

Santiago, a cinco de julio de dos mil veintiuno.

Vistos:

En esta causa RUC N° 2000593642-0 y RIT N° 8-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, por sentencia de veinticuatro de marzo pasado condenó a [REDACTED] a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y multa de cinco unidades tributarias mensuales como autora del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, ilícito previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, perpetrado el 11 de junio de 2020 en la comuna de Santa Cruz.

En contra de esa decisión, la defensa de la encausada interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de quince de junio pasado, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Considerando:

Primero: Que el recurso de nulidad deducido se funda, de manera principal, en la causal 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 de los artículos 1°, 4°, 42 y 43 de la Ley N° 20.000, artículos 1° y 2° del Código Penal; incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, pues se considera



como delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para sancionarla penalmente.

Explica que en el artículo 4 de la Ley N° 20.000 el objeto material descrito por el tipo penal hace referencia a que las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, deben ser productoras de dependencia física o síquica, o tratarse de materias primas que sirvan para obtenerlas, en consonancia con lo dispuesto en los incisos 1° o 2° del artículo 1° de la misma ley.

Añade que el artículo 1° de la Ley N° 20.000 expresa que las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, deben ser capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Así, para determinar si se trata de sustancias que produzcan graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, el legislador estableció en el artículo 43 de la citada ley, la obligación de elaborar un protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada, en el que debe identificarse el producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como asimismo, un informe sobre los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que producen y la peligrosidad que reviste para la salud pública.

Señala que en el caso sub-lite, el tribunal estimó suficiente un informe que supuestamente entregaba la pureza, sin análisis alguno de la droga incautada, pues solo se hace referencias al efecto de la marihuana, sin analizar la droga incautada.

Concluye solicitando que se acoja la causal de nulidad deducida de forma principal, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero



separadamente, la sentencia de reemplazo que absuelva a su representada del delito acusado.

Segundo: Que, como primera causal subsidiaria, también se hizo valer la contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, al quebrantarse los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000, artículos 1° y 2° del Código Penal; incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, lo que aconteció al considerar como delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para sancionarla penalmente, pues en el caso sub-lite su representada [REDACTED] lleva una encomienda dirigida a una persona determinada, su marido [REDACTED], y una cantidad ínfima de cannabis sativa (2,1 gramos).

Explica que en cuanto a los elementos que configura el tipo penal, cabe recordar que el daño social que el legislador tuvo a la vista al crear los tipos legales, en primer término, no fue la auto-lesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud a riesgos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud de los demás, estimando que dicho efecto no querido (difusión incontrolable), en esta caso una pequeña cantidad de droga (2,1 gramos), no tiene la capacidad de realizarlo.

Señala que en este caso se está ante una imputada que solo tiene una dosis, que no recibe remuneración alguna y que va dirigida a una persona en específico, no queriendo una difusión incontrolable, por lo que estima que el tribunal se olvida de principios rectores del Derecho Penal Chileno, como son los principios de lesividad, de proporcionalidad y de mínima intervención, los cuales



obligan al ente sentenciador a actuar conforme a éstos, más si se considera que se estableció que la acusada no era una persona que estuviese dedicada al microtráfico y que se consiguió este “pito”, para entregárselo al interno porque era su pareja, padre de su hija, porque se lo pidió insistentemente y era solo para él, por lo que claramente el bien jurídico salud pública no se vio siquiera conmovido con esta conducta.

Finaliza pidiendo acoger esta causal de nulidad, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que absuelva a su representada del delito por el que fue acusada.

Tercero: Que como segunda causal subsidiaria se ha incoado por la defensa nuevamente la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues se quebrantaron los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000, artículos 1°, 2° 15 N°1 del Código Penal; incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

Explica que en este caso se ha producido una errónea aplicación del artículo 15 N° 1 del Código Penal, al considerar a su representada como autora inmediata y directa de una conducta típica, en circunstancias, que los mismos sentenciadores señalan que ella llevó la droga solo a instancias de su pareja, es decir, lo que están reconociendo es que ella colaboró en el hecho de otro, que al menos la indujo a cometer esta conducta, pero lo curioso es que el inductor en este caso resulta impune, dado que se reconoce que la droga respecto de él era para su consumo personal y próximo en el tiempo en las dependencias del recinto penitenciario en que se encontraba, y que al ser su domicilio forzoso, permite excluirlo de sanción penal, o a lo más condenarlo por una falta, que en todo caso



estaría prescrita, pero se considera que ella, la inducida, sí realizó un tipo penal por el que se le impone una pena de tres años y años día de privación de libertad.

