

Santiago, ocho de marzo de dos mil veintidós.

VISTOS:

En esta causa RUC 1900484915-1, RIT 23-2020, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, por sentencia de quince de junio de dos mil veintiuno, se condenó a Washington Fernando Núñez López, a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, multa de diez (10) unidades tributarias mensuales, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y costas de la causa, como autor del delito de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, en grado de consumado, cometido en la comuna de Vicuña el 31 de julio de 2019. Se ordenó el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta, reconociéndole los abonos que precisó.

La misma sentencia condenó a Gloria Edith Arancibia Rojas, a la pena de tres (3) años y un (1) días de presidio menor su grado máximo, multa de diez (10) unidades tributarias mensuales, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y costas, como autora del delito de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, en grado de consumado, cometido el 14 de Agosto de 2019, en la comuna de Vicuña. Se dispuso el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta, reconociéndole los abonos que indicó.

Finalmente, la sentencia condenó a Luisa Marcela Carvajal Alringo, a la pena de quinientos cuarenta (540) días de presidio menor en su grado mínimo, multa de diez (10) unidades tributarias mensuales, accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y costas, como autora del delito de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, en grado



de consumado, cometido el 14 de Agosto de 2019, en la comuna de Vicuña. Se sustituyó el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, por la pena de Remisión Condicional, por el mismo lapso de la condena impuesta (540 días).

Contra este fallo, las defensas de las sentenciadas Gloria Edith Arancibia Rojas y Luisa Marcela Carvajal Alringo, dedujeron recursos de nulidad, cuya vista se verificó el día dieciséis de febrero en curso, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la defensa de la sentenciada Gloria Edith Arancibia Rojas en forma principal esgrimió la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por la infracción a 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 de la República, ya que el Tribunal, al estimar como constitutivo de delito el hecho que dio por acreditado, vulneró el principio de lesividad u ofensividad –que se alza como un principio limitador del ius puniendi estatal-, pues la ausencia de la determinación de la pureza de la sustancia incautada a su representada en el protocolo de análisis químico incorporado al juicio impedía al Tribunal arribar a la conclusión que la sustancia que portaba la acusada Arancibia Rojas 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.

En efecto, 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 1º de la misma ley, que, respetando la función de protección de bienes jurídicos que compete al Derecho Penal, exige para imponer las penas que establece, 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 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.

Concluye solicitando se acoja el recurso, se anule la sentencia y, sin nueva audiencia pero separadamente, dicte una sentencia de reemplazo que absuelva a la referida acusada.

SEGUNDO: Que la causal de invalidación principal alegada por la defensa de Arancibia Rojas 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 planteada en el recurso, lo que la defensa demostró con los pronunciamientos que se acompañaron a la presentación en análisis.

TERCERO: Que, para una adecuada comprensión del asunto, cabe tener presente que el considerando séptimo del fallo recurrido tuvo por establecidos los siguientes hechos: “Que en virtud de órdenes de entrada y registro otorgadas por el Juzgado de Garantía de Vicuña, funcionarios de la brigada de antinarcóticos de la policía de investigaciones ingresaron, por una



parte, el 31 de julio de 2019, a las 16:40 horas, al domicilio ubicado en Estero Los Tilos N° 388, Vicuña, encontrando al acusado Washington Fernando Núñez López poseyendo y guardando con el fin de traficar, en un sillón ubicado en el antejardín de la casa, un estuche negro contendor de 76 envoltorios de papel, contenedores de 37,02 gramos netos de cocaína base, además de la suma total de \$495.360.- en monedas y billetes, producto de la venta de droga, parte de la cual mantenía el acusado en el señalado estuche negro, otra en una billetera y otra parte la portaba, además de teléfonos celulares. Por otro lado, el día 14 de agosto, a las 20:30 horas, ingresan nuevamente al indicado domicilio, sorprendiendo a la acusada Gloria Edith Arancibia Rojas poseyendo y guardando, con el fin de traficar, en el mismo sillón ubicado en el antejardín de la casa, un envoltorio de papel de diario contenedor de 0,02 gramos netos de cocaína base, y un cigarrillo de marihuana con un peso neto de 0,26 gramos, además en el dormitorio de la acusada se encontró la suma de \$2.890 pesos en dinero en efectivo, producto de la venta de la droga. Asimismo, el día 14 de agosto de 2019, alrededor de las 21:00 horas, contando con la respectiva orden judicial, ingresan al inmueble ubicado en calle Chelo Pinto N° 82 de Vicuña, sorprendiendo a la acusada Luisa Marcela Carvajal Alringo poseyendo y guardando, con el fin de traficar, en una mochila encontrada en una bodega del inmueble, 95 envoltorios de papel de diario y 7 bolsas de nylon contenedores de cocaína base; y en un mueble del local comercial ubicado en dicho domicilio, una bolsa de nylon con 17 envoltorios de papel, lo cual arrojó un total de 262,5 gramos netos de cocaína base, además de la suma de \$450.040.- en dinero en efectivo, producto de la venta de drogas, una pesa electrónica y un celular”.



