

Santiago, seis de julio de dos mil veinte.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1701182770-5 y RIT N° 1-2020, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, por sentencia de veintiuno de febrero pasado se condenó a **Moisés Abel Quiroga Salazar**, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, 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 de tres unidades tributarias mensuales, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el 31 de agosto de 2018, en la comuna de Alto Hospicio.

La sentencia dispuso el comiso de las especies incautadas, y ordenó el cumplimiento efectivo de la pena impuesta.

En contra de esa decisión, la defensa del encausado interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de dieciséis de junio 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 del artículo 1° del Código Penal, en relación a lo dispuesto en los artículos 1°, 3° y 43 de la Ley N° 20.000.

Señala la recurrente, que el tribunal incurre en una errónea interpretación del artículo 1° del Código Penal, ya que se estimó como constitutivo de delito a una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para ser castigada penalmente. En efecto, expuso, en el considerando noveno del fallo recurrido, los sentenciadores en forma unánime



señalan que con la prueba de cargo se logró acreditar conforme a las exigencias del artículo 340 del Código Procesal Penal que su defendido fue sorprendido portando marihuana, lesionando con ello el principio de lesividad u ofensividad al no existir protocolo de análisis de pureza de la droga.

Agrega, que el principio de lesividad se alza, así como uno de los principios cardinales y limitantes del *ius Puniendi*, y obliga, desde la arista del enjuiciamiento, a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipicidad y penalización de determinados hechos punibles, por ende, la acción humana solo puede ser apreciada como un injusto penal si lesiona un bien jurídico. Por lo que el principio de ofensividad, el cual emana del principio de protección de bienes jurídicos, permite excluir aquellas conductas que en concreto se muestran inofensivas para el bien jurídico protegido. Es así, que la lesividad consiste en el peligro concreto que debe revertir la sustancia estupefaciente para la salud pública derivado de su naturaleza, peso o cantidad, composición, grado de pureza y peligrosidad.

Finalmente señala, que se ha generado un grave perjuicio en contra de su representado al haber sido condenado como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas del artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, toda vez que de haberse aplicado correctamente las normas legales ya singularizadas debió haber resultado absuelto, al no haber sido posible establecer el grado de pureza y composición de la sustancia incautada, así como los efectos dañinos para la salud pública.

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 ilícito de drogas.

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 en el motivo décimo respecto del sentenciado Quiroga, son los siguientes:

“El día 31 de agosto del año 2018, aproximadamente a las 06:12 horas, funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile ejecutando una orden de detención, entrada y registro emanada del Juzgado de Garantía de Iquique, ingresaron hasta el domicilio ubicado en Pasaje Coltauco N° 3260 de Alto Hospicio, en cuyo interior sorprendieron al acusado **Moisés Abel Quiroga Salazar**, objetivo de la detención. Asimismo, se determinó que el acusado mantenía oculto al interior de su dormitorio, encima de un mueble color blanco un envoltorio blanco con líneas en cuyo interior mantenía marihuana con un peso neto de 3.42 gramos. Del mismo modo en dicho mueble se encontró un envase plástico en cuyo interior había dos bolsas plásticas contenedoras de marihuana y un trozo a granel de la misma sustancia, las que arrojaron un peso neto de 35.2 gramos Continuando con el registro del dormitorio del acusado Quiroga, se pudo determinar que en el interior de un mueble de madera color azul, en cuyo interior se encontraba una caja de cartón que a su vez contenía cuatro bolsas de Nylon todas contenedoras de marihuana con un peso neto de 315 gramos. Todas estas sustancias las mantenía en su poder el acusado Quiroga Salazar con el objeto de traficar, siendo el peso total de marihuana incautada de 353,62 gramos netos”.

Los hechos antes descritos fueron calificados jurídicamente como constitutivos del delito de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en



los artículos 1° y 3°, ambas normas de la Ley 20.000.

Cuarto: Que el artículo 3° en relación con el 1° de la Ley N° 20.000 penaliza a quienes, elaboren, fabriquen, transformen, preparen, extraigan o trafiquen 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 la debida autorización.

Quinto: Que, según el claro tenor de las normas señaladas, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado al acusado, aun desconociéndose su concentración, fue cannabis sativa, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio.

Sexto: 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. 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 la cannabis sativa se encuentra contemplada 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.

Séptimo: 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, cannabis sativa en este caso, deja de ser tal.

Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza o concentración de la droga constituirá una herramienta útil en la medida que el imputado pretenda exculparse alegando que aquella está destinada a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, puesto que para el análisis de la concurrencia de esta causal de justificación los sentenciadores deberán atender a la calidad o pureza del estupefaciente poseído, transportado, guardado o portado, ya que dicho elemento es crucial para determinar si es posible racionalmente suponer que aquél está destinado a tales fines, siempre que previamente se argumente dicho consumo como defensa. De este modo, el elemento que en el informe se echa de menos tiene relevancia a la hora de decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que contempla el inciso final del artículo 4° de la Ley N° 20.000, incorporándolo como un elemento de juicio más y que, en el caso de estos antecedentes, no fue materia de discusión.

Octavo: 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, por lo que la causal de nulidad, debe ser 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 Moisés Abel Quiroga Salazar, en contra de la sentencia del pasado veintiuno de febrero de dos mil veinte, pronunciada en la causa RUC N° 1701182770-5, RIT N° 1-2020, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, la que, en conclusión, no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre a la decisión de rechazar el presente recurso teniendo para ello en consideración que si bien es efectivo que esta Corte ha sostenido que la salud pública constituye el bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo y por ello se requiere 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 especificar la composición y grado de pureza del producto examinado, puesto que dicho antecedente es el que demuestra la lesividad o peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, en cuanto tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, la exigencia del informe sobre pureza o concentración de la droga, en la especie, no juega el rol trascendente asignado en otros casos, por cuanto la gran cantidad incautada -no discutida- a saber, alrededor de 350 gramos de Cannabis Sativa, evidencia una posibilidad concreta de masiva e incontrolada circulación entre consumidores finales, lo que deja de manifiesto su peligrosidad en relación con el bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta, además, que los protocolos acompañados afirman que las muestras agregadas al proceso dan cuenta de la presencia de tetrahidrocannabinol en la sustancia examinada.

De este modo, aquella peligrosidad que se echa de menos en los casos en que la sustancia incautada corresponde a una cantidad menor, respecto de la cual no consta su grado de pureza, se ve suficientemente establecida en el



caso de estos antecedentes al tratarse de un pesaje mayor, que deja en evidencia, más allá de la concentración de componentes alucinógenos, la cierta posibilidad de masiva distribución, afectando de este modo, en términos de peligro concreto, al bien jurídico salud pública. En suma, el objeto material del delito de tráfico de estupefacientes ha sido demostrado como existente en el caso en comento, motivo por el cual no han errado los sentenciadores al establecer que los hechos descritos satisfacen la figura típica del artículo 3° de la Ley N° 20.000.

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 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). 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 aquella 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 del 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).

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 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 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.

5° Que en el caso que se revisa, la sustancia total incautada se dice ser marihuana. Sin embargo, al no constar los porcentajes de pureza, 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 4º de la citada ley, por lo que el recurso ha debido ser acogido.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 24.705 -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.

