

Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, ruc 1100846780-5

Santiago, ocho de abril de dos mil trece.

VISTOS, OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: *Tribunal e intervinientes.* Que el día tres de abril del presente año, ante los jueces doña Nora Rosati Jerez, quien la presidió, don Marcelo Ovalle Bazán, y don Pablo Andrés Toledo González, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en esta causa **RIT N° 46-2013**, seguida en contra de **Mario Lisandro Fernández Plaza**, apodado "chico Mario", 46 años de edad, soltero, talabartero, cédula de identidad N°10.891.491-2 domiciliado en calle 5 Oriente 8481, Población San Gregorio, comuna de La Granja, actualmente en prisión preventiva.

Fue parte acusadora en este juicio el **Ministerio Público**, representado por el Fiscal Adjunto don Israel Muñoz González.

La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Público don José Luis Correa Barraza.

SEGUNDO: *Acusación.* Que el ente persecutor fundó la acusación formulada en contra del acusado, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, en que el día 20 de Agosto de 2011, a eso de las 07:30 horas aproximadamente, en la intersección de las calles Nueva Central con 12 de Mayo, de la comuna de Conchalí, el imputado fue sorprendido por funcionarios de carabineros, en los precisos instantes que arroja al suelo un monedero de color negro de material sintético el cual contenía en su interior la cantidad de 210 envoltorios de papel de color blanco contenedores de una sustancia de color beige con un peso bruto aproximado de 24,1 gramos. Al proceder al registro del acusado se encontró en su poder la suma de \$6.600 en dinero efectivo.

Efectuada la prueba de rigor científico a la sustancia incautada, ésta arrojó coloración positiva ante la presencia de pasta base de cocaína.

Sostuvo el Ministerio Público que los hechos relatados se califican jurídicamente como constitutivos del delito de **tráfico de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas**, contemplado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, en relación al artículo 1° de la citada ley, el que

se encuentra consumado, y en el que habría correspondido al acusado una participación en calidad de autor, en los términos que contempla el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Agregó que respecto del imputado no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, por lo que solicitó se impusiera la pena de **tres años** de presidio menor en su grado medio, accesorias legales, una multa de 30 Unidades Tributarias Mensuales, además del comiso de los efectos e instrumentos y la condena al pago de las costas del procedimiento.

TERCERO: *Alegatos de apertura.* En su alegato de apertura la **Fiscalía**, expuso que se acreditarán los hechos materia de la acusación con la prueba rendida, en los mismos términos indicados en la acusación. El porte que mantenía el imputado claramente no permite suponer que estaban destinadas a su consumo ni personal, próximo o exclusivo.

La defensa, por su parte, estimó que se van a plantear dos hipótesis como teoría del caso. Va a cuestionar la existencia de la tipicidad de esta conducta por la antijuricidad material, porque se trata que a su defendido supuestamente le encontraron un monedero con 210 papelillos con peso de 24 gramos, si se hace la división cada papelillo sería de 0.1 gramos por papelillos, por lo que no se puede considerar que afecta el bien jurídico en cuestión, no produce afectación a la salud pública. En la carpeta judicial, no aparece el contenido de la pureza de la droga, sino que sólo que es pasta base de cocaína y además, cafeína y no se cumple con el estándar del artículo 43. En subsidio, en el caso que se acredite la existencia de pasta base de cocaína, solicita que se le condene por el hecho que su defendido fue a comprar droga y mientras estaba consumiendo fue detenido. El tiene 6 condenas anteriores por consumo de pasta base, es adicto crónico. El adquirió esta droga producto del robo. El sustrae especies para saciar su consumo de pasta base.

CUARTO: *Declaración del acusado.* Que en el transcurso de la audiencia el acusado, debidamente informado de sus derechos, renunció a aquel que le permite guardar silencio y voluntariamente prestó declaración indicando que *“yo andaba fumando para Conchalí y yo compré 110 mil en papelillo, los compro para fumar producto del robo. Y como tengo puro consumo, porque siempre he consumido, soy crónico pa’ la pasta, siempre he*

fumado pasta, y apareció carabineros y me pillaron con el "chorito", y tenía cinco mil y tanto yo po, pero nunca he vendido pasta, puro consumo nomás."

Interrogado por la **defensa** indicó que "no me acuerdo cuándo fui detenido. Yo no estaba vendiendo, estaba fumando, estábamos haciendo una fogata. Yo me consumo 400 mil pesos diarios, en toda la noche, eso equivale como a 400 papeles, fumo día y noche. Tengo condenas anteriores por consumo de pasta base".

