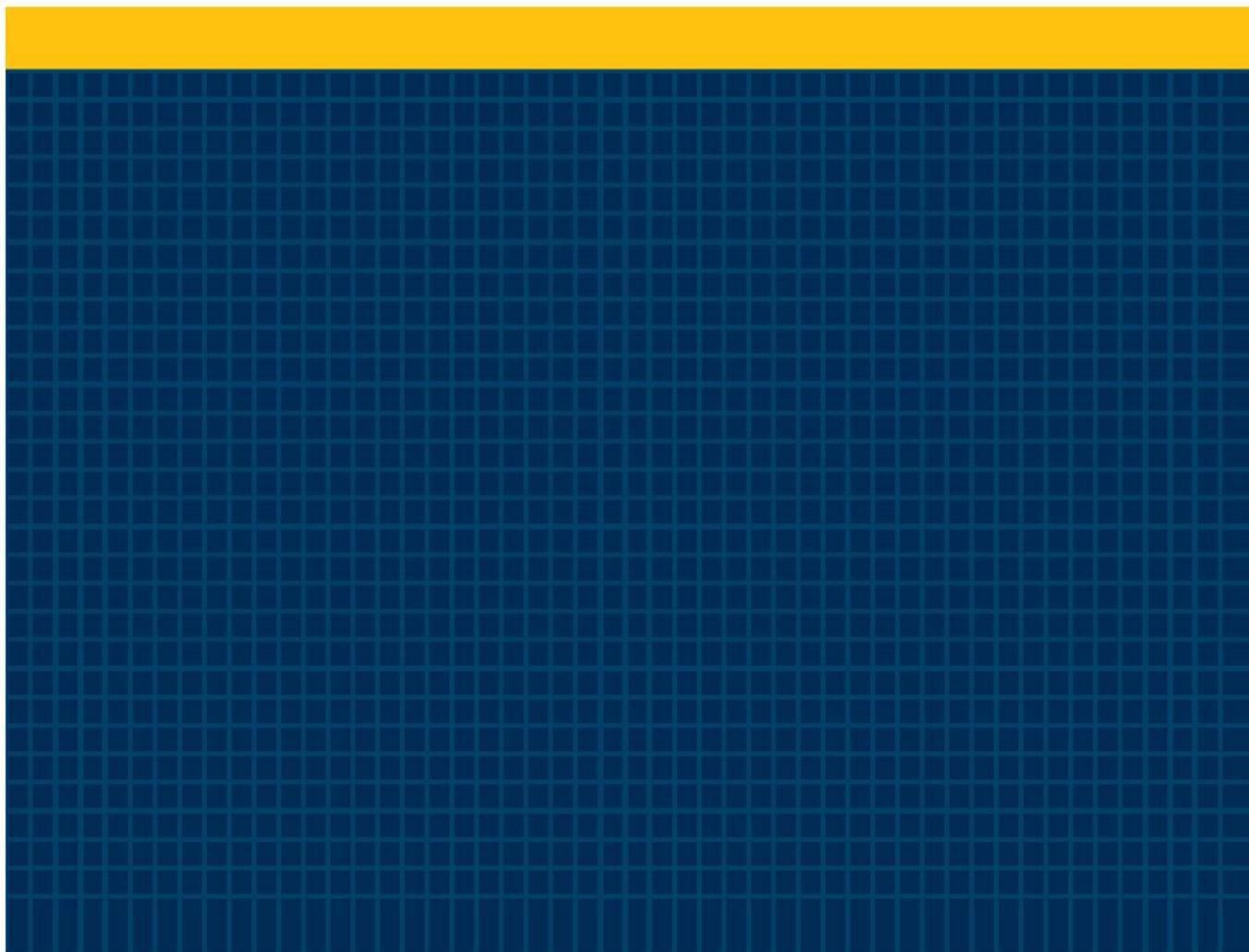


ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº54 - MARZO 2013



SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY 20.000

Jorge Valladares Opazo¹

El presente artículo representa un esfuerzo por refundir las opiniones que, por espacio de seis meses a la fecha, la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del Ministerio Público ha tenido ocasión de emitir, especialmente con aquellas consultas formuladas en relación con el alcance del artículo 43 de la Ley 20.000 y los efectos que el mismo pueda tener en la determinación de los tipos penales contemplados en los artículos 3° y 4°, ambos en relación con el artículo 1° de la mencionada ley, y dilucidar si, por aplicación de los mismos, nos enfrentamos a un problema de error de derecho, un problema de prueba o bien, incluso, si nos enfrentamos a un problema inexistente o artificial.

En el contexto aludido, para el redactor de este artículo, aparece como fundamental reconocer el importante aporte de los abogados de nuestra Unidad Especializada en la construcción de una opinión constante, y del cual surge en gran medida este texto, reconocimiento que resulta forzoso, entre otras razones, por honestidad intelectual.

Como cuestión importante, para adentrarnos en el conocimiento de este asunto, es necesario dejar constancia que estas consultas han surgido a partir de la dictación, por parte de la Excma. Corte Suprema, de dos fallos que se han referido especialmente a la aplicación del artículo 43 de la Ley 20.000 y han atribuido al mismo un alcance interpretativo distinto, de acuerdo al estado de discusión preexistente a los mismos. Nos referimos específicamente a los fallos dictados en Rol 4215-12 y Rol 9034-12. Por lo mismo, la tarea de interpretación del sentido de la ley resulta ineludible y, para ello, habrá que recurrir no sólo a su intención o espíritu, sino también a la historia fidedigna de su establecimiento, cuestión que esperamos sea lo suficientemente clarificadora.

El primero de estos fallos, dictado en Rol 4215-12, data de fecha 25 de julio de 2012, y en él, la Excma. Corte Suprema, conociendo del recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, y que fuera fundado en tres capítulos, en carácter subsidiario, respectivamente, por las causales contempladas en el artículo 373 letra a), 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c); y 373 letra b), todos del Código Procesal Penal, luego de desestimar las dos primeras

