

Santiago, veintiséis de abril de dos mil once.

Vistos, oídos los intervinientes:

PRIMERO: Que don Luis Vacca Soria, abogado, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de La Florida, ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia de uno de febrero del año en curso, en virtud de la que se absolvió a Sonia del Pilar Echeverría Cabezas, del cargo formulado por el Ministerio Público, como autora del delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 4º de la Ley 20.000.

SEGUNDO: Que, al plantear su recurso, el recurrente señala que el Ministerio Público dedujo acusación fundado en los siguientes antecedentes: "El día 1º de mayo de 2010 aproximadamente a las 18:45 horas, el funcionario policial Carlos Opazo González de la 46ª Comisaría de Carabineros de Macul, previamente autorizado por la Fiscalía, concurrió en calidad de agente revelador hasta el inmueble ubicado en calle Pasaje Michilla Nº 3896, en Macul, inmueble en el cual vive la imputada Sonia del Pilar Echeverría Cabezas, ya individualizada, a la cual le compró dos papelillos de cocaína que arrojaron un peso bruto de 500 miligramos (peso neto de 100 miligramos) en \$2.000, razón por la cual se procedió a su detención. Debe señalarse que al procederse al registro del inmueble ya individualizado, la policía incautó una cantidad total aproximada de 270 papelillos de pasta base de cocaína los que arrojaron un peso bruto de 56 gramos 400 miligramos (peso neto de 14 gramos 700 miligramos) con una pureza del 51%. Sustancia estupefaciente que era poseída por la imputada ya individualizada. Además la policía incautó 6 teléfonos celulares de diferentes marcas y modelos y \$775.235 en dinero efectivo procedente de la venta de drogas".

Agrega, que se estimó que el hecho precedentemente descrito, constituye el delito de microtráfico, ilícito previsto y sancionado del artículo 4º de la Ley 20.000, atribuyendo a la acusada participación en calidad de autora conforme al artículo 15 Nº 1 del Código Penal, toda vez que ha tomado parte en la ejecución de los hechos de una manera directa e inmediata, a quien le perjudicaría la circunstancia agravante del artículo 12 Nº 16 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias atenuantes.

Indica que, presentó prueba testimonial de los funcionarios que practicaron el procedimiento y prueba pericial consistente en los protocolos de análisis de la droga e informe sobre tráfico y acción de la cocaína elaborados por el ISP respecto de la sustancia incautada, prueba esta última que fuera introducida a través de la lectura.

Sostiene que sin perjuicio de ello, el tribunal absuelve a la acusada y para ello tiene en consideración dos aspectos: uno, que no obstante haberse acreditado que la sustancia incautada era cocaína, no se habría acreditado el porcentaje de pureza de la misma, lo que era medular según su entendimiento para probar que dicha droga era capaz de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública según lo exige el artículo 1º de la Ley de drogas y, un segundo, que dice relación con la entrada y registro sin autorización ni orden previa que realizara la policía al domicilio de la acusada –tras la adquisición por parte del

agente revelador— lo que significó la incautación de más droga desde su interior, y la detención de la acusada.

TERCERO: Que, el recurrente funda su recurso en dos causales que se interponen de manera conjunta, la primera del artículo 373 letra b) y la segunda del artículo 374 letra e) en relación al 342 letra c) y 297, y una tercera interpuesta en subsidio de las anteriores, la del artículo 374 letra g), todas del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que, en lo tocante a la causal prevista en el artículo 373 letra b), sostiene el recurrente que en el pronunciamiento de la sentencia se ha realizado una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, primero respecto de los artículos 1º, 4º, 43 y 63 de la Ley 20.000 y artículo 1º del Reglamento 867 de la Ley 20.000 y segundo respecto de los artículos 4º y 25 de la ley de drogas en relación a los artículos 206 y 130 del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que en lo tocante al primer grupo de normas erróneamente aplicadas o infringidas, esto es los artículos 1º, 4º, 43 y 63 de la Ley 20.000 y artículo 1º del Reglamento 867 de la Ley 20.000, sostiene el recurrente que al examinar el considerando undécimo se advierte que el fallo entiende que la primera hipótesis de los hechos, referida a que el agente revelador adquirió dos papelines de droga a la imputada, efectivamente ocurrió y que esta fue analizada por el Instituto de Salud Pública quien elaboró una pericia cuya conclusión era que los dos papelillos pesaron lo que se indicó y correspondía a cocaína sin especificar su pureza, agregando el fallo que al faltar la determinación de la pureza no era suficiente que el peritaje dijera que cualquiera pureza produce daño a la salud pública, sino que debía demostrarse que la droga tenía cierto grado de pureza para afirmar que los daños que produce la droga son considerables para la salud pública según el artículo 1º de la ley de drogas. Luego al no determinarse la pureza de la droga, el tribunal no dio por establecido que se estaba en presencia de una droga que produzca efectos tóxicos al organismo.