Contra-examinado por la **fiscalía** señaló que "yo consumo todos los días. Salgo a trabajar en el día y consumo en la noche, 200 mil pesos diarios. A la semana gasto harta plata. No sé cuánto gano al mes, pasaba robando. Yo soy talabartero, ganaba el mínimo, hacía puras pelotas de fútbol. Ganaba 15 pesos semanal. Después cuando quedaba pato, empezaba a delinquir, ganaba como 500 lucas diarias. Fumaba día y noche. No trabajaba mucho, me gustaba más delinquir. Consumo 400 papelillos al día. Todo lo que ganaba iba a comprar. Ese día ya había comprado la droga. Un papelillo vale 500 pesos. Compré 100 mil pesos ese día".

Sobre la declaración efectuada por el imputado en estrados, y su correspondiente valoración, ésta se efectuará en la parte final del fundamento séptimo.

QUINTO: Elementos del tipo penal. Que, para que se configure el tipo penal objetivo del delito de **Tráfico Ilícito de Pequeñas Cantidades de Sustancias Estupefacientes**, previsto y sancionado en los artículos 1° y 4° de la Ley 20.000, en relación con lo dispuesto en el artículo 1° del Reglamento de la citada ley, por el cual el tribunal emitió su veredicto condenatorio, el Ministerio Público debió acreditar que el acusado **traficó**, a cualquier título, o indujo, promovió o facilitó, el consumo del objeto material de este delito, consistente en **pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes** o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica capaces de provocar un efecto tóxico o daños a la salud pública, entendiéndose que **trafican** los que, sin contar con la autorización competente exporten, importen, transporten, adquieran, **transfieran**, **posean**, sustraigan, suministren, **guarden** o porten consigo tales sustancias.

SEXTO: Alegatos de clausura. Que en sus alegatos de clausura, el **Ministerio Público** expuso que con la prueba rendida se acreditaron los

elementos del tipo del artículo 4 de la ley 20.000. El acusado no tenía autorización para posesión y portaba consigo sustancias ilícitas que son altamente adictivas según informe de efectos y peligrosidad, según indicó la perito. Adicionalmente el imputado mantenía un monedero tipo colgante, típico para ser usado para el tráfico en pequeñas cantidades. Según máximas de la experiencia no permite suponer que la droga hubiese destinada al uso exclusivo y próximo en el tiempo. Los mismos funcionarios policiales indicaron que según su experiencia la droga encontrada estaba destinada al microtráfico. No se acreditó por la defensa que estuviese destinada al consumo personal del imputado, para ello no es suficiente el extracto de filiación que da cuenta de multas entre el año 2008 y 2010 por faltas de la ley 20.000, no hubo peritaje que diera cuenta de una adicción crónica. Además, la declaración del acusado mantiene importantes contradicciones. En primer lugar, indicó que consumía alrededor de 200 mil pesos diarios, día y noche, lo que sería \$1.400.000 semanales, y \$5.600.000 al mes. Si consumiera todo el día, si ganaba el mínimo, se advierten contradicciones, por otro lado dijo que no le gustaba trabajar mucho, y que el día de los hechos se gastó toda la plata, pero se le incautaron 6.600 en efectivo, dinero de distinta denominación. Por lo que su declaración es un intento por agrandar su consumo, llegó a decir 400 papelillos al día, o sea, 16.6 papelillos por hora sin dormir. O sea, 1 papelillo cada 3 minutos, sin realizar ninguna otra actividad, por lo que esto es un intento burdo para disimular el microtráfico en el que fue sorprendido.

En cuanto a la alegación de la naturaleza de la droga incautada, se logró acreditar que se trata de pasta base de cocaína. La cual es altamente tóxica, según da cuenta los informes y la propia declaración de la perito. Es por ello que debe rechazarse la antijuricidad material planteada por la defensa, puesto que no varían los efectos de la droga si se trata de una mayor o menor cantidad de la misma, aun cuando cada papelillo sea de 0.1 gramos, ya que el efecto es tóxico y el daño a la salud se produce. De lo contrario y jurídicamente, asumir la teoría de la defensa sería convertir este delito como de peligro concreto, y por el contrario, los delitos de la ley 20.000 son de peligro abstracto. No es en cada papelillo donde se debe analizar el riesgo o peligro concreto, sino que se debe ver el delito de emprendimiento que hay

detrás, en la actividad de microtraficante del acusado, y de todo lo que ello puede provocar en la salud pública.

