

**SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ
APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY 20.000**

Omar Mérida Huerta
Fiscal Adjunto

En los últimos meses se han presentado en tribunales diversas situaciones relativas a algunos aspectos de la ley 20.000 y su reglamento de sustancias. Cabe recordar que este reglamento fue dictado para la antecesora ley 19.366, sin embargo mantiene su vigencia respecto de la ley 20.000 en tanto no se dicte el nuevo reglamento.

En este contexto, algunas sentencias comenzaron a plantear nuevas exigencias respecto de la cannabis y su análisis, las que redundaron en sendas absoluciones.

Con fecha 07 de Febrero de 2006, un juzgado de garantía de Santiago dictó sentencia absolutoria en procedimiento abreviado respecto de la acusada por tráfico del artículo 4° de la ley 20.000, por cuanto estimó que al no contener el protocolo de análisis de droga la mención al **porcentaje de pureza** de la cannabis incautada, no podía determinarse si ésta era capaz de producir graves efectos tóxicos, por lo que no se satisfacía el tipo penal. (RUC N° 0500458675-3).

Por su parte el 23 de febrero de 2006, el Juzgado de Garantía de Arica dictó sentencia en procedimiento abreviado (RUC 0500404049-1) en virtud de la cual absuelve a la acusada del delito de tráfico de 479 gramos de marihuana, por estimar que el informe de análisis de la cannabis al no contener el porcentaje de pureza de ésta, no permite al tribunal entender que la droga tiene las características de peligro para la salud pública que requiere la ley, aun cuando se detecte presencia del principio activo THC.

Anteriormente, en causa RUC 0500194940-5, el Tribunal Oral en Lo Penal de Copiapó había determinado recalificar los hechos presentados como tráfico del artículo 3° por la Fiscalía Local de Copiapó, por estimar que al no determinarse en el protocolo de análisis de la droga **la parte de la planta** de que proviene la cannabis incautada, no puede considerarse como probado el objeto material del delito, por lo que no consideró las muestras como prueba susceptible de ser valorada, con lo que las cantidades incautadas se redujeron a lo que el tribunal calificó de tráfico del artículo 4°.

EN LAS CORTES DE APELACIONES.-

Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

En el caso de las 2 primeras sentencias, se dedujeron los recursos pertinentes ante las respectivas Cortes de Apelaciones, revocándose la decisión absolutoria y condenándose por el delito de tráfico.

En el caso de Copiapó, se dedujo el recurso de nulidad, obteniéndose pronunciamiento favorable de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, quien procedió a declarar la nulidad del juicio oral y su sentencia.

Es necesario hacer presente que en todos estos casos la droga analizada fue informada con presencia del principio activo THC9 (tetra hidro cannabinol Delta 9).

CONTENIDO DEL RECURSO DE COPIAPÓ

En recurso deducido por la Fiscalía Local de Copiapó, el Ministerio Público reclamaba la nulidad de la sentencia por contener ésta una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Conjuntamente, sostenía que le afectaba la causal de nulidad del artículo 374 letra e) con respecto a las letras c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 297 del mismo texto legal.

En efecto, el Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, desechó la acusación del Ministerio Público por tráfico del artículo 3° de la ley 20.000, recalificando los hechos y condenando solo a 3 de los 4 acusados por tráfico del artículo 4°, y absolviendo al último de ellos, sin considerar la agravante del artículo 19 letra a) de la ley 20.000, pretendida por el Ministerio Público.

El fundamento de la recalificación del tribunal residió en la decisión de no considerar para calificar los hechos, 2 piezas de evidencia (M5 y M6) consistentes en 2 muestras de droga del tipo marihuana incautadas en el domicilio de los acusados, por estimar que el Ministerio Público no había probado mas allá de toda duda razonable que éstas correspondieran a sumidades floridas o frutos de la planta cannabis, dado que en el informe de análisis respectivo, en la descripción de la muestra se refería a “*hierba molida de color café*”, en tanto que otra muestra de droga incautada en el mismo procedimiento (M7) había sido descritas como “*hierba molida color café con hojas y sumidades floridas*”, por lo que a su juicio las primeras no se correspondían con el tipo penal invocado, ni se encontraban dentro de las sustancias que la ley y su respectivo reglamento señalaban, lo que sí ocurría con la otra muestra debidamente descrita. Por tal motivo, solo considera la otra muestra de droga incautada además en el mismo domicilio, la que a su juicio constituye pequeña cantidad, y por tanto sanciona las conductas como tráfico del artículo 4° o microtráfico.

Luego, en relación con la participación de los acusados, determina absolver a uno de estos por considerar que su participación no ha sido probada, en tanto no ha sido éste hallado con

sustancias ilícitas, y finalmente, desestima la solicitud del Ministerio Público de aplicar la agravante del artículo 19 letra a) de la ley 20.000, la denominada simple reunión de delinquentes, por estimar que los acusados no se reunieron con el objetivo de cometer estos delitos.

DECISION DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES.-

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó acogió el recurso estimando que el Tribunal efectivamente hizo errónea aplicación del derecho al no considerar las muestras indicadas e imponerle al Ministerio Público la carga de probar a través del informe de análisis que la sustancia contenida en estas muestras correspondía a las partes específicas de la planta a que se refiere el artículo 2° del Reglamento de la ley 20.000, señalando que para la ley basta si se ha probado la existencia del principio activo, mas si se tiene en cuenta que para producir la marihuana se trituran y mezclan todas las partes de la planta.