Agrega que el tribunal debió hacer una mejor interpretación del artículo 15 N° 1 del Código Penal, porque la imputada fue inducida a cometer este hecho, es decir, participar en un consumo de una persona y ella lo hizo por la cercanía que tiene con esa persona, por ello si los juzgadores hubiesen avanzado al siguiente punto de análisis, se habrían dado cuenta que solo existía una solución posible y es que como ella es la instigada por su cónyuge, quien será el instigador, su conducta está ligada siempre a la del instigador, quien subjetivamente está ligado a esa droga con la intención de consumirla, solo él, y como para el instigador la conducta es impune, la conducta de la imputada debe ser también considerada impune, sea porque se trata de una tentativa para cometer una falta o porque se considera que el consumo en la cárcel no es punible, para el que se encuentra encarcelado, por el principio de consunción inversa.

Agrega que de todas formas, al ser sorprendida su representada, la conducta solo se encontraba en grado de desarrollo de tentativa y, en consecuencia, para su cónyuge era una conducta atípica, porque el artículo 18 de la Ley N° 20.000 solo es aplicable a delitos y no a faltas, por lo que se aplican las reglas generales del Código Penal, que no castiga las faltas que se encuentran en grado de desarrollo de tentativa.

Termina solicitando acoger esta causal de nulidad, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que absuelva a su representada del delito acusado.



Cuarto: Que, como tercera causal subsidiaria, se ha esgrimido por la defensa de la imputada también la contemplada en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, al haberse aplicado la circunstancia prevista en el artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000, que estima que no concurre en este caso porque el legislador señala que la pena deberá ser aumentada en un grado si el delito fue cometido en un “lugar” de detención o reclusión y lo que se dio por acreditado es que su representada entró a un centro penitenciario, sin que se sepa si ese lugar es de “detención o reclusión” que son palabras que están definidas en la ley expresamente.

Indica que lugar de detención claramente no es, porque la detención es una medida cautelar, que se dispone en las comisarías, no en los centros penitenciarios y reclusión es una pena, pero que no se cumple en todos los recintos penitenciarios. Por tanto, si el tribunal dio por acreditados los hechos, no pudo dar por acreditada la agravante en comento, sin hacer una errada aplicación del derecho, dado que ha asimilado el concepto centro penitenciario a lugar de detención o reclusión.

Concluye solicitando se acoja esta causal de nulidad, se invalide solo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que condene a su representada por el delito de tráfico de pequeñas cantidades, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio.

Quinto: Que el motivo de invalidación alegado de manera principal 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.

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

“Que, con fecha 11 de junio 2020, aproximadamente a las 15:00 horas, [REDACTED], ingresó al Centro Penitenciario de Santa Cruz, ubicado en calle Arturo Prat N° 565, Santa Cruz, oportunidad en la que llevaba una encomienda dirigida al interno J [REDACTED], al revisarla en el sector de encomiendas por funcionarios de Gendarmería, estos verificaron que [REDACTED] al interior de dicha encomienda ocultaba, en una calceta de color negro, un envoltorio de nylon que contenía una sustancia color verde, que correspondía a cannabis sativa, que arrojó un peso bruto de 2,1 gramos, no teniendo aquella autorización para el porte de dicha sustancia ni para el ingreso de cannabis a internos del C.C.P. de Santa Cruz”.

Los hechos antes descritos fueron calificados jurídicamente como constitutivo del delito de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000, correspondiéndole a la acusada la calidad de autora, al haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.



Séptimo: Que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, en relación a su artículo 1°, 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°, esto es, 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.

Octavo: Que la disposición cuya configuración se ha tenido por probada no exige 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. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado en este caso, aun desconociéndose su concentración, fuese cannabis sativa, sustancia capaz de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Noveno: 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 N° 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.

Décimo: 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.

Undécimo: 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 esta sustancia, por lo que la causal de nulidad, debe ser desestimada.