En cuanto a la pureza, señaló que el artículo 4 de la ley 20.000, se refiere a ella para poder distinguir entre una circunstancia de consumo personal y una actividad de tráfico en pequeñas cantidades, lo que es consistente con los dichos de la propia perito, en el sentido de que independiente de la pureza el efecto tóxico es uno. De todo el contexto que se pudo verter en el juicio se descarta el consumo, por lo que pierde relevancia la calidad específica de la droga y las dos hipótesis que señaló la defensa confunden y debe ser rechazada. Lo incautado fue en definitiva 4.8 gramos y hay un acuerdo institucional con el IPS, en términos de que en este tipo de drogas con más de 10 gramos de incautación, se realiza la prueba de la pureza, no así en este caso. La perito fue clara al decir que con independencia del grado de pureza, la cocaína es tóxica.

Por su parte **la defensa**, insistió en la absolució de su defendido, ya que efectivamente éste fue detenido por dos aprehensores y mantenía en su poder un monedero con 210 elementos cuyo contenido era cocaína y cafeína. Pero ese hecho no constituye delito, ya que no cumple con todos los elementos del tipo, esto es, una acción típica, jurídica y culpable. Hay acción, es típica, pero es antijurídica. La antijuricidad puede ser formal y material. Respecto de la formal, incluso se puede dar por acreditada, pero la material?, no existe en este hecho, ya que dice relación con la dañosidad social efectiva a través de alguna lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Así lo ha señalado la Corte Suprema en la causa Rol 4215-2012 de fecha 25-06-12, donde anuló la sentencia RIT 24-2012 del TOP San Antonio, que es muy similar a esto. En el protocolo químico existía pasta base y bicarbonato y no se pudo determinar el grado de pureza. En este caso había cocaína y cafeína, pero no se sabe cuánto de cada cual. Ese porcentaje tiene que ser idónea para generar efectos tóxicos y daño a la salud pública. Al no existir este análisis no se puede tener claridad a la afectación del bien jurídico. A falta de este elemento, se estaría infringiendo el principio de lesividad. Al no existir este dato de pureza no se configura el elemento típico. Por lo demás, en algunos casos se ha planteado que el artículo 43 es indiciario, pero ello no es así. El voto disidente del TOP San Antonio se hace cargo de aquello, cualquiera d elas

sustancias que se puedan dar por acreditadas se podría entender que es tráfico. El legislador estableció que era necesario este artículo 43, para entender si la droga genera daño a la salud pública. Además, la doctrina también se ha referido a ello, el profesor Kindhauser, frente a un delito de peligro se requiere para entender la peligrosidad un observador ficticio del acontecer, pero además se le debe entregar herramientas para entender que la conducta que está observando puede generar un daño a la sociedad, en este caso la salud pública, y esta herramienta es la contenida en el artículo 43. No se pudo establecer la cantidad, el grado de pureza y las características psicoactivas asociada a la sustancia periciada. Faltaron a lo menos tres elementos que considera taxativamente dicha norma.

En subsidio, plantea la tesis de consumo, ya que según certificado de antecedentes su defendido tiene 6 condenas anteriores por consumo de pasta base en período del 2008 al 2010. El es adicto a tal sustancia, ese día estaba con elementos que consume diariamente. Los adictos fuman cada 30 segundos un papel, lo instalan en una pipa y se puede consumir rápidamente, por lo que puede consumir 210 papeles en una mañana.

En la **Réplica del Ministerio Público** señaló que la pasta base tiene elementos tóxicos. La perito dijo que la pureza no afectaba la toxicidad de la misma. El legislador no exige acreditar los elementos de la norma del artículo 43, siendo ésta una norma meramente administrativa del servicio.

En la **Réplica de la defensa** señaló que la perito es químico de profesión y puede determinar los elementos que puede contener la sustancia periciada. El informe incorporado fue en términos genéricos de los efectos de la cocaína, no de la pasta base.

SÉPTIMO: *Valoración de los medios de prueba.* Que tal como se adelantó en el veredicto, el Tribunal luego de analizar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica -señalada en el artículo 297 del Código Procesal Penal-, no logró configurar la calificación jurídica del delito previsto en el artículo 4 en relación al artículo 1 de la ley 20.000, esto es tráfico en pequeñas cantidades o microtráfico de estupefacientes, dando sólo por acreditados, en consecuencia, los siguientes hechos:

El día 20 de Agosto de 2011, a eso de las 07:30 horas aproximadamente, en la intersección de las calles Nueva Central con 12 de Mayo, de la comuna

de Conchalí, un sujeto fue sorprendido por funcionarios de carabineros, cuando arrojaba al suelo un monedero de color negro de material sintético, el cual contenía en su interior la cantidad de 210 envoltorios de papel de color blanco contenedores de una sustancia de color beige, con un peso bruto de aproximado de 24,1 gramos. Al proceder al registro del acusado se encontró en su poder la suma de \$6.600 en dinero efectivo. Efectuada la prueba de rigor científico a la sustancia incautada, ésta arrojó coloración positiva ante la presencia de pasta base de cocaína.