Es necesario recordar que la marihuana incautada fue informada por el Servicio de Salud con presencia del principio activo THC, contenido en el artículo 1° del reglamento de la ley de drogas, DS 565.

Luego la Ilustrísima Corte estima que el Tribunal Oral ha incurrido también en el vicio de nulidad del artículo 374 letra e), pues ha omitido pronunciarse en forma completa y lógica acerca de los elementos probatorios que dicen relación con la participación del acusado que en definitiva fue absuelto, elementos que debió valorar en forma completa y lógica para fundar correctamente la decisión de absolución, con lo que, afirma, el razonamiento de los jueces no se ajustó a lo prescrito en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Con dichos argumentos el tribunal declaró la nulidad del juicio y la sentencia ordenando pasar los antecedentes a tribunal oral no inhabilitado para un nuevo juicio oral.

IV.- CONCLUSIÓN.-

Las sentencias comentadas ilustran sobre una interpretación del artículo 43 de la ley 20.000 que consiste fundamentalmente en considerar esta disposición como una norma de carácter probatorio, que introduce una valoración legal de la prueba acerca de la naturaleza ilícita y nociva de la sustancia.

La posición sustentada por las defensas en juicio consiste básicamente en sostener que si dicho informe de análisis no está conforme a lo dispuesto en dicho artículo, entonces no está suficientemente probado el objeto material del ilícito de tráfico.

Este artículo 43, se refiere al contenido del informe de análisis que debe evacuar el servicio respectivo al Ministerio Público, y entre otros contenidos incluye la determinación de la composición y pureza de la sustancia. A partir de esta supuesta exigencia, algunos tribunales determinaron que de no cumplirse en el informe con el contenido descrito, no había prueba suficiente de la composición de la droga y en su caso de la pureza, con lo que

Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

no podía darse por acreditado que ésta fuera realmente de aquellas que causen un grave daño a la salud pública.

Esta interpretación ha sido desvirtuada sucesivamente como se ha explicado por las Cortes de Apelaciones, quienes revocaron y anularon en su caso las sentencias antedichas.

En efecto, la norma del artículo 43 de la ley 20.000, antiguo artículo 26 de la ley 19.366 es hoy una norma de carácter meramente administrativo, no probatorio.

Con anterioridad a la modificación legal introducida por la ley 19.806, esta norma asignaba al entonces artículo 26 valor probatorio específico, acorde con los principios que regían la realidad procesal de la época. Sin embargo el advenimiento del Ministerio Público motivó una serie de adecuaciones de este tipo de normas, y en particular ésta resulta afectada en cuanto, según consta de la discusión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se ha de eliminar expresamente el valor probatorio asignado al protocolo de análisis, lo que resulta plenamente congruente con el sistema de valoración de la prueba propio del nuevo proceso penal, que no podría admitir una valoración legal previa de la prueba.

Además, y en consecuencia de esta modificación, queda de manifiesto que el Ministerio Público podrá pedir el peritaje de análisis de la droga a otras instituciones, a las cuales naturalmente no podrá exigírseles lo que el artículo 43 exige a los servicios de salud.

Con esta modificación la norma pasa de ser una norma de carácter probatorio a tener un carácter meramente administrativo, por cuanto se limita a regular la relación del Ministerio Público con el servicio de salud en cuanto al análisis de la droga incautada y su informe, sin que de ello pueda desprenderse ninguna otra consecuencia, y mucho menos del punto de vista probatorio

De esta forma, si el protocolo de análisis no contiene las menciones del artículo 43, no puede sostenerse que no ha habido prueba al respecto por ese solo hecho, pues el tribunal, conforme al principio de libertad probatoria imperante en el actual sistema, puede obtener la convicción de que la sustancia es de aquellas prohibidas y nocivas, por cualquier otro medio que conforme a su experiencia, a los principios científicamente afianzados y las reglas de la lógica (297) le resulten convincentes.

Así, en fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, con fecha 07 de octubre de 2003, RIT 14-2003, el tribunal llegó a la convicción que la sustancia incautada se trataba de pasta base de cocaína, ello con la percepción directa del fuerte olor emanado del contenedor de la sustancia, sumado a la prueba de campo realizada por los funcionarios policiales y su testimonio, lo cual conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal, los habilitó a su juicio para concluir que aquello era pasta base y por tanto constituía el objeto material del delito de tráfico.

Sostener lo contrario, esto es, que el artículo 43 establece una exigencia probatoria, implica estimar que la ley exige no solo que se trafique con sustancias de aquellas consideradas

droga por el reglamento respectivo sino que además, el tipo penal debe comprender una pureza o composición determinada, de modo tal que si no la contiene el hecho es atípico y en consecuencia no es punible.

Al respecto cabe señalar que ninguna disposición legal ni reglamentaria se pronuncia ni exige porcentaje o composición alguna de la droga, bastando con identificar la naturaleza de la misma conforme al reglamento para que concurra el objeto material del delito, y sin que siquiera pueda considerarse este factor para la determinación de pena.

Con esta sentencia viene entonces a confirmarse la posición del Ministerio Público en orden a estimar que habiéndose detectado en los análisis respectivos la presencia de THC, y estando ésta sustancia expresamente contenida en el artículo 1° del reglamento de sustancias, no puede considerarse sino como de aquellas que causan grave daño a la salud pública.

Por último, de esta forma se ratifica que la norma del artículo 43 es una norma administrativa, que no integra en modo alguno el tipo penal y que en consecuencia, no habilita al tribunal para absolver ante la sola ausencia de una de sus menciones, si el fiscal ha probado por otros medios la presencia del objeto material del delito.