Que tales hechos se calificaron como constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, en relación a su artículo 1° del mismo cuerpo legal.

CUARTO: Que, en lo que interesa a la causal principal de invalidación del recurso de Arancibia Rojas, es del caso considerar que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, en relación a su artículo 1°, sólo 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 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. Luego, según el claro tenor de la norma, no es una exigencia del tipo penal 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 a la acusada Arancibia Rojas, aun desconociéndose su concentración, fue pasta base de cocaína y cannabis sativa, sustancias capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, según dio cuenta la prueba producida en juicio (SCS Rol N° 24699-20 de 15 de diciembre de 2020 y N° 129295-20 de 15 de diciembre de 2020).

Por otra parte, se debe tener 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 tanto la cannabis sativa como la pasta base cocaína se encuentran contempladas 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.

Finalmente, 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 de la droga puede constituir una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, pudiendo incorporarse como un elemento de juicio más (SCS Rol N° 6602-18 de 14 de junio de 2018; N° 14929-18 de 13 de agosto de 2018; N° 15395-18 de 20 de agosto de 2018 y N° 2492-19 de 18 de marzo de 2019).

En consecuencia, y habiéndose establecido mediante las pericias practicadas a las muestras levantadas dieron como resultado cocaína base y



cannabis sativa, cuya peligrosidad para la salud fue ratificada por peritos cuyos informes fueron incorporados de conformidad al artículo 315 del Código Procesal Penal, que estableció que las muestras peritadas corresponden a cocaína base y cannabis sativa indiana (TCH), respectivamente, los hechos demostrados quedan subsumidos a cabalidad en la ley sustantiva que se ha estimado infringida, razón por la cual la presente causal del recurso de nulidad impetrado por la defensa de Arancibia Rojas será desestimada.

QUINTO: Que, en subsidio de la anterior, deduce la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, toda vez que el vicio se produjo por una errada apreciación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes y una errada determinación del marco penal aplicable al hecho, todos que influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Señala que la sentencia yerra al negar la concurrencia de la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, no obstante que su representada entregó todos los antecedentes que se le requirieron, respondiendo a cabalidad las preguntas que se le formularon, sin que sea exigible –como pretende el tribunal- que reconozca su participación en el delito, para la configuración de la aludida atenuante.

Al describir la influencia que el vicio acusado ha tenido en lo dispositivo de la sentencia, expone que de no haber incurrido en estos errores se habría impuesto la pena en su mínimo legal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal en razón de la exigua cantidad de droga incautada y la extensión del mal causado.

SEXTO: Que en lo concerniente a la causal subsidiaria de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, baste señalar que, como ha resuelto uniformemente esta Corte en relación a las denuncias de infracción del artículo



11 N° 9 del Código Penal, ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por el acusado puede o no calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados, es una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculcado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los acontecimientos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede de nulidad, pues implicaría una nueva apreciación y valoración de todos los elementos que llevaron a los jueces de la instancia a la conclusión discutida por el recurso (entre otras, SCS N°s 24.887-2014, de 29 de diciembre de 2014; 37.024-2015, de 10 de marzo de 2016; y, 16.919-2018, de 13 de septiembre de 2018; 131.652-2020, de 24 de diciembre de 2020 y 35557-2021 de 9 de agosto de 2021). No es posible, por ello, analizar mediante este arbitrio eventuales inadvertencias sobre la concurrencia de la minorante en comento, motivo por el cual esta causal será desestimada.