En efecto, para ello el Ministerio Público ofreció como prueba de cargo los testimonios de **Richard Anthony Hernández Castro** y **Erwin Roberto Castillo Paz** funcionarios de la 5° Comisaría de Conchalí de Carabineros de Chile, quienes indicaron haber participado en el procedimiento policial que dio origen a la presente causa y que finalizó con la detención del acusado Fernández Plaza, señalando **Hernández Castro** que el día 20 de agosto del 2011 a las 07:35 estaba de segundo patrullaje con Erwin Castillo Paz e iban al oriente y al llegar a calle 12 de mayo vieron a un sujeto que arrojó algo al suelo, por lo que lo detuvieron e hicieron un control de identidad y su acompañante revisó lo que había arrojado al suelo, percatándose que era un monedero de color negro sintético, que mantenía 210 envoltorios de color blanco en su interior, y al hacerle un registro en sus vestimentas le encontró 6.600 en monedas y billetes, en bolsillo delantero derecho de su pantalón. Añadió que la persona estaba muy nerviosa, y al ver la presencia policial trató de escapar. Además, pidieron que fuera personal de la SIP para efectuar prueba de campo, arrojando positivo para pasta base de cocaína y arrojó 24 gramo 100 miligramos.

Al contra-examen de la **defensa** señaló que estaba a 5 metros cuando vio al sujeto arrojar el monedero, iban en vehículo policial reglamentario, de copiloto, como jefe de patrulla. Es un sector donde es habitual que los sujetos que consumen droga reduzcan especies, las cambian por drogas.

Que en este caso, el relato del funcionario a cargo del procedimiento es coherente y verosímil y no merece reproche, debido a que estuvo en condiciones de percibir los hechos en la forma en que lo ha expresado. Por ello, su declaración permite establecer que el día de los hechos mientras efectuaba un patrullaje preventivo por Conchalí, observó a un sujeto el cual se

puso nervioso al ver la presencia policial, arrojando al suelo un objeto, el cual fue revisado por su acompañante, percatándose que era un monedero con 210 papelinas blancas en su interior, siendo fiscalizado el individuo quien portaba en su bolsillo la suma de \$6.600. Asimismo, refirió que se llamó a personal de la SIP para que hicieran el pesaje de la droga, el cual arrojó un peso bruto de 24 gramos y 100 miligramos.

En el mismo sentido, dicho testimonio se encuentra corroborado con lo señalado por el funcionario policial **Castillo Paz** quien mencionó que estaba de servicio nocturno con el Sargento Hernández el 20 de agosto del 2011 a las 7:30 mañana, realizando un patrullaje preventivo en Irene Frei, Conchalí, en Avenida Central con 21 mayo, cuando observaron a un sujeto que al ver presencia policial se puso nervioso, trató de eludir fiscalización, botando al suelo un objeto, por lo que pararon el vehículo y el Sargento Hernández lo fiscaliza, bajándose él para revisar el objeto que arrojó al suelo el cual era un monedero negro sintético y al abrirlo había gran cantidad de envoltorios de papel cuadriculado con sustancia color beige que después se supo que era pasta base de cocaína, siendo detenido el individuo. Añadió que se incautaron 210 papelillos con pasta base y 6.600 pesos en dinero, que tenía en su bolsillo derecho del pantalón. Después se tomó contacto con la SIP para hacer prueba de campo y pesaje de la droga, **reconociendo** al acusado en la sala de audiencias como aquel a quien se ha referido.

Asimismo indicó que ellos lo vieron cuando la arrojó, se encontraba solo. No había nadie más y que la cantidad de 210 envoltorios los tenía para la venta, según su experiencia.

De esta manera, el relato de este funcionario resultó veraz y consistente, toda vez que se refirió al procedimiento que motivó la detención del acusado, indicando que presenció el momento en que éste arrojó al suelo un objeto, siendo fiscalizado por su acompañante, mientras que él se abocó a revisar el objeto, observando que era un monedero de color negro con gran cantidad de envoltorios de papel cuadriculado, estableciendo que aquellas estaban destinadas al microtráfico, corroborando el relato del funcionario anterior.