Duodécimo: Que para la adecuada resolución de la primera causal subsidiaria invocada en el arbitrio asilado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por medio de la que se propone que la conducta desplegada por la acusada carece de la necesaria antijuridicidad material para sancionarla penalmente, pues la cannabis sativa, ascendente a 2,1 gramos, estaba destinada a una persona determinada dentro del establecimiento penitenciario, por lo que no se atenta contra el bien jurídico protegido en la Ley N° 20.000, pues no se dirige a personas indeterminadas y a la circulación incontrolable de la sustancia estupefaciente, cabe realizar las siguientes indispensables reflexiones.

Respecto del delito de tráfico de drogas hoy parece existir consenso en que el bien jurídico que se busca proteger es la salud pública, el que es de carácter colectivo y carente de individualización pues se refiere a la generalidad, y que ha sido entendido como la salud física y mental de aquel sector de la



colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas (Politoff y Matus, "Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes", en Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, 1998, p. 14).

Si bien se ha querido catalogar el tráfico ilícito de drogas como un delito de peligro abstracto -lo que ha sido denegado en fallos anteriores de esta Sala-, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo (Roxin, C. Derecho Penal, Parte General, T. I, Trad. 2a ed. alemana, 1997, pp. 336 y 407), no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos. (Cobo del Rosal-Vives Antón. Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., 1999, pp. 319 y 324).

En efecto, una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las



personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo pasado (Politoff, Matus, y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65).

En el mismo sentido, se exige que la conducta desplegada por el sujeto activo constituya ex ante un riesgo normativo típicamente relevante para el objeto de la tutela (Rettig, Mauricio, “Desarrollo previsible de la relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXII – N° 2, diciembre 2009, p. 185-203).

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- 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, como lo hace el artículo 4° en relación al artículo 1 de la Ley N° 20.000.

Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “praesumptio juris et de jure” de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff/Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3, inciso 7°, de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. Así se ha sostenido que si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro



abstracto, pues establecen una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro (Bustos y Hormazábal, Nuevo Sistema de Derecho Penal, 2004, p. 90).

Es la citada proscripción constitucional la que demanda que para la sanción de un delito de peligro se requiera la posibilidad que de la conducta pudiera seguirse la difusión incontrolable o incontrolada de sustancias que pongan en peligro la salud y libertad de los demás; lo que conduce a descartar la aplicación de los preceptos que reprimen el tráfico ilícito si la acción de que se trata aparece exclusivamente dirigida al concreto consumo de ellos por una persona individualizada. De esa manera, según sean las circunstancias y el contexto de los hechos, podrá decidirse si se trata de un acto aislado vinculado al "uso personal exclusivo y próximo en el tiempo" de un individuo o si ese acto debe incluirse en las hipótesis de incitar, promover o facilitar la difusión de drogas nocivas susceptibles de producir dependencia. Tal peligro está directamente vinculado al trayecto de la droga en el circuito criminal y su acceso a los más vulnerables, en particular a los jóvenes (Politoff/Matus, cit., pp. 16-19).

Entonces, aún cuando el tipo de los delitos de peligro abstracto -en el evento que se lo estimare aplicable al artículo 4° de la Ley N° 20.000- no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, sí requiere una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito. Se trata de exigir, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya



virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Conforme a esta variante, que configura ciertos delitos de peligro como delitos de “peligro hipotético”, se puede decir que no se dará la tipicidad del delito de tráfico de drogas en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de este delito quede totalmente excluido porque falta la posibilidad del resultado de peligro (Muñoz-Soto. “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2a Época, N° 7, 2001, p. 61).

Décimo tercero: Que, también debe tenerse presente que el principio de ofensividad que limita la potestad punitiva del Estado, excluyéndola, sobre aquellos supuestos en los que es la propia persona la que voluntariamente realiza comportamientos que representan un riesgo para su propia vida o salud, se vería quebrantado al entrometerse (punitivamente) el Estado en la esfera personal de quien voluntariamente ha decidido consumir determinadas sustancias (Escobar-Larrauri, “Legislación y Política Criminal en España en materia de drogas desde el nuevo Código Penal de 1995”, en Gran Criminalidad Organizada y Tráfico de Estupefacientes, 2000, p. 99).