1 Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

causales invocadas, acoge el tercer fundamento y hace lugar al recurso de nulidad por haber incurrido la sentencia en un error de derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, dictando al efecto sentencia de reemplazo absoluta.

En honor al tiempo, no nos referiremos a las otras causales invocadas y a los fundamentos tenidos en consideración por el Máximo Tribunal para desestimarlos, no obstante la necesaria referencia que deba hacerse de ellos a propósito del presente estudio. Sin embargo, es inevitable y, por lo mismo, forzoso referirse a los hechos que se dieron por establecidos en la sentencia recurrida, los que se reproducen a continuación: *“Que en virtud de una investigación desarrollada por la Sección OS-7 de Carabineros, se determinó la existencia de transacciones de droga en un inmueble ubicado en XXX. Así, el día 19 de Mayo de 2011, cerca de las 19:00 horas, funcionarios del OS-7 se constituyeron en el lugar, pudiendo observar que un sujeto de estatura media, contextura gruesa, que vestía de jeans y pollerón rojo gris, pelo corto, se encontraba en la entrada del domicilio ya referido, siendo atendido por el acusado V.R.O.C., apodado “V.C.”, quien le vendió tres envoltorios de pasta base de cocaína, droga que le fue encontrada al primer sujeto cuando se le efectuó un control de identidad. Por ello, en vista de estar en presencia de un delito flagrante, se ingresó, por parte de Carabineros, al inmueble ya sindicado, procediendo a golpear la puerta de ingreso, siendo atendidos por una mujer, quien alertó al encartado de su presencia, desplazándose éste hacia una dependencia destinada a cocina y lanzando al interior de la cocina a leña que se encontraba encendida, un objeto que logró ser rescatado de las brasas por uno de los policías, consistente en un monedero de cuero, color negro, en cuyo interior se encontraban 14 envoltorios de papel blanco cuadriculado de pasta base de cocaína; al mismo tiempo que en el piso, se encontró un calcetín de color blanco con negro, cuyo interior contenía 36 envoltorios de la misma confección y sustancia. Los envoltorios arrojaron un peso bruto total de 8 gramos 600 miligramos de pasta base de cocaína. Asimismo, en poder del imputado se encontró la suma de \$6.000 (seis mil pesos) presumiblemente de las ventas de dicha sustancia”.*