Tales aseveraciones son coherentes con lo expresado por el funcionario de la SIP de Carabineros de Chile, **Cristián Erasmo Antiman González** quien manifestó que el día 20 de agosto del 2011 personal de la 5 Comisaría le pidió

que fuera a su unidad para hacer un peritaje de drogas y una fijación fotográfica. Al llegar el sargento a cargo les explicó el procedimiento y les pasó un monedero negro para hacer peritaje, fijando fotográficamente dicha especie y de su contenido, que eran envoltorios cuadrículados similares para dosificar drogas y después se hizo pesaje y conteo de la droga, eran 210 papelillos y el peritaje arrojó coloración azul positiva para pasta base de cocaína. El pesaje arrojó 24,1 gramos. Luego fijó el total de la droga, la prueba de campo y los 6.600 pesos en dinero. Al respecto, la fiscalía exhibió al testigo **fotografías** mencionadas en el auto de apertura y éste las reconoció indicando que *"la N°1 es el resultado de prueba de campo, la coloración positiva. La N°2 está la totalidad del dinero incautado. La N°3 es el monedero color negro. La N°4 el mismo monedero con su contenido, que son los envoltorios. La N°5 es la totalidad de los envoltorios, los 210. La N°6 es el pesaje que es 24.1 gramos"*.

Además, al ser preguntado por la **defensa** señaló que el peso total es peso bruto, y que ellos no hacen el peso neto porque es sacar el contenido del papelillo.

Que en este caso, el relato de este funcionario es consistente y creíble para estos sentenciadores, debido a que estuvo en condiciones de percibir los hechos en la forma en que lo ha expresado. En efecto, su testimonio complementa lo expresado por los funcionarios Hernández y Castillo, al explicar la forma en que tomó conocimiento del procedimiento policial, señalando que fue requerido por personal de dicha unidad para que realizase el peritaje a la droga incautada, estableciendo que había arrojado coloración azul positiva para pasta base de cocaína, arrojando un peso de 24,1 gramos. Del mismo modo, su relato fue refrendado con el propio reconocimiento que efectuó de las fijaciones fotográficas incorporadas al efecto por el ente persecutor, consistentes en la droga incautada, la prueba de campo, el dinero incautado, el monedero y los papelillos.

Por otro lado, el Ministerio Público incorporó mediante su lectura **prueba documental** consistente en;

A.- Acta de recepción N° 14959-2011 de la droga incautada NUE 1659513 emitida por el ISP, con fecha 23 de agosto de 2011, donde se indica la

cantidad recibida que es 4.8 gramos netos de cocaína polvo beige, correspondientes a 210 papelillos.

5.- Reservado N° 14.959-2011, suscrito por la OF Guisela Zurich R.. Jefa Subdepto. Sustancias Ilícitas del Instituto de Salud Pública, de fecha 23 de diciembre de 2011, por medio del cual remite protocolos de análisis de la droga NUE 1659513 e informe sobre efectos y acción de cocaína en el organismo.

C.- Protocolo de Análisis efectuado al Código de Muestra 14.959-2011-M1-1 correspondiente al NUE 1659513, suscrito con fecha 20 de diciembre de 2011, por la perito químico Sonia Rojas Rondón, quien concluye que la muestra analizada corresponde a cocaína base.

D.-Informe sobre efecto y peligrosidad de la sustancia Cocaína Base.

De esta manera, los documentos indicados precedentemente, dieron cuenta de la recepción de la droga incautada en este procedimiento por parte del Instituto de Salud Pública, la cual arrojó en definitiva un peso neto de 4.8 gramos de cocaína, correspondiente a 210 papelillos, siendo el signado con la letra C, el más cuestionado por la defensa al no considerar el porcentaje de pureza, lo cual será analizado más adelante.

En conclusión, los testimonios de los funcionarios policiales se estimaron por estos sentenciadores como creíbles, por cuanto guardaron concordancia entre sí, en cuanto a la forma en que el acusado se desprendió del monedero, a la sustancia prohibida contenida en 210 papelillos que permanecían al interior, al igual que el dinero en efectivo encontrado en su poder, y pruebas científicas realizadas a la misma, referidas al gramaje de la droga, siendo además, coherentes ya que en ningún caso fueron contra las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, acreditando de esta manera, los hechos materia de la acusación, en los términos esgrimidos en el libelo acusatorio. A su vez, también existe correspondencia entre lo declarado por los testigos –en base a lo actuado por los mismos como funcionarios policiales a cargo del procedimiento el día de los hechos- en cuanto a la incautación de la droga que portaba el encausado, y su destinación en cadena de custodia para su posterior análisis por el Instituto de Salud Pública, conforme prueba documental y pericial entregada en audiencia.