De lo dicho resulta que el tribunal realizó una errónea aplicación de la norma del artículo 4º en relación al artículo 1º de la ley de drogas pues eleva como exigencia del tipo penal (en este caso del microtráfico) una exigencia que no existe en la norma cual es la determinación de la pureza de la droga, de manera que si ella no resulta probada o establecida por el ISP la conducta debe quedar impune, como ocurrió en la especie.

Agrega que es la propia ley de drogas, artículo 63, la que reenvía a un reglamento la determinación de las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productora de dependencia física o síquica capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Por su parte el artículo 1º del Reglamento 867 de la ley de drogas, incluye la cocaína calificándola como una sustancia o droga estupefaciente productora de dependencia física o síquica, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

De la sola lectura de las normas referidas, añade el recurrente, se concluye que en ningún momento se exige por el legislador como elemento o exigencia del tipo penal de tráfico o microtráfico, la determinación de la pureza de la droga para establecer que estamos en

presencia de una sustancia sancionada por la ley de drogas como exige el tribunal.

El error de derecho del tribunal radica en exigir o establecer requisitos que no se encuentran dentro del artículo 4º de la ley 20.000 que tipifica el microtráfico ni en ninguna otra de las citadas disposiciones legales y reglamentarias. Luego al exigir el tribunal que el Ministerio Público probase la pureza de la droga para sancionar a la acusada, está contraviniendo expresamente el texto de las normas citadas, que no establecen dicha exigencia.

SEXTO: Que el segundo grupo de normas erróneamente aplicadas, en opinión del recurrente, son los artículos 4º y 25 de la ley de drogas en relación a los artículos 206 y 130 del Código Procesal Penal. En este sentido el Ministerio Público señala que el tribunal a quo entiende que la adquisición de droga realizada por el agente revelador, definiéndolo según el artículo 25 de la ley de drogas como un agente policial que simula ser comprador, para sí o terceros, de sustancias estupefacientes con el propósito de lograr la manifestación o entrega, no genera ni puede generar una situación de flagrancia porque está dentro del marco de una investigación, en consecuencia no puede quedar cubierta por el artículo 206. Por otra parte, los sentenciadores estiman que la entrada y registro efectuado por la policía tras la compra de dos papelinas a la acusada, tampoco resulta amparada por el artículo 206, desde que el ingreso no se hizo cuando se estaba cometiendo un delito al interior del mismo sino después de haber sido cometido o consumado.

El recurrente sostiene que en el razonamiento efectuado por el tribunal para calificar de prueba ilícita y vulneratoria de garantías fundamentales, transgrede los artículos 4º y 25 de la ley de drogas y 206 en relación al 130, ambos del Código Procesal Penal. En efecto, sostiene que se trata de un agente provocador expresamente amparado por la legislación para generar la manifestación y el hallazgo de la droga, técnica autorizada por el artículo 25 de la ley de drogas que define al agente revelador, la que se utiliza para sorprender al sujeto cometiendo alguno de los verbos rectores del delito de tráfico o microtráfico, que permita la detención del sujeto y la incautación de la droga.

