

PROBLEMAS INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA PUREZA DEL OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE MICROTRÁFICO DE DROGAS. ¿REQUISITO *SINE QUA NON* DEL TIPO PENAL, O CRITERIO ILUSTRATIVO PARA SU JUZGAMIENTO?

FELIPE GONZÁLEZ ARAYA*

INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema acogió los recursos de nulidad y ordenó la absolución de cinco condenados por el delito de microtráfico, en tres causas diversas, por no existir certeza científica sobre el grado de pureza y peligrosidad de la droga incautada, tal como establece la ley.

El objeto del presente comentario es analizar la fundamentación de la postura de la Corte Suprema tomando en consideración el principio de lesividad, como institución fundante del Derecho Penal, y a su vez la concurrencia de antijuridicidad material y su idoneidad en el caso *sub lite*.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Segunda Sala Penal de la Corte Suprema, en roles 7222-2015; 7523-2015; 7113-2015, para acoger el recurso ha tenido las siguientes consideraciones.

* Ayudante de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Viña del Mar, miembro del Núcleo de Investigación Derecho y Ciudadanía, Universidad de Valparaíso, Procurador Judicial SOIN abogados asociados, correo: fgonzalez@soinasociados.cl

La Corte Suprema ha resuelto que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley Nº 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 Nº 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 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”, sostienen los fallos.

Análisis a la literalidad del tipo penal

El artículo 4º inciso primero de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (en adelante Ley 20.000) establece que: “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 1º, 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”.

A su vez, el inciso primero del artículo 43 de la citada ley señala: “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”.

Pues bien, a primera vista, podemos deducir que para que se logre configurar el tipo penal del artículo 4to, no basta con la concordancia entre el hecho concreto y el tipo abstracto, sino que requiere además del análisis químico de la sustancia ilícita conforme el artículo 43, es-

tableciendo requisitos al parecer copulativos, debiendo expresarse entre otros el grado de pureza de la misma. Por lo tanto, el criterio para absolver estaría a todas luces correcto, conforme a una interpretación sistemática del citado cuerpo legal.

El criterio que ha sostenido la CS nos merece un par de críticas en virtud de ciertas instituciones del Derecho Penal Sustantivo, por de pronto el principio de lesividad y la antijuridicidad material que analizaremos en relación al tipo penal.

La ley 20.000 ha establecido un régimen en el cual el complemento de la hipótesis del tipo penal queda entregada al reglamento elaborado por el Servicio de Salud, Decreto Número 867, del 19 de febrero de 2008, pues será este quien determine cuáles serán las sustancias ilícitas que se indican en el artículo 1 de la presente ley, estando en presencia de lo que la doctrina ha señalado como Ley penal en blanco propiamente tal, cuestión que, atendido su gran desarrollo en doctrina, no nos merece mayores explicaciones.

En este sentido, el reglamento ha establecido una serie de sustancias ilícitas, entre las cuales se menciona expresamente a la cocaína. Para nosotros –y es de lo que nos haremos cargo a continuación– la exigencia de establecer la pureza de la droga incautada, al igual como lo señala el ministro Haroldo Brito en su fallo disidente, constituiría no un requisito *sine qua non* del tipo, sino que más bien parámetros ilustrativos para que el juez de la instancia aprecie con mayor claridad la sustancia y los componentes del objeto material del delito de tráfico de drogas en pequeñas cantidades.

Pues bien, para lograr configurarse la conducta tipificada del artículo 4, se 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 o no 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.

Señalamos en cursiva la agregación que hace el ministro Brito, en su voto disidente, pues, del claro tenor de la norma, en ningún caso la pureza de la droga incautada es un requisito para estar en presencia del delito de microtráfico, ya que al ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, basta con la sola presencia de sus elementos objetivos y no la capacidad de producir graves efectos tóxicos o de la idoneidad de la droga para que se logre configurar.

Decimos que es de mera actividad pues en este caso el tipo se satisface con la realización de la acción descrita¹, vale decir, 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 (...)

La configuración entonces del tipo penal viene de suyo, ya que concurre el objeto material de la acción que además comprende a los instrumentos del delito, pues estos son cosas sobre las cuales recae la acción².

Siguiendo el criterio de la Corte Suprema estaríamos en presencia entonces de un delito de mera actividad que queda supeditado al informe toxicológico que realice el Servicio de Salud.

Brito en su voto arguye 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 –cocaína base, 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.

Por su parte, los fallos dictados en los autos Rol 731-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de abril de 2014; Rol 686-2014 de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 18 de diciembre de 2014; Rol 213-2014 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 25 de febrero de 2015, y Rol 94-2015 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 11 de marzo del año en curso, avalan la postura de que la pureza de la droga no es un elemento del tipo penal.

Sostenemos esta postura por las siguientes razones. Para que exista delito, debemos tener presente los presupuestos que deben concurrir para que nazca la responsabilidad penal, así entonces debe primero

¹ GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Tomo II –3ª Edición–, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 55

² CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General* –10ª Edición–, Santiago, Editorial Ediciones UC, 2011, p. 292.

establecerse la existencia del delito, su punibilidad y la sentencia condenatoria ejecutoriada. Pero centrémonos en los elementos del delito. En los casos *sub-lite* lo que ocurrió fue que a distintos sujetos se les imputa responsabilidad por el delito de microtráfico por haber sido sorprendidos por las policías realizando la venta de pequeños envoltorios, en donde, luego de inspeccionar tanto sus vestimentas como sus hogares, pudieron encontrar bolsas de nylon que contenían pequeños envoltorios precisamente dosificados para su posterior comercialización. Hechos los informes y protocolos de rigor se confirma que la sustancia de dichos envoltorios correspondía a cocaína base. Información que el juez de la instancia estimó como suficiente para condenar.