Sin embargo, el Tribunal basó su absolución en base al resto de la prueba, especialmente la **prueba documental** signada como letra **C** en el auto de apertura y la declaración de la perito química del Instituto de Salud Pública **Sonia Andrea Rojas Rondón**, quien manifestó haber analizado la muestra 14.959 de 2011, la que consistía en una muestra de polvo beige de dos gramos. Se le hicieron diferentes análisis químicos, como la prueba de scott, que es una prueba orientativa, cualitativa, para determinar si estamos en presencia del alcaloide cocaína. El segundo método utilizado es la prueba de fenoptaleína, en el que se indica si se está en presencia de este alcaloide, otorgando la basicidad, el estado, si es clorhidrato o es base. Y la tercera prueba que se realiza es una cromatografía en placa fina, que consiste en una prueba en el que se separan distintos componentes de una mezcla y se identifica con varios estándares ya previamente identificados. Se hacen correr en un medio, se determina la sustancia y posteriormente, se revela, para saber si está en presencia o ausencia de la muestra. Son muestras recomendadas y validadas por Naciones Unidas. Como conclusión, la perito indicó que la muestra analizada correspondía a cocaína en estado base y además contenía cafeína.

Interrogada por la defensa señaló que le llegó una muestra con dos gramos de polvo beige, y que era posible realizar el grado de pureza, y que en el oficio 719 se menciona que si la incautación es mayor de los 10 gramos de droga, deben valorarla, pero en este caso, como la muestra recibida es de 2 gramos, no se pidió la ampliación de protocolo, por eso no se determinó la pureza. Si es mayor a 0.7 gramos se puede determinar la pureza, pero si la incautación es mayor de 10 gramos sí o sí se debe determinar la pureza, añadiendo que no se pudo identificar cuánto era la cantidad de cocaína y cuánto de cafeína, sólo el analito dentro de la muestra. La cocaína en sí es un alcaloide tóxico y acompañado por cafeína puede ser mucho más tóxico, ya que es un vasoconstrictor que en conjunto con la cocaína potencia los efectos eufóricos, cualquiera sea su concentración y tiene sustancias diluyentes como carbonato, almidones que no necesariamente lo identifican porque no es producto ilícito, pero todo esta mezcla lleva a una efectos tóxicos.

Al ser contra-examinada por la defensa, indicó que el estado de la cocaína era base. Eso quiere decir que la clorhidrato es posible de esnifarla, a través de la nariz y la cocaína base se fuma, ya que el estado de clorhidrato si se somete a calor se descompone. Lo encontrado es tóxico para la salud en cualquier concentración. Además, existen muchas variables que aumentan lo tóxico, como la cantidad ingerida, si estuvo con alcohol, con tabaco. La patología del consumidor, si el sujeto es hipertenso. El consumidor va a querer más cantidad en poco tiempo, para sentir la misma sensación y ello es un estimulante del sistema nervioso central, ambos son alcaloides, va a producir euforia en mayor tiempo y eso produce su adicción. Finalizó indicando que el informe de peligrosidad que evacuó es para las veces que se trata de cocaína base, y es aplicable al caso en cuestión, y que esta sustancia produce dependencia física y psíquica.

Preguntada por el Tribunal para aclarar sus dichos señaló que *“por sobre 10 gramos incautados y por sobre 0.7 gramos de muestra debía determinarse la pureza y aquí no se hizo porque no se había pedido. Eso lo debió haber pedido fiscalía”*.

De este modo, el testimonio de la perito **Rojas Rondón** resultó veraz y consistente para el Tribunal, ya que permitió dar por establecido que no pudo determinar la pureza de la droga incautada porque no se le pidió la ampliación del protocolo, lo cual debió haber sido solicitado por el órgano persecutor, limitándose a señalar la metodología empleada para concluir que la muestra recibida corresponde a cocaína en estado base, y que además contiene cafeína. Sin embargo, debido a la omisión de la fiscalía no pudo especificar cuánto correspondía a cocaína y cuánto a cafeína, señalando que era igualmente tóxica para la salud sin importar el grado de concentración, razón por la cual su relato se torna insuficiente para arribar a una convicción condenatoria, según se indicará más abajo.

Así las cosas, del examen del protocolo de análisis efectuado al Código de Muestra 14.959-2011-M1-1, correspondiente al NUE 1659513, se aprecia que efectivamente no indica el grado de pureza de la droga incautada, al mismo tiempo que el informe sobre efectos y peligrosidad resultó meramente referencial, no haciendo alusión a la droga efectivamente incautada en este

procedimiento, por lo que no se pudo dimensionar el grado de afectación al bien jurídico protegido por la ley de drogas.

En este mismo sentido, la defensa alegó que en la especie debía absolverse a su defendido porque el bien jurídico protegido por la legislación en cuestión no había sido afectado, indicando que en la especie había una antijuricidad material, lo cual fue controvertido por la fiscalía, quien mantuvo sus argumentos expresados en sus alegatos iniciales y de cierre.