SÉPTIMO: Que por su parte, la defensa de Luisa Marcela Carvajal Alringo hizo valer como causal principal, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal al haber infringido el derecho a la intimidad e inviolabilidad del hogar consagrado en el artículo 19 N°s 3, 4 y 5 de la Carta Fundamental, que hace consistir en la transgresión de los artículos 129 y 205 del Código Procesal Penal, en atención a que el procedimiento de entrada y registro al domicilio de la acusada se realizó fuera los casos que autoriza la ley.

Refiere el arbitrio que el ingreso al domicilio de la encartada se realizó sin que existiera consentimiento voluntario para proceder en los términos que dispone en el artículo 205 del Código Procesal Penal y con una autorización judicial extemporánea, según se estableció con la declaración del funcionario Camilo Morales Veliz.



Solicitó la invalidación del juicio y de la sentencia recurrida, determinándose el estado en que debe quedar el procedimiento, disponiendo la realización de un nuevo juicio por un tribunal no inhabilitado que corresponda, con exclusión de la prueba testimonial, pericial y documental, ilícitamente obtenida.

OCTAVO: Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, la recurrente rindió prueba de audio en la audiencia celebrada ante esta Corte, consistente en la reproducción de diversos pasajes del testimonio prestado por el funcionario Camilo Morales Veliz, quien se refirió al contexto del ingreso al domicilio de la acusada.

NOVENO: Que, de lo referido en el fundamento que antecede, se advierte que las afectaciones que acusa la defensa dicen relación con la recolección de evidencia que se tacha de ilícita, inmersa, según su parecer, en un allanamiento realizado fuera de los presupuestos establecidos por la ley, para su posterior incorporación y valoración en el juicio oral. En particular se cuestiona la realización de diligencias investigativas policiales de cuya intervención arranca, de modo trascendental, la imputación delictiva contra la condenada Carvajal Arlingo como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes que el fallo da por concurrente.

DÉCIMO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada precedentemente cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19 N° 3°, inciso sexto, le confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la



Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

UNDÉCIMO: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como en lo referido al respeto y protección de la vida privada en relación con la entrada al inmueble donde se practicó la detención de la recurrente y la obtención de evidencias, esta Corte Suprema ya ha señalado que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

DUODÉCIMO: Que en relación a los cuestionamientos levantados en la causal en estudio, los jueces expresaron que “el funcionario Camilo Morales Véliz, dio cuenta que el fiscal Juan González Tobar instruyó en primer término realizar una entrada voluntaria al domicilio de Chelo Pinto N° 82, Vicuña, por ello concurren al lugar donde había un negocio en la entrada, adyacente al inmueble, siendo la primera persona con la que interactúan don Hernán Enero Peña que se encontraba atendiendo el local comercial, quien los dejó pasar para conversar con Luisa a la que se le explicó el motivo de la presencia policial, solicitándole la entrada voluntaria a lo que ella se niega”. Añadieron que esta circunstancia particular resultó corroborada por “la propia testigo de la defensa Dominic Zumarán Paredes, desde que consultada al respecto manifestó que Hernán Enero Peña se encontraba ese día atendiendo el



negocio e ingresó a la habitación en donde se encontraba Luisa y ella “diciéndole a Luisa Marcela que la buscaba investigaciones”. Enseguida consignaron que el testigo refirió que “los funcionarios policiales entraron pidiendo hablar con Luisa Marcela y a mí me pidieron salir de la habitación”, de lo que coligieron que los policías no irrumpieron en el inmueble ni tampoco ingresaron consultando por la droga como sostuvo la acusada Luisa Carvajal. Por el contrario, los sentenciadores dieron por establecido que producto que la entrada y registro voluntario fue negada por la acusada los funcionarios policiales informaron al fiscal Juan González Tobar y éste obtuvo una orden judicial, que a ellos les fue comunicada telefónicamente y puesta en conocimiento de Luisa Carvajal.