En ese entendido, dado que el daño social que el legislador tenía en vista al crear los tipos legales de tráfico ilícito de estupefacientes no consiste en la autolesión, expresión de la autonomía de la voluntad de individuos singulares dispuestos a exponer su salud y su libertad a riesgos, sino en la posibilidad real que, de ese uso determinado, pudiera seguirse la difusión incontrolable de sustancias que pongan en peligro la salud y la libertad de los demás, nuestra ley sobre estupefacientes reconoce, siquiera parcialmente, el principio de la



autodeterminación sobre los riesgos a la propia salud al consagrar la impunidad, con algunas excepciones, de las acciones de tráfico de las sustancias de que se trata para el "uso personal exclusivo y próximo en el tiempo", de lo que debe inferirse que, de no mediar tales excepciones relativas a los sitios en que el consumo está prohibido y sancionado como falta, los actos de posesión, transporte, guarda o porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (artículo 4, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000), o de siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales productoras de la misma (artículo 8, inciso 1°, en relación al artículo 50 de la Ley N° 20.000), donde el destino de la sustancia sea el consumo personal exclusivo y próximo de la o las mismas personas que realizan las conductas antes enunciadas, no realizan el peligro general que se quiere evitar, sino, a lo más, pueden poner en peligro la salud del consumidor de esos productos, esto es, crear un peligro individual que la propia ley entiende no relevante a efectos penales (en términos similares, Politoff/Matus, cit., pp. 14, 15, 18 y 19).

Décimo cuarto: Que a la luz de las reflexiones anteriores cabe ahora centrarse en dilucidar si la conducta realizada por la imputada reúne las exigencias del tipo penal establecido en el artículo 4 de la Ley N° 20.000.

En el examen en referencia debe observarse si la conducta dubitada puede generar, incrementar o al menos potenciar el riesgo de difusión o propagación incontrolada de la droga o del tráfico de drogas en la comunidad o colectividad, lo que supone una cierta aptitud o posibilidad de que la conducta contribuya a la propagación, puesta a disposición o facilitación más o menos generalizada de alguna de las sustancias traficadas entre un número



indeterminado de consumidores finales, efecto o resultado que puede presentarse ya sea con un acto singular de venta de una dosis de droga a un único adicto o menor de edad, o por el contrario, puede estar ausente en el consumo privado de droga por una persona que se encuentra en un recinto penitenciario a la que le han proveído una cantidad pequeña de la misma.

Por ello es necesario establecer de un estudio global de los hechos informado por las restricciones que se derivan de la consideración del bien jurídico tutelado y del principio de lesividad, permite excluir totalmente el riesgo de difusión de la sustancia.

Décimo quinto: Que entrando ahora al caso particular de autos, la sentencia impugnada dio por establecidos los hechos consignados en el considerando sexto del presente fallo, agregando en el fundamento octavo, que la marihuana estaba destinada al consumo del cónyuge de la imputada con la finalidad de paliar los efectos del encierro.

Décimo sexto: Que sigue entonces revisar si en la especie concurren los presupuestos del artículo 4° de la Ley N° 20.000. Huelga señalar que este examen debe emprenderse respetando los hechos fijados por los sentenciadores, sin que quepa por tanto el examen o valoración de la prueba rendida en el juicio que llevó a su establecimiento.

En ese empeño debe determinarse si la conducta de la acusada realizada con el objeto de facilitar la sustancia obtenida a su cónyuge, quien se encontraba recluido en un establecimiento penitenciario, tenía como único propósito que él consumiera la cannabis sativa, o bien estaba destinada a otros internos.



Al respecto, en su considerando séptimo, la sentencia examinada establece que la acusada ingresó al Centro Penitenciario de Santa Cruz, en una encomienda, un envoltorio de nylon que contenía una sustancia color verde, que correspondía a cannabis sativa, que arrojó un peso bruto de 2,1 gramos, la que estaba destinada al interno [REDACTED]. A su vez, en el motivo octavo señala que el mencionado interno estableció el contexto que explican el hecho establecido, específicamente la petición realizada a su cónyuge (la acusada) de ingresarle marihuana para su consumo personal para paliar los efectos del encierro.

De esa forma, en los hechos y circunstancias que fijan los propios recurridos, la cannabis sativa incautada, ascendente a 2,1 gramos, estaba destinada al consumo de un único interno, su cónyuge, en atención a la cantidad de droga y al destinatario de la encomienda.