Al respecto, se puede indicar que la antijuricidad constituye un indicio de la dañosidad de la conducta al bien jurídico protegido por el legislador. Para que una conducta antijurídica constituya delito es preciso que sea penalmente típica, es decir que se ajuste a alguna de las figuras de delito previstas, ya sea por el propio Código punitivo, o en leyes especiales, como es en este caso. Al respecto, la norma del artículo 43 se refiere al grado de pureza, ello es de suma importancia, debido a que como es sabido, mientras mayor es la pureza de la droga, mayor es la posibilidad de aumentar el volumen de la misma con otras sustancias como bicarbonato o harina, por lo que a mayor pureza mayor peligro para el bien jurídico de la salud pública, razón por la cual, si no se logra demostrar tal pureza, faltaría un elemento del tipo penal, siendo por consiguiente tal conducta atípica.

De este modo, este Tribunal estima que la naturaleza jurídica de los delitos descritos en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000 resultan ser un delito de peligro abstracto, teniendo en consideración para ello, además y en dicho ámbito, el bien jurídico protegido por la Ley 20000, cual es sino el de la salubridad pública del ámbito de población humana material o potencialmente expuesto al efecto nocivo de las sustancias ilícitas que signifiquen la difusión incontrolada de aquéllas sustancias. Por lo que la conducta que lo constituye debe necesariamente tener la virtud de generar un riesgo típicamente relevante, el cual no concurre cuando la sustancia incautada no reviste la calidad suficiente como para afectar de algún modo el aludido bien jurídico.

No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, más allá de la discusión acerca de tratarse o no de un delito de peligro abstracto o concreto lo cierto es que en virtud del principio de *lesividad* toda conducta para ser típica requiere que *ex ante* concorra una determinada plausibilidad de riesgo

para el bien jurídico protegido, en este caso la salubridad pública, es decir, la conducta descrita por el legislador debe implicar, al momento de llevarse a cabo una aptitud de "puesta en peligro" del bien jurídico protegido por la norma, no exigiéndose a su respecto, por ende, un daño efectivo. Es así que el delito de peligro abstracto no comporta la efectiva afectación del bien jurídico, sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca.

Para ello es imperioso que pueda determinarse para este tipo de delitos cuándo una acción es efectivamente peligrosa, por cuanto de contrario sería punible la acción por el mero hecho de su realización, por lo que de consiguiente, y en palabras de Sergio Politoff "es menester que el Juez verifique si el hecho pudo o no significar, en la realidad, un riesgo para los bienes tutelados" a lo que atiende y auxilia el legislador precisamente en el artículo 43 de la Ley 20000, situación no acreditada ante estrados, más aún cuando la perito Sonia Rojas Rondón indicó que por sobre los 10 gramos incautados y por sobre 0.7 gramos de muestra, debía determinarse la pureza y en el caso en comento, ello no se realizó porque no fue debidamente solicitado por el ente persecutor.

De ahí que, en base al texto del artículo 1 de la Ley 20.000 no pueda sino encuadrarse una conducta dentro del tipo penal de tráfico o microtráfico ilícito de sustancias estupefacientes o sicotrópica, productoras de dependencia física o síquica, si la sustancia sobre la que versa el tráfico, y a pesar de estar incorporada formalmente en los artículo 1 o 2 del Reglamento, no posee la cualidad de ser precisamente estupefaciente o sicotrópica, productora de dependencia física o síquica, a lo que atiende y auxilia el legislador precisamente en el artículo 43 de La Ley 20000, donde impone al Servicio de Salud la elaboración de un protocolo de análisis químico de la sustancia incautada, en la que se debe identificar entre otras cosas, el grado de pureza de la misma.

Que, en el caso de autos, si bien la Fiscalía señaló que el referido artículo 43 sería una norma meramente administrativa, ello no puede ser aceptado, ya que el grado de pureza de sustancia ilícitas como pasta base o cocaína, constituye un requisito legal, pues tanto el artículo 1 como el 4 exigen

que las conductas allí descritas se lleven a cabo respecto de sustancias productoras de dependencia física o psíquica.

Que, por lo demás, la jurisprudencia reciente de nuestro máximo Tribunal reafirma la conclusión absoluta de este Tribunal de instancia: así, en causa Rol 4215-12, sentencia de fecha veinticinco de Junio de dos mil doce, se establece en su considerando Décimo Quinto que *"... la sola determinación de encontrarse presente cocaína base en una sustancia que también está integrada por carbonatos que corresponden a una sustancia inocua – sin que haya sido posible establecer los porcentajes o concentración de cada uno de ellos en el total de la mezcla incautada, impide establecer si ésta tiene o no la idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, y en consecuencia, los hechos que se han tenido por comprobados en el proceso no pueden ser tipificados de tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica de aquéllas que describe el artículo 1º de la Ley 20.000. Establece lo contrario, configura efectivamente el error de derecho denunciado por la defensa...."*.