Entender que la figura del agente revelador que nace de una investigación en curso es incompatible con la flagrancia, constituye una errónea aplicación del artículo 25, pues justamente dicha figura apunta a la materialización o consumación de un delito que se concreta con la manifestación o entrega de la droga al agente policial que simula ser comprador, situación claramente –a su entender– flagrante a la luz del artículo 206, lo cual satisface claramente el verbo rector del delito de microtráfico sobre porte, posesión y transferencia de una sustancia estupefaciente, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, toda vez que dicho razonamiento ha determinado que el tribunal considere que la policía ingresó al domicilio, sin cumplir las exigencias del artículo 206 del Código Procesal penal, respecto a que el delito no se estaba cometiendo porque el agente revelador no puede generar una flagrancia, en consecuencia dicho ingreso y registro es ilegal y siendo ilegal no es prueba que pueda ponderar, razón por la que absuelve a la acusada.

SÉPTIMO: Que la segunda causal invocada, conjuntamente con la anterior, la del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, la hace

consistir en que en la valoración de la prueba se contravinieron conocimientos científicamente afianzados.

En este aspecto el recurrente sostiene que el tribunal reconoce y deja por establecido en el considerando undécimo que el informe del ISP sobre acción y tráfico de la cocaína en el organismo señala que cualquier pureza produce daño a la salud pública, pero insiste en que debía probarse que la sustancia analizada tuviera cierto grado de pureza para poder sancionar, lo que contraviene los conocimientos científicamente afianzados incorporados a través del informe anexo al protocolo que concluye sobre los efectos nocivos a la salud. Señala el impugnante que se falla contra informe científico, expreso, que refiere que la cocaína cualquiera sea su porcentaje produce efectos dañinos.

OCTAVO: Que, en subsidio de las anteriores, invoca la causal del artículo 374 letra g), esto es cuando la sentencia hubiera sido dictada en oposición a otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Funda su causal el recurrente en la circunstancia que el tribunal a quo en los considerandos séptimo, octavo, décimo y duodécimo, efectúa un verdadero examen y pronunciamiento sobre la admisibilidad de la prueba del Ministerio Público, declarándola ilícita y vulneratoria de garantías, a pesar del claro contenido del artículo 276 del Código Procesal Penal que indica que el competente para conocer y resolver dicha materia es el Tribunal de Garantía.

NOVENO: Que, siendo el sustrato del recurso alegado la circunstancia que la naturaleza del delito indagado en la causa es un delito de peligro abstracto, el cual requeriría para su configuración la mera presencia de sustancias que especifica el Decreto Nº 867 del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial de 19 de febrero de 2008, y consecuencialmente, no sería necesario, como requisito esencial, la obligatoriedad de un peritaje para determinar el peso o cantidad de droga, grado de pureza ni composición, se habría producido manifiestamente la infracción de ley (artículos 3º, 4º y 25 de la ley 20.000 y 206 en relación al artículo 130 del Código Procesal Penal) y de manera derivada infracción a la valoración de la prueba aportada por el órgano persecutor (artículo 374 letra e) en relación con los artículos 342 letra c) y 297 todos del Código Procesal Penal).

DÉCIMO: Que, la doctrina ha definido los delitos de peligro abstracto como aquellos donde el peligro se presupone como motivo establecido por el legislador y no aparece especialmente en el tipo (Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, P. 128). Por lo tanto, el peligro no se encuentra en el tipo penal, solo queda comprobar la realización de la conducta como mera actividad, sin ninguna exigencia probatoria, toda vez que, aun demostrando la inexistencia de peligro en el caso específico, la tipicidad de la acción no desaparece, caso contrario ya no sería un tipo de peligro abstracto sino de peligro concreto, cuya proximidad de lesión si debe verificarse en cada supuesto, pues el peligro es un elemento del tipo.

Que el fundamento de este tipo de delitos establecido por el legislador es la evitación de peligros concretos y de lesiones, sin que su concurrencia sea requisito del tipo. El legislador se

limita a describir un determinado comportamiento que según la experiencia posee idoneidad genérica de peligro o de lesión para el objeto de tutela, sin necesidad de que esa amenaza se verifique empíricamente (Temas de Derecho Penal Argentino, varios autores, artículo Los Tipos Penales y su Clasificación, Juan Facundo Gómez, Editorial La Ley, 2006, Págs. 180 y 181).

UNDÉCIMO: Que siendo las normas de los artículos 3º y 4º de la Ley 20.000 delitos de peligro abstracto, toda vez que sancionan la existencia de un peligro que puede o no acaecer, y que conlleva una idoneidad genérica en un comportamiento, sin necesidad de que se verifique en la práctica la lesión del objeto de tutela, es que en la especie se configura esta variable de ilícito penal, más aun teniendo presente las circunstancias y contexto en el cual se verificaron los hechos indagados.