En consecuencia, no se ha asentado que se trate de una cantidad de droga que pueda ser destinada a un número elevado o al menos relevante de individuos y por un extenso período de tiempo.

Por ende, al no dar los jueces del grado por ciertas estas circunstancias u otras análogas, no es posible afirmar que la conducta de la acusada [REDACTED] haya tenido siquiera la posibilidad de constituir un riesgo para la salud pública que se protege en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, por lo que la puesta en peligro del bien jurídico protegido no concurre en este caso.

Décimo séptimo: Que por lo razonado se acogerá la primera causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal invocada en el recurso de nulidad por la errónea aplicación del artículo 4° de la Ley N° 20.000 con



influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, defecto relativo sólo a la sentencia impugnada, mas no el juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se aplicó una pena cuando no procedía aplicar pena alguna, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

Atendido lo resuelto, y de conformidad al artículo 384, inciso 2°, del Código Procesal Penal, no se emitirá pronunciamiento sobre la segunda y tercera causales subsidiarias fundadas también en la letra b) del artículo 373 del mismo código.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada [REDACTED] y, en consecuencia, se anula la sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno, en la causa RUC N° 2000593642-0, RIT N° 8-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, por lo que se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Se previene que el Ministro señor Llanos, estuvo también por acoger la causal principal del recurso de nulidad, en virtud de los siguientes argumentos:

1°) Que en este caso se trata de una hipótesis de tráfico ilegal de estupefacientes, pero en pequeña cantidad. Al respecto, 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 (SCS Roles N° 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014; N° 25.488-2014, de 20 de noviembre de 2014; N° 3.421-2015, de 14 de abril de 2015; N° 3.707-2015, de 28 de abril de 2015; 7.222-2015, de 20 de julio de 2015; y, N° 36.837, de 28 de enero de 2016, entre otras).

2°) 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 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 Roles N° 4.215-12, de 25 de julio de 2012; N° 21.599-2014, de 1 de septiembre de 2014; N° 25.488-2014, de 20 de noviembre



de 2014; N° 3.421-2015, de 14 de abril de 2015; N° 3.707-2015, de 28 de abril de 2015; y, N° 19.722-15, de 9 de diciembre de 2015, entre otras). 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 y, por ende, respecto de la existencia del delito.

3°) Que, en el caso que se revisa, se dice que la sustancia incautada corresponde a marihuana, sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza, ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro concreto del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que la acusada mantenía dosis de “algo” en lo que había marihuana, 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 4° de la citada ley, por ausencia de lesividad social del comportamiento enjuiciado y, por ende, de bien jurídico amagado.

4°) Que en mérito de lo razonado, al haber establecido la sentencia la comisión de la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley, incurrió en un error en la aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y por ende amerita su nulidad.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Valderrama y señora Letelier, quienes estuvieron por desestimar, además de la causal



principal, también las tres subsidiarias teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

1º) Que, en cuanto a la primera causal subsidiaria del recurso, debe considerarse que la conducta tipificada en el artículo 4 de la Ley N° 20.000 sanciona -en lo que interesa- al *“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”*. Agregando en el inciso segundo que *“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”*.

A su turno, el artículo 1º de la Ley N° 20.000 establece que las sustancias a las que se refiere son las *“capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”*, y que además, no se cuente con *“la debida autorización”*.

2º) Que en lo que respecta a esta causal subsidiaria, el motivo octavo de la sentencia impugnada explica la razón que conduce a estimar ilícito el hecho al señalar que: *“...es posible tener por establecido que la sustancia incautada consiste en marihuana con presencia de cannabinoles y que esta sustancia es*



productora de dependencia física o síquica, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. De esta manera es posible determinar que los efectos nocivos que para la salud produce la marihuana, concurren respecto de la droga que ha sido incautada en este caso, la que presenta las características de peligrosidad que requiere el tipo penal que se ha dado por configurado. De este modo, se puede tener por concurrente la afectación del bien jurídico, la salud pública, que supone la hipótesis legal, sin que, por tanto, existan déficits probatorios relativos a la antijuridicidad material que ella supone y que justifica, desde el punto del legislador, la incriminación de la conducta.”