Analicemos, entonces, los elementos del delito en contraposición a lo esgrimido por la Corte Suprema en esta situación. No resulta necesario ahondar en si hay o no Conducta como elemento del delito, pues hemos podido percibir que el sujeto exterioriza movimientos destinados a la persecución de un fin, vale decir, toda actuación humana aparece presidida por una voluntad final que se forma en la esfera del pensamiento del sujeto.

“Los hombres no actúan de modo ciego, pues prevén o, por lo menos, están en condiciones de prever las consecuencias de su actuar; accionar es provocar o dirigir procesos causales hacia metas concebidas con antelación”³.

Ahora bien, existiendo una conducta, es necesario analizar si además es típica, es decir, si la conducta realizada por el sujeto puede ser subsumida en un tipo penal, en este caso en el artículo 4 de la Ley 20.000. En el caso expuesto, al momento de la detención por flagrancia difícilmente podría señalarse con precisión y exactitud que la sustancia correspondía a cocaína, sin embargo, y gracias a las herramientas investigativas de las policías, se podría determinar en ese mismo momento si lo incautado corresponde o no a cocaína en base a un análisis químico realizado en el momento.

La CS ha señalado que la sustancia ilícita no ha sido debidamente analizada para poder conocer su grado de pureza, por lo que señala que no se contemplaría una antijuridicidad material, ya sea, puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido, no se podría prever el

³ GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal, Parte General*, p. 33.

daño que la sustancia causaría, estableciendo un parámetro conforme a la teoría de la imputación objetiva *ex ante*.

Por de pronto entonces, tenemos una conducta que además es típica, y como ha señalado la doctrina, cabe afirmar que la comprobación de que una conducta es típica ofrece un indicio acerca de que ella, con un alto grado de probabilidad, será también antijurídica. En efecto, la tipicidad es *ratio cognoscendi* y no *ratio essendi* de la antijuridicidad⁴. Pero el problema se nos presenta respecto a la antijuridicidad como elemento del delito. Decíamos que para la CS el criterio para absolver fue la falta de antijuridicidad material de la conducta típica, pero insistimos en que su postura merece un poco más de reflexión.

Dos son las palabras que fundan este elemento: formal y material. Decimos que hay antijuridicidad formal, en base a una noción negativa, según la cual consiste en la ausencia de causales que la excluyen (causales de justificación)⁵. O dicho de otro modo, en la rebeldía en la que incurre el actor respecto al ordenamiento jurídico. Y hay antijuridicidad material la verdadera naturaleza del injusto radica en el resultado del delito –no de la acción– o sea en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en el contraste del acto con los intereses sociales⁶.

El contenido material de los tipos penales está determinado por situaciones de riesgo para los bienes jurídicos. Frente a esas situaciones de riesgo, el legislador puede prohibir la realización de una conducta o bien mandar la ejecución de una determinada acción que impida que ese riesgo llegue a concretarse en una afección del bien jurídico protegido⁷.

Es aquí donde debemos detenernos, ¿hay o no antijuridicidad material en el caso tratado por falta de pureza? Sabemos que para la Corte Suprema, no la hay, por no poder establecerse el grado de dañosidad social que traería aparejado el consumo de esta droga. Por tanto, no se sabría con exactitud las consecuencias negativas de la misma, ergo, no hay potencialmente un daño o puesta en peligro *ex ante*.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 99.

⁵ CURY URZÚA, *Derecho Penal, Parte General*, p. 355.

⁶ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal, Parte General*, p. 107.

⁷ BUSTOS - HORMAZÁBAL, p. 105.

Sin embargo, si el legislador ha remitido por mandato *lex stricta* al Servicio de Salud para que sea este quien establezca las sustancias ilícitas, dentro de ellas cocaína, ¿por qué habría que atenderse al efecto potencial de la misma, y no solo a su tipificación? Dicho de otra forma, que le interesa al legislador, ¿el eventual daño a la sociedad que produzca la cocaína, en este caso, o su sola venta atendida su naturaleza? La respuesta viene de suyo según nuestro planteamiento. Si se ha establecido en el juicio oral que la sustancia base es cocaína, sustancia ilícita conforme el artículo 1º del reglamento, no debería entonces sujetar su juzgamiento en base a elementos que solo son indicadores o clarificadores respecto de la sustancia misma.

Efectivamente hay una puesta en peligro de la sociedad, pues si se ha tipificado a la cocaína como sustancia ilícita, estableciéndose además por una institución idónea, especializada, no cabe por qué cuestionarse si su pureza influirá en los efectos tóxicos o dañinos que esta produzca. La sustancia está prohibida en las distintas modalidades de los artículos 1º y 4º de la ley 20.000.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*—10ª Edición—, Santiago, Editorial Ediciones UC, 2011.
- GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Tomo II —3ª Edición—, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.