DUODÉCIMO: Que de los antecedentes y de lo aseverado en la audiencia se estableció la existencia de droga, su cantidad y el hecho que esta estaba destinada a su comercialización, como asimismo que dicha sustancia implicaba un atentado al bien jurídico salud pública, solo faltando al efecto la determinación de su pureza.

Que en igual sentido no puede desconocerse el aporte científico que significa el informe del ISP que obra en autos mediante su lectura, elemento probatorio que conlleva necesariamente el desconocer la evidencia de un análisis de naturaleza científica e indubitado en materia de análisis de droga, puesto que el propio sentenciador de primer grado reconoció su existencia y contenido y sólo observó la omisión sobre el grado de pureza de la sustancia analizada. Que de este modo, los parámetros probatorios del tipo penal del artículo 4º de la Ley 20.000 se encuentran acreditados en autos.

DECIMOTERCERO: Que del mismo modo el artículo 25 de la Ley 20.000 prevé la figura del agente revelador, instituto mediante el cual se ha comprobado en la causa la comisión del ilícito por el cual le formuló cargos a la imputada, de tal modo que no ha existido vulneración al sistema probatorio, en relación a la flagrancia en la comisión del delito, ya que cómo se señaló precedentemente en los motivos anteriores, estamos ante la presencia de un delito de peligro abstracto cuya consumación se materializó con el motivo establecido por el legislador al crear la norma, donde sólo basta comprobar la realización de la conducta del sujeto activo, como mera actividad, sin ninguna otra exigencia probatoria, toda vez que, aun demostrando la inexistencia de peligro en un caso extremo, la tipicidad de la acción no desaparece, requiriendo para su concreción que el comportamiento del autor o partícipe tenga idoneidad genérica de peligro o de lesión del bien jurídico tutelado.

DECIMOCUARTO: Que teniendo como presupuesto que estamos en presencia de un delito de naturaleza de peligro abstracto, aparece violentado el artículo 297 del Código Procesal Penal, como también los artículos 206 en relación al 130, del mismo cuerpo legal, fundado en que asentada la naturaleza del ilícito, el sistema probatorio adecuado para configurar dicho injusto, es determinar que la amenaza objeto de la tutela jurídico penal, se verifique empíricamente, lo cual acaeció con el acto de tener en su poder la imputada la droga, destinada a la comercialización, como asimismo con la prueba aportada a los autos del informe del ISP, que acreditó la naturaleza de la droga y su cuantía, elementos suficientes para dar por configurado

el tipo penal singularizado en el artículo 4º de la ley 20.000.

DECIMOQUINTO: Que atendida esta cadena de razonamientos deductivos, cabe inferir en virtud del mandato constitucional del artículo 19 N° 3 y de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal relativo a la prognosis en cuanto a la aplicación de una pena menos rigurosa en virtud del principio pro reo, por lo que en la especie debe aplicarse en el proceso de subsunción legal de la conducta desplegada por la autora del delito la norma del artículo 4º de la ley 20.000, esto es la figura delictiva del microtráfico.

DECIMOSEXTO: Que, de lo dicho, resulta que al haberse absuelto a la imputada, los sentenciadores han hecho una errónea aplicación de las normas denunciadas que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido, por lo que se acogerá el recurso interpuesto por las causales de los artículos 373 letra b) y del 374 letra e) del Código Procesal Penal, interpuestas en forma conjunta.

DECIMOSÉPTIMO: Que atendido lo resuelto precedentemente, se omite pronunciamiento respecto de la causal de nulidad invocada en forma subsidiaria a las acogidas.

Por estas consideraciones y de conformidad a lo dispuesto por los artículos 372, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia de uno de febrero de dos mil once, pronunciada por el Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, y se declara que dicha sentencia es nula y que también lo es el juicio en que ella fue dictada, debiendo, en consecuencia, procederse a un nuevo juicio oral para lo cual se remitirán los antecedentes a los jueces no inhabilitados que corresponda.