Luego, expresó que *“para estos efectos, cabe recordar que el tipo no exige alguna clase de dosificación de la droga, que la misma sea dirigida a personas indeterminadas o que su circulación sea de carácter incontrolada para la configuración del ilícito. Por el contrario, la legislación sólo prevé la impunidad en ciertas hipótesis de consumo personal, al tiempo de que la única forma de control compatible con ella consiste en la eventual autorización por parte de la autoridad de salud, de modo que las consideraciones político-criminales que sustentarían la intervención de la potestad punitiva estatal se encuentran plenamente justificadas en la forma en que jurídicamente han sido plasmadas en las normas jurídicas, que es lo único interesa a un tribunal de derecho”*.

3°) Que, según aparece de los hechos establecidos en el fallo no resulta posible razonar como lo hace el recurso en esta causal subsidiaria, en el sentido que la conducta desplegada por la acusada resulte atípica y, por consiguiente, impune, en atención a que la droga estaba destinado a una persona determinada, por lo que no afectaba a una gran cantidad de individuos ni estaba destinada a su



distribución incontrolada, considerando la exigua cantidad de cannabis sativa (2,1 gramos), pues se estableció que la droga estaba en la encomienda que entregó la acusada en el centro penitenciario; que estaba destinada a otra persona, un interno del establecimiento penitenciario, y que por el informe pericial se acreditó que se trataba de la mencionada sustancia, todo lo cual amerita la sanción del hecho tal cual lo hacen los jueces que dictaron el fallo recurrido, por cuanto la imputada portaba la droga, la entregó oculta en una encomienda y estaba destinada para que fuera consumida por un tercero, sin contar con la autorización de la autoridad competente, por lo que concurren en la especie los presupuestos del tipo penal.

4°) Que en cuanto a la segunda causal subsidiaria, también debe ser desechada, pues, conforme a lo expresado, la cannabis sativa que portaba la imputada en la encomienda estaba destinada para el consumo de un tercero, conducta que satisface el tipo penal del artículo 4° de la Ley N° 20.000, que sanciona la transferencia o facilitación de tal sustancia a cualquier tipo.

5°) Que en lo referido a la causal subsidiaria, por la que se postula la errónea aplicación al caso en análisis de la circunstancia contemplada en el artículo 19 letra h) de la Ley 20.000, que impone el aumento de la pena en un grado si “el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial”, es necesario recordar que de acuerdo a la historia del establecimiento de sus antecesoras (concretamente, en la discusión que sirvió de antecedente para la sustitución de la Ley 18.403), aparece que ella fue introducida atendida la necesidad de “evitar el consumo de drogas por parte de los internos en los establecimientos carcelarios” (Informe de la Comisión



Especial del Problema de la Droga en Chile, boletín N° 653-07, Cámara de Diputados), siendo reproducida sin modificaciones en la Ley 19.366, adicionándose – a propósito de la dictación de la Ley 20.000- la referencia a los lugares “de reclusión” que se advierte en su redacción vigente, eliminando de su texto la referencia a “sus inmediaciones”, lo que restringe su aplicación a los delitos que se cometan en el interior del recinto penal. Lo anterior, entonces, da cuenta del interés del legislador penal en evitar la comisión de los delitos que la Ley en comento contempla, en el interior de – entre otros- recintos penitenciarios, atendida la afectación de derechos esenciales que tales conductas acarrearán a personas que se encuentran en situación de privación de libertad. En efecto, la redacción del precepto discurre exclusivamente en que el delito se haya perpetrado dentro de un centro de detención, sin hacer distinción alguna.

Así las cosas, la distinción que el recurso formula respecto a que no se estableció que se trataba de un recinto de detención o reclusión, aparece como artificial toda vez que los hechos se producen al interior del recinto que se encuentra bajo la tutela de Gendarmería de Chile destinada a mantener personas privadas de libertad.

6°) Que por lo expuesto, resulta evidente que la aplicación que los jueces del grado han hecho de la causal de agravación de pena contemplada en la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000 ha sido ajustada a derecho, ya que han considerado acertadamente que el ilícito se produjo en el interior del recinto penitenciario (considerando séptimo), de manera que no se ha producido el error de derecho denunciado.

Regístrese.



Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la prevención y la disidencia,
sus autores.

Rol N° 25.388-2021.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. y Ministro Suplente Jorge Luis Zepeda A. Santiago, cinco de julio de dos mil veintiuno.

En Santiago, a cinco de julio de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

