Boletín Nº 10.270-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, que modifica el artículo 43 de la ley Nº 20.000 en materia de emisión del protocolo de análisis químico relativo al estupefaciente incautado.

1° Que el artículo 83 de la Carta Fundamental, al regular el Ministerio Público, señala en su inciso primero: "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales."

2° Que el artículo 43 de la Ley N° 20.000, que Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, prescribe:

"El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma, de conformidad a los artículos 188, inciso tercero, y 320 del Código Procesal Penal.

Esta muestra se conservará por el plazo máximo de dos años, al cabo del cual se destruirá. De los procedimientos administrativos de destrucción se levantará acta, copia de la cual deberá hacerse llegar al Ministerio Público dentro de quinto día de haberse producido.

Efectuado el análisis a que se refiere el inciso primero, los precursores y sustancias químicas esenciales deberán ser enajenados en la forma dispuesta en el inciso cuarto del artículo 40".

3° Ésta modificación, que incorpora una mayor relevancia al grado de pureza de la droga, fue una innovación de la Ley N° 20.000 y se considera uno de los aspectos más novedosos en relación a su antecesora, la Ley N° 19.366. Fue introducida por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Segundo Trámite Constitucional.

De hecho, como consta en la historia de la ley, en el informe de la Comisión Especial de Drogas, en Tercer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, se señaló:

"Por otra parte, se destacó que la norma agrega otros elementos que el juez deberá tomar en cuenta para distinguir entre consumo y microtráfico. En efecto, aparte de la cantidad de droga que se porta, el Senado agregó el elemento pureza o calidad de la misma, lo cual no es indiferente, porque no es lo mismo portar pequeñas cantidades de heroína de alta pureza, de la cual pueden extraerse varias dosis, que de una droga de menor calidad, que pueda presumirse destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo"[1].

En este sentido se ha señalado que "con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo [Ley N° 20.000], al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante informe técnico que, entre otros elementos, debe especificar la composición y grado de pureza del producto examinado"[2].

4° Que la jurisprudencia de las distintas Cortes de Apelaciones ha sido vacilante en cuanto a la interpretación que debía hacerse respecto de la exigencia del protocolo de análisis químico a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 antes citado. Por mencionar algunos ejemplos, las sentencias Rol 356-2013 y 1653-2014 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y la Rol 613 de la Corte de Apelaciones de Santiago, postulan la tesis que sin el elemento "pureza de la droga", no es posible determinar la antijuridicidad material de la conducta incriminada, por lo tanto, de no lograr determinarse ésta, no podría considerarse tales conductas como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

Por otra parte, otra línea jurisprudencial, que avala la postura de que la pureza de la droga no es un elemento del tipo penal, y por ende, su concurrencia no determina la calificación de la conducta incriminada como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, ha sido sostenida por la Corte de Apelaciones de Iquique, en las sentencias Rol 57-2013 y 77-2013, y por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en la sentencia Rol 258-2013, entre otras.

5° Que respecto de la discusión jurisprudencial, nuestra Corte Suprema de Justicia últimamente ha tendido a pronunciarse en favor de la primera de las posturas expuestas, es decir, que "si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas conforme al artículo 4° de la ley citada"[3]. Además, se ha señalado que "en ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redunda en la imposibilidad de

---

[1] Informe de Historia de la Ley N° 20.000, que Sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Biblioteca del Congreso Nacional, 16 de febrero de 2005), p. 1070.

[2] Sentencia de nulidad Corte Suprema de Justicia Rol 7.114-15, de 15 de julio de 2015, considerando 6°.

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"[4]. En conclusión, "al no constar el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con algún ingrediente de 'corte', ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que la acusada mantenía dosis de 'algo' en lo que había cocaína, 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"[5].