La importancia de estos informes técnicos o periciales, el fin que les exige el legislador en el artículo 43 tantas veces citado y la consecuencia de no dar por establecido el delito de tráfico en los términos del artículo 1 de la Ley 20.000, y en su caso de microtráfico del artículo 4, se han confirmado en fallo aún más reciente de nuestro máximo Tribunal, por cuanto en causa Rol Nro.9034-12, mediante sentencia de fecha veintiocho de Enero de dos mil trece.

Que de este modo, y por no ser constitutivo de delito el hecho por el cual fue acusado el encartado, al no haberse acreditado el grado de pureza de la droga incautada mediante los debidos protocolos de análisis químico de las mismas, como mandata expresamente el artículo 43 de la Ley 20.000 y, por ende, resultando desconocido para estos juzgadores los efectos que hubiere producido y la peligrosidad que revestía para la salud pública la droga que portaba el acusado, se accederá por el Tribunal a la petición de la defensa para la absolución del imputado.

Por otra parte, conviene destacar que la versión del acusado resultó poco creíble para el Tribunal, pues se limitó a indicar que era un consumidor

crónico y que gastaba todo su dinero en papelinas, las cuales consumía día y noche, en cerca de 400 dosis diarias, sin embargo tal circunstancia no fue debidamente corroborada, no siendo un antecedente relevante para aquello el extracto de filiación incorporado por la defensa, donde constan seis sentencias en las que el acusado fue condenado por la falta prevista en el artículo 50 de la ley 20.000, pero en ningún caso ello constituye un antecedente suficiente que permita establecer que en el caso subjudice el acusado fue sorprendido con el monedero con dosis que estaban destinadas a su consumo personal próximo en el tiempo, por lo que la solicitud subsidiaria planteada por la defensa, además, de resultar inoficiosa atendido el motivo por el cual estos sentenciadores arribaron a la absolución del enjuiciado, no puede prosperar por falta de prueba.

OCTAVO: *Principio de inocencia.* Que para sustentar todo lo anterior y respecto al principio de inocencia, estos sentenciadores señalan que existe pronunciamiento expreso de la Excm. Corte Suprema quien indicó, en fallo, que se transcribe, en su texto, de fecha veinticinco de abril de dos mil cinco, lo siguiente:

“SEGUNDO: Que, el derecho a la presunción de inocencia tiene en Chile rango constitucional por estar incorporado a los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta Fundamental asegura respetar y garantiza en el inciso 2º de su artículo 5º. Entre tales tratados cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1999, que en su artículo 8.2 establece: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, y el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, que dispone: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley”.

NOVENO: Que, por todo lo reseñado y analizado en los fundamentos precedentes, se prestará acogida a la petición de la defensa, en orden a absolver al acusado de los cargos que se le formularon.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículos 1 del Código Penal; artículos 1, 45, 46, 130, 281, 295, 296, 297, 298, 309, 314, 315, 319, 323, 324,

325, 326, 328, 329, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 346, 348, y 468 del Código Procesal Penal; Ley 20.000 (en especial, artículos 1, 4, y 43), Reglamento de la Ley 20.000 (artículos 1 y 2), **SE DECLARA:**

I.- Que, **SE ABSUELVE** a **MARIO LISANDRO FERNÁNDEZ PLAZA**, como autor del supuesto delito de **tráfico ilegal de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes**, previsto y sancionado en los artículos 1° y 4° de la ley N° 20.000, en relación con el artículo 1° del Reglamento respectivo, en grado de consumado, cometido el 20 de Agosto de 2011, en la comuna de Conchalí.

II.- Que, conforme al artículo 48 del Código Procesal Penal se exime al Ministerio Público del pago de las costas del juicio, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Devuélvase al Ministerio Público y la Defensa la restante prueba documental acompañada, según el caso, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

Ofíciase, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al señor Juez de Garantía de esta causa.

REGÍSTRESE y ARCHIVESE, en su oportunidad.

Redactada por el juez don **Pablo Andrés Toledo González.**



R. U. C. 1100846780-5

R. I. T. 46-2013

Código Delito: (7037)

PRONUNCIADA POR LA SALA DEL SEGUNDO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO INTEGRADA POR LOS JUECES DOÑA NORA ROSATI JEREZ, DON MARCELO OVALLE BAZAN y DON PABLO ANDRES TOLEDO GONZALEZ.

Confeccionó la presente acta don Christian Ossa Acevedo, dejando constancia que es sólo un resumen de lo obrado en Audiencia, encontrándose íntegramente en:

-
-  1100846780-5-1245-130408-00-01- Prueba de audio COA con PPV
 -  1100846780-5-1245-130408-00-02- Comunicación de sentencia Mg. Pablo Toledo González