Sobre la base de estos hechos, incontrovertibles por el tercer capítulo invocado, transcurre la discusión promovida por los recurrentes que entiende que en la calificación jurídica de estos hechos, ha existido infracción al artículo 1° del Código Penal, porque se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para ser sancionada penalmente, al tiempo que se denuncia la errónea aplicación del artículo 1° en relación al artículo 4° de la Ley N°20.000 y, según insiste en su argumentación el recurrente, se afecta el principio limitador del *ius puniendi* estatal, cual es el de lesividad –en estricto rigor el principio al que cabría acudir es el de exclusiva protección de bienes jurídicos–, que implica que la conducta debe ser capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos tales que la intervención del derecho penal se encuentre legitimada.

Del contenido de los dos párrafos precedentes aparece la inexactitud de la proposición planteada por la defensa en el recurso, desde el momento en que la conducta descrita, y que el Tribunal de San Antonio entiende como hechos acreditados, se reúnen las condiciones necesarias para sostener que en ellas se ha incurrido en una conducta subsumible en la figura del artículo 4°, al describir en ellas actividades de posesión, guarda y porte manifestadas por actividades de transferencia, suministro y facilitación (a cualquier título que se haya operado), con tal latitud y precisión, que ello nos lleva a examinar el alcance del mismo artículo 4°, inciso 3°, que entiende no concurrir la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad “o” pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito “o” cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título. Es necesario dejar establecido que el fallo de nulidad no cuestiona que pericialmente se haya establecido la presencia de cocaína. De igual forma, es completamente pacífico que la sustancia estupefaciente incautada en el procedimiento que motiva el recurso, por su cantidad, impidió que se pudiera amplificar el grado de pureza.

Para seguir adecuadamente el razonamiento del recurso deducido por la defensa, ésta sostiene que el error de derecho estaría dado por la ausencia, en la conducta descrita, de la necesaria antijuridicidad material, exigible por el artículo 1° del Código Penal. Más allá del yerro que puede significar el hecho de estimar como error de derecho la supuesta infracción de un principio, lo cierto es que, de acuerdo con lo razonado por el Excmo. Tribunal en los considerandos décimo cuarto y décimo quinto, y aunque no lo manifiesta expresamente, parece inferirse que la exigencia de la antijuridicidad material y su manifestación en tanto principio, lesividad (según la alegación de la recurrente), estaría consagrada en el artículo 4°, inciso 3°, antes reproducido, y de allí la necesaria referencia al artículo 43 y la perentoria exigencia de protocolo de análisis químico que le atribuye el Excmo. Tribunal, en tanto elemento de convicción establecido obligatoriamente en la ley, de suerte tal que, no informada valoración alguna por el servicio obligado a hacerlo, la sustancia incautada no tendría la aptitud suficiente para afectar al bien jurídico protegido (no obstante que el mismo informe contenga la afirmación del respectivo perito en el sentido de existir sustancia estupefaciente o sicotrópica).

Así se desprende del fallo cuando señala 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 esta tiene o no la idoneidad o aptitud 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 aquellas que describe el artículo 1 del inciso 1° de la Ley N°20.000”.

El corolario de este razonamiento es conocido: en concepto de la Excma. Corte Suprema “*establecer lo contrario, configura efectivamente el error de derecho denunciado por la defensa*”.