En el mismo sentido, y con razonamientos prácticamente idénticos, se pueden ver las sentencias Rol 4.215-2012, 21.599-2014, 25.488-2014, 3.421-2015, 3.707-2015, 5.223-2015, 7.222-2015 y 7.523-2015, todas de la Corte Suprema.

6° Por otra parte, según algunos actores involucrados en el rubro de la persecución del narcotráfico, el Servicio de Salud ha manifestado que no realizan peritajes cuando se trata de menos de 10 gramos de cocaína, argumentando razones presupuestarias.

Tal como informa la prensa nacional, "según Alejandro Ivelic, director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes de la Fiscalía Nacional, la institución 'a través del fiscal nacional (Sabas Chahuán), ha solicitado al ISP que realice los informes de pureza que exige la ley 20.000, principalmente su artículo 43, que exige que ese organismo los efectúe respecto de las incautaciones de cocaína'. Ivelic agregó que 'esto tiene su origen en el año 2009, en septiembre, cuando el director del Instituto de Salud Pública notificó al Ministerio Público de que no realizaría informes de pureza de aquellas incautaciones de cocaína inferiores a 10 gramos. Esto ha traído como consecuencia que el día de hoy se estén anulando, por parte de la Corte Suprema, aquellos juicios condenatorios de microtraficantes a quienes se les incautó cantidades inferiores a los 10 gramos'. Según el directivo, esa determinación del servicio respondería a 'razones presupuestarias. Pero insistimos que esto pone en grave riesgo las políticas de persecución del Ministerio Público y en ese sentido el fiscal nacional ha representado a ese servicio y a los organismos pertinentes esta situación solicitando la revocación de esta decisión del ISP'"[6].

7° De lo recién enunciado se desprende que indirectamente, la postura del Servicio de Salud ha implicado que el ejercicio de la acción penal dependa de su actuar, y no del Ministerio Público como mandata nuestra Constitución. Ello, ya que su negativa a emitir el protocolo de análisis químico que ordena la ley, implica la imposibilidad de

---

[3] Sentencia Corte Suprema, Rol N° 4.215-12, citado en sentencia de nulidad Corte Suprema Rol N° 7.114-15, considerando 8°.

[4] Sentencia de nulidad Corte Suprema Rol N° 7.114-15, considerando 8°.

[5] 1bíd., considerando 9 °.

[6] http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/06/680-634564-9-fiscalia-responsabiliza-al-isp-por-absoluciones-en-que-no-se-detallo-pureza-de.shtml - Consultado 18 agosto 2015

obtener una condena por parte del ente persecutor, lo que podría eventualmente hacer que el Ministerio Público no ejerza la acción penal por microtráfico de sustancias estupefacientes derivado de la imposibilidad de arribar a una condena en razón de la negativa por parte del Servicio de Salud.

8° Visto desde otra perspectiva, como consecuencia de la negativa del Servicio de Salud, y de la aplicación jurisprudencial que se ha hecho de la normativa antes citada, se está "legalizando" el microtráfico por menos de 10 gramos de cocaína, lo cual está lejos de ser el objetivo buscado por el legislador al haber establecido la necesidad de la pericia relativa a la pureza de la droga.

9° Lo que este proyecto de ley persigue no es la prescindencia del informe pericial para poder condenar a una persona por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes o de microtráfico, sino contemplar un deber perentorio del Estado, y concretamente del Servicio de Salud, de emitir el informe sin importar la cuantía de la droga incautada. Así, se reafirma la irrenunciabilidad del Estado al ejercicio de su poder punitivo, debiendo por ende, cumplir con aquellas diligencias que, por ley, se le ha ordenado cumplir.

En mérito de lo anterior, es que presentamos el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único: Modifíquese el artículo 43 de la Ley N° 20.000, que Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, agregando una oración final en su inciso primero, del siguiente tenor:

"El Servicio de Salud, no podrá negarse a emitir este protocolo bajo ningún respecto, so pena de incurrir en las responsabilidades administrativas y/o penales que correspondan.".