tipos penales en referencia, aparece que en el delito de tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 3° de la ley del ramo, la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal. Al efecto, la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal, dictándose el D.S. N° 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. N° 565 del año 1995, encontrándose la cocaína, contemplada en el actual artículo 1° del citado Reglamento.

De esta manera, la presencia de los principios activos de la sustancia de rigor es suficiente para calificarla como aquellas que constituyen el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, cuestión que ocurrió en este caso



al detectarse en las muestras periciadas, según se explicitó en el fundamento sexto, la presencia de aquellos principios activos propios de dicha sustancia;

8°) Que, a mayor abundamiento, si bien esta Corte ha sostenido en sentencias pasadas, que por ser la salud pública el bien jurídico tutelado por el delito descrito en el artículo 4° de la ley del ramo, tráfico o porte de pequeñas cantidades, se requiere que el ente acusador pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que especifique la composición y grado de pureza del producto examinado, puesto que dicho antecedente es el que demuestra la lesividad o peligro concreto que reviste la sustancia estupefaciente, tales disquisiciones, en todo caso, se justificarían para dar por establecido el ilícito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, desde que dicho componente es trascendente a la hora de confirmar o descartar el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo del tenedor de la droga. Es esta causal de exención de responsabilidad penal la que tornaría en imprescindible contar con el estudio de la calidad o pureza de la sustancia, y que no aparece en la tipificación del artículo 3° de la Ley N° 20.000.

De esta manera, también procede rechazar las alegaciones vertidas por la defensa en su recurso, toda vez que el total de la sustancia incautada al imputado –no discutida- a saber, aproximadamente dos kilos neto en total de cocaína, dada su aptitud de ser dosificada y distribuida a numerosos consumidores finales, revela la inequívoca presencia del peligro concreto para la salud pública, objeto jurídico de protección amparado por la Ley N° 20.000 (SCS N° 23245-2019 de 30 de septiembre de 2019);

9°) Que respecto a las alegaciones que giran en torno a la errónea aplicación del derecho al haber el tribunal calificado los hechos que se dieron



por probados como un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° con relación al 1° de la Ley N° 20.000, en circunstancias que en derecho correspondía, a juicio de la defensa, una condena enmarcada dentro de las establecidas para el tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, figura descrita y sancionada en el artículo 4° de la referida ley, debe atenderse a la naturaleza de la causal esgrimida, que supone una infracción normativa, por lo que debe tenerse como base fáctica inamovible los hechos establecidos por los sentenciadores del grado en el motivo octavo del fallo recurrido;

10°) Que, al tenor de tales sucesos, los sentenciadores dieron por configurado el delito de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3°, en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000, en grado de consumado, dado que el acusado fue sorprendido en un mismo contexto situacional, en posesión de más de dos kilos de cocaína.

El análisis de la doctrina y la jurisprudencia permite identificar ciertas directrices que comprenden, de manera más o menos general las hipótesis que verificarían el amplio concepto de errónea interpretación o aplicación del derecho, a saber:

- Cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal.
- Cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia.
- Cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verificaría cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta evidentemente pertinente su aplicación. (Andrés Rieutord Alvarado, El



Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pág. 47);

11°) Que respecto del ejercicio valorativo llevado a cabo por los jueces y cuya conclusión condenatoria se ataca, resulta conveniente recordar que, como reiteradamente ha sostenido esta Corte, la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no ha concluido conceptos ni elementos categóricos para establecer la diferenciación del delito de tráfico de grandes cantidades de droga y del delito contemplado en el artículo 4° del mencionado cuerpo legal, dejando entregada dicha determinación a los jueces del fondo.

Ya desde el año 2005 este Tribunal ha resuelto, a partir del fallo de 19 de julio de 2005, pronunciado en causa Rol N° 2005-05, que la expresión pequeña cantidad utilizada por el legislador es un principio regulativo u orientador, caracterizado por no ofrecer baremos ni jurídicos ni extrajurídicos para su complementación, plenamente exento de valoración formal y sin contenido. En otras palabras, la intención del legislador con la incorporación de expresiones como las que nos convoca, fue dejar entregado al criterio de los jueces el llenar de substancia, en el caso concreto este concepto indeterminado que contrasta enteramente con las cláusulas normativas, pues aquél no entraña contenido valorativo ni medida de valor alguno;

12°) Que en consecuencia y en mérito de la naturaleza indeterminada de este concepto regulativo, en la figura de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades no puede determinarse, con una precisión matemática, con qué cantidad de droga se configura, ya que corresponderá a los sentenciadores apreciar en cada caso la calificación a la luz de todos los antecedentes que se tuvieron a la vista en el juicio, incluidas las circunstancias



de comisión, dosis encontradas y toda otra circunstancia anexa y circundante a su perpetración, impugnación que no aparece contenida en el recurso, que se dedica sólo a mencionar que por la cantidad de droga encontrada y su concentración, resulta más atendible calificar el delito como la conducta sancionada en el artículo 4 de la Ley N° 20.000.

De esta forma, al hacer uso de la valorización de los medios de prueba aportados, no han podido los jueces cometer el error de derecho que se denuncia;

13°) Que, por todas las razones expuestas, el arbitrio de nulidad deducido por la defensa de Alexander Jonathan Rivera Jorquera, será desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Alexander Jonathan Rivera Jorquera, contra la sentencia de nueve de diciembre de dos mil veintidós, dictada por el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 2000865609-7, y RIT N° 133-2022, los que en consecuencia **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol N° 162.767-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., y los Abogados Integrantes Sra. Pía Tavorari G., y Sr. Gonzalo Ruz L. No firma el Ministro Sr. Llanos y la Abogada Integrante Sra. Tavorari, no obstante haber



estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.



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