DÉCIMO TERCERO: Que a fin de dirimir lo planteado por los recurrentes, desde que las circunstancias que motivaron el ingreso al domicilio de la impugnante fueron materia de prueba y debate en el proceso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, efectúe una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, ya que implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente con la reproducción parcial de los documentos y testimonios rendidos en el juicio -sólo de lo que interesa a la recurrente-, diera por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esos elementos, no obstante que los jueces apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas



necesarias para aclarar sus dudas, y de aceptarse, entonces la tesis del recurrente, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable.

DECIMO CUARTO: Que, en ese orden, conforme a los sustratos fácticos establecidos por los jueces orales, mencionados en el fundamento décimo tercero, el fallo tuvo por cierto que “la prueba de cargo dio cuenta que ante la negativa de dicha acusada a un ingreso voluntario al lugar por parte del personal policial —que fue la primera instrucción del fiscal—, se otorgó la correspondiente orden de entrada y registro por el Juzgado de Garantía de Vicuña, la que fue debidamente comunicada en la oportunidad a la imputada, habiéndose verificado el procedimiento dentro del marco legal”.

DÉCIMO QUINTO: Que así entonces, los policías actuaron conforme a las facultades concedidas por la ley, previa autorización del juez de garantía y, por consiguiente, los jueces que valoraron la prueba proveniente de dichas actuaciones no afectaron los derechos referidos en el recurso, motivos por los cuales el presente capítulo de la causal del arbitrio de nulidad impetrado debe ser desestimada.

DÉCIMO SEXTO: Que, finalmente, en lo que atañe a la causal del artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, invocada subsidiariamente por ambas defensas es necesario señalar que la ley exige respecto del examen de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas, puesto que la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocerla no sólo al acusado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal, como a la sociedad toda. Este ejercicio, entonces, supone exponer razones, formular



interpretaciones y adoptar posición sobre las tesis que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y el razonamiento que respalda la convicción adoptada.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en lo que toca a la precedente causal debe aclararse que las denuncias que levantan las defensas de Arancibia Rojas y Carvajal Arlingo sobre un análisis sesgado del testimonio de Morales Véliz y la ausencia de una exposición clara, lógica y completa de la valoración de los medios de prueba, al omitirse en su análisis el principio de razón suficiente para establecer la participación del acusada Luisa Carvajal Arlingo en los hechos atribuidos, infringiendo con ello la lógica y las máximas de la experiencia a la que la sentencia debe constreñirse, las señaladas faltas no son tales, lo que se deduce de la sola lectura del fallo impugnado, de la que queda de manifiesto que la molestia real de las recurrentes está circunscrita a la valoración efectuada por los jueces del fondo, la que no comparten.

Que, en efecto, lo anterior se aprecia en especial de los motivos octavo, noveno y décimo, en donde el fallo reproduce los razonamientos que se tuvieron en consideración para llegar a las conclusiones que allí mismo se consigan.

Sin perjuicio de ello, importa señalar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad. A pesar de ello, la argumentación del recurso se dirige más bien en ese sentido, por cuanto redundaría en cuestionar la entidad o precisión de las evidencias utilizadas por los sentenciadores para adquirir convicción de condena, sin atacar –como pretende la causal de nulidad en examen– el razonamiento del fallo que plasma el análisis global de la prueba rendida, en



cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Conforme con lo anteriormente señalado, no queda sino rechazar el capítulo en examen, y con ello los recursos.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342, 372, 373 letra a) y b), 374 letra e) 376 y 385 del Código Procesal Penal **se rechazan** los recursos de nulidad deducidos en contra de la sentencia de de quince de junio de dos mil veintiuno, y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1900484915-1, RIT 23-2020, del Tribunal Oral en lo Penal de La Serena los que en consecuencia, **no son nulos**.

Acordada la decisión de rechazar la causal principal contenida en el arbitrio de la acusada Gloria Edith Arancibia Rojas con el voto en contra del Ministro Sr. Llanos, quien estuvo por acogerlo y, consecuencialmente, dictar fallo absolutorio a su respecto, 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 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, 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 aquélla 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 y cocaína. 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 4° de la citada ley, por lo que el recurso ha debido ser acogido.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la disidencia, su autor.

Rol N° 42597-21.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y el Ministro Suplente Sr. Miguel Vázquez P. No firma el Ministro Suplente Sr. Vázquez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido su período de suplencia.





XRHDYKXZXL

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

