

Santiago, veintiséis de marzo de dos mil dieciocho.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1400183509-3 y RIT N° 64-2017 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, por sentencia de cinco de febrero de dos mil dieciocho, se condenó a **FABIÁN ALBERTO VALDÉS MORENO**, como autor del delito consumado de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, relativo a cannabis sativa, cometido en Talca, el día 19 de febrero de 2014, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio; accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; al pago de una multa de dos unidades tributarias mensuales a beneficio del Fondo Especial del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, para ser utilizadas en programas de prevención y rehabilitación de consumo de drogas; y al pago de las costas del procedimiento.

En contra de la decisión condenatoria de Fabián Alberto Valdés Moreno, su defensa interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este Tribunal y se conoció en la audiencia pública celebrada el pasado 06 de marzo, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y considerando:

Primero: Que el recurso se funda en la causal del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, en relación con 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, ya que el Tribunal, al estimar como constitutivo de delito el hecho que dio por acreditado, rechazando las alegaciones de la defensa en el sentido que no le podría haber constado la antijuridicidad material de la conducta concreta desplegada por su representado, infringió el principio de lesividad u ofensividad –



que se alza como un principio limitador del iuspuniendi estatal-, pues la ausencia de la determinación de la pureza de la sustancia incautada a su representado en el protocolo de análisis químico incorporado al juicio impidió al Tribunal arribar a la conclusión que la sustancia que portaba su representado constituyera el objeto material prohibido por el legislador, esto es, que aquella haya sido capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Señala que lo explicado por el Tribunal en la sentencia constituye una violación al principio de lesividad u ofensividad que rige nuestro Derecho Penal, ya que la ausencia en los protocolos de análisis químico de la determinación de la concentración en las sustancias incautadas de los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, unido a que los informes de peligrosidad de esas sustancias sólo dan cuenta de los efectos dañinos para la salud de la cannabis sativa o marihuana en general y, que no se acompañó en el juicio, según lo exige el artículo 43 de la Ley N° 20.000, un informe respecto de los posibles daños para la salud de las sustancias concretamente incautadas a su representado, le impidieron concluir que las mismas correspondían a aquellas previstas en el artículo 1° de la Ley 20.000, no siéndole lícito deducir esto del mero antecedente de tratarse de una sustancia cuyo análisis químico arrojó positivo a la presencia de cannabis sativa.

Concluye solicitando se acoja, anulando en consecuencia sólo la sentencia y dicte una sentencia de reemplazo que absuelva al acusado Fabián Alberto Valdés Moreno.

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

“El día 19 de febrero de 2014, alrededor de las 18:00 horas, el acusado FABIÁN ALBERTO VALDÉS MORENO, guardó en un casillero del Supermercado



Líder, ubicado en calle 9 Oriente de esta ciudad, al interior de un bolso, 9 envoltorios de papel cuadriculado, contenedores de 3,8 gramos neto de cannabis sativa y 6 bolsas de polietileno, contenedoras de 23,8 gramos neto de la misma sustancia, ambas del tipo elaborada”.

Estos hechos fueron calificados como delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades.

Tercero: Que, en lo que se refiere a la causal, en el caso que se revisa, lo incautado correspondió a 27,6 gramos netos de cannabis sativa, lo que se acreditó por el examen que se hizo a las sustancias incautadas; pero sin que conste el porcentaje de pureza y su posible adulteración con algún ingrediente de “corte”, por lo que no es posible determinar en concreto si lo examinado era verdaderamente dañino para la salud de las personas, 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 cannabis sativa, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

En estas condiciones, no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4º de la citada ley, por ausencia de lesividad social del comportamiento enjuiciado y, por ende, de bien jurídico amagado.

Cuarto: Que esta Corte ha venido señalando en reiterados fallos sobre el tema propuesto 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. 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 (SSCS Roles N°s. 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril de 2015, 3707-2015 de 28 de abril de 2015, 7222-2015 de 20 de julio de 2015 y 36.837 de 28 de enero de 2016, entre otras).

Quinto: Que, en ese orden, dado que en la infracción penal en examen la lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza, es 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 (SSCS Roles N°s. 4215-12 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 de 2015, 3707-2015 de 28 de abril de 2015 y 19.722-15 de 9 de diciembre de 2015). Ello, porque 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 y,



por ende, respecto de la existencia del delito.

Sexto: Que en mérito de lo razonado es preciso acoger el recurso de nulidad deducido 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, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado **Fabián Alberto Valdés Moreno** y, por lo tanto, se anula la sentencia dictada el cinco de febrero de dos mil dieciocho por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, en la causa RUC N° 1400183509-3 y RIT N° 64-2017, en cuanto se condenó al acusado respecto de los hechos que en la acusación se estiman por el Ministerio Público como constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 1 y 4 de la Ley N° 20.000, cometido el 19 de febrero de 2014 en la comuna de Talca y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Valderrama y Dahm, quienes estuvieron por desestimar el recurso teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

1° Que en la que se refiere a la causal invocada, no es una exigencia del tipo penal del artículo 4° de la Ley N° 20.000 por el que fue sancionado el recurrente, la 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.

2° Que, por otra parte, 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 referido cuerpo legal -al que se remite el artículo 4°-, y el D.S. 867 del año 2008 precisamente incluye a la cannabis sativa en su artículo 1° entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

3° Que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 -y respecto del cual se vale el recurrente para sostener que estamos 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 la especie- deja de ser tal. Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga constituirá una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4° de la Ley N° 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más.

Regístrese.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Dahm y la disidencia, sus autores.

Rol N° 2.927-2018.



Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., y Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.



En Santiago, a veintiséis de marzo de dos mil dieciocho, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