Acordada con el voto en contra del Ministro Javier Aníbal Moya Cuadra, quien fue de opinión de rechazar el recurso de nulidad atento las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Que, en relación a la primera causal, letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la circunstancia de faltar la determinación de la pureza, al margen de su exigibilidad en el tipo penal del artículo 4º de la ley N° 20.000, debe entenderse en íntima relación a lo dispuesto en el artículo 43 del igual cuerpo legal en cuanto el protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada al Servicio de Salud debe de contener una serie de exigencias, todo lo cual forma parte del tipo.

Más aún, la infracción al artículo numerado conlleva un efecto pedagógico a los operadores del sistema, precisamente pues su accionar perjudica el derecho de la defensa por el imputado en términos de desconocerse, absolutamente, la base real del tipo penal y sus reales efectos de provocar una dependencia física o síquica; así la no exigencia anotada respecto del tipo que se consagra en el artículo 4º de la ley anotada, debe ser desestimada por lo actuado por el Ministerio Público y que, perfectamente, pudo haber acreditado en relación a la línea que debió plantear en el juicio oral respectivo en relación a las otras evidencias.

SEGUNDO: Que, en igual contexto de infracción de ley, ahora, respecto a los artículos 25 y 4 de la ley N° 20.000 en relación con los artículos 206 y 130 del Código Procesal Penal, lo concreto

resulta ser que existe una unidad diversa de lo fáctico; es decir, dos momentos diferentes que se traducen en que el segundo –que ocurre con ocasión del ingreso a la casa– requería de una autorización al efecto, que no ocurrió; lo anterior, resulta acorde a lo dispuesto en el artículo 206 del Código Procesal Penal en términos de la debida autorización a lugar cerrado, situación que es aceptada por los propios funcionarios de policía.

De allí que resulta inadecuado el esgrimirse por el recurrente lo dispuesto en el artículo 130 del citado código, toda vez que refiere situaciones diversas al concepto de flagrancia: lo que ocurre en el caso de autos es que el ingreso a la casa no es secuela de un contexto de flagrancia al margen de que ninguna de las circunstancias citadas por la norma, puede encuadrarse en el desarrollo fáctico; lo anterior concluido, sin perjuicio de precisar que la calidad de agente revelador en ningún momento conlleva un contexto de flagrancia, es decir, no la genera; precisamente, atento la distinción de los momentos de la dinámica aludida que, más aún cuando fue presentado por el Ministerio Público como tráfico de drogas de pequeñas cantidades, es decir, habiéndose ya incautado la droga ilícita por el nominado agente.

TERCERO: Que, respecto de la segunda causal invocada, por eventuales infracciones a los artículos 374 letra e) en relación a los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, es dable argumentar que se aprecia por el Tribunal una exposición razonada de sus conclusiones; es decir, ha existido valoración de las evidencias en juicio.

Concordante, si se cuestiona por el recurso la forma de valoración de los medios de prueba, tal fundamento escapa del sentido del recurso de nulidad al ser de derecho estricto, precisando que los jueces de fondo tienen facultad privativa respecto de las evidencias aportadas.

CUARTO: Que en relación a la tercera causal alegada con carácter de subsidiaria de las anteriores, basada en que la sentencia ha sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada, letra g) del artículo 374 del Código Procesal Penal, lo concreto resulta ser que el sistema privilegia la eventual condena sobre evidencias que los intervinientes no cuestionan; así, la disconformidad que se plantea de haberse discutido los medios de prueba en la audiencia ante el Juez de Garantía, pierde fuerza y vigor.

Concordante, tal resolución –que en ningún caso es sentencia que resuelve el litigio de la acusación–, por ende, no indica "alguna sentencia" respecto de condena recaída en juicio anterior que hubiese posibilitado la consonancia con el instituto procesal de la cosa juzgada.

Redacción del voto de mayoría, Ministra señora María Soledad Melo Labra, y el voto disidente de su autor, Ministro señor Javier Aníbal Moya Cuadra.

Regístrese, comuníquese y otórguese copia a los comparecientes.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el Ministro señor Javier Aníbal Moya Cuadra e integrada por la Ministra señora María Soledad Melo Labra y la abogada

señora Andrea Muñoz Sánchez, quien no firma, por ausencia.

Rol Corte N° 335–2011.