El sentido contrario u opuesto a aquel sobre el cual razona nuestro Máximo Tribunal, significa simplemente que una vez establecida la existencia de sustancia estupefaciente, aun cuando no se llegue a determinar el grado de pureza, permite tener por acreditado en juicio la existencia del objeto material del delito, y correlativamente, dotar a la conducta típica del componente de antijuridicidad requerido por el legislador.

Sobre el particular, es importante ofrecer, en abono de nuestra tesis, tres argumentos que nos parecen significativos y que apuntan tanto a la raíz del problema como a la base de la argumentación expuesta en el fallo:

1.- Nuestro legislador considera que el **objeto material** del delito está definido por sustancias que, o son estupefacientes “o” son sicotrópicas. Sin embargo, nuestro legislador ha exigido que, junto con el atributo o propiedad estupefaciente o sicotrópico, estas sustancias deban producir dependencia física “o” síquica y ser capaces de provocar graves efectos tóxicos “o” daños considerables a la salud.

Normativamente entonces, las posibilidades son tantas, cuantas la combinatoria de tres pares de alternativas nos permiten, a saber:

- a) Sustancias estupefacientes, productoras de dependencia física, que provoquen graves efectos tóxicos.
- b) Sustancias estupefacientes, productoras de dependencia física, que provoquen daños considerables a la salud.
- c) Sustancias estupefacientes, productoras de dependencia síquica, que provoquen graves efectos tóxicos.
- d) Sustancias estupefacientes, productoras de dependencia síquica, que provoquen daños considerables a la salud.
- e) Sustancias sicotrópicas, productoras de dependencia física, que provoquen graves efectos tóxicos.
- f) Sustancias sicotrópicas, productoras de dependencia física, que provoquen daños considerables a la salud.
- g) Sustancias sicotrópicas, productoras de dependencia síquica, que provoquen graves efectos tóxicos.
- h) Sustancias sicotrópicas, productoras de dependencia síquica, que provoquen daños considerables a la salud.

A lo anterior cabe agregar la enorme cantidad de sustancias, de una u otra calidad, que caben dentro del espectro y que, no obstante, su uso autorizado excluye toda posibilidad de castigo.

Conforme a lo explicado, parece del todo razonable que nuestro legislador optara por el sistema “nominal”, conforme al cual, sobre la base de un Reglamento, se señala un listado de las sustancias que quedan incluidas bajo estas distintas hipótesis normativas –contenidas entre las letras a) a la h) de este número– y, de esta forma, se completa el precepto. De esta forma, ha sido un Reglamento (Decreto N°867 del Ministerio del Interior, publicado el 19 de febrero de 2008) el que se ha encargado de designar qué sustancias son aquellas a las que se refiere, para los efectos de lo que se viene razonando, el artículo 1° de la Ley 20.000.

Si no fuera ese el sentido del Reglamento, carecería de toda importancia la existencia del listado si, conforme a la exigencia planteada por este fallo de la Excm. Corte Suprema, se podría acreditar por esta vía que una determinada sustancia, no incluida en el listado, produce tal afectación al bien jurídico por reunir los requisitos previstos en el infringido artículo 1°. Cada año surgen nuevas sustancias, algunas de alto poder adictivo y otras de alta toxicidad que, no obstante dicha condición, deberán esperar a su inclusión en el listado para castigar las conductas que estén destinadas a su comercialización o cualquiera otra de las descritas en la Ley 20.000.

2.- El Artículo 4°, inciso 3, se ha encargado de establecer, también en términos disyuntivos, y a modo de una opinable presunción, cuando se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Si bien, es cierto que resulta posible repetir el ejercicio practicado en el número 1.- precedente, parece innecesario en este caso, máxime si las hipótesis surgidas de los términos disyuntivos en que está planteada esta norma, amplía significativamente las posibles combinaciones, lo que convertiría al mismo, además de innecesario, en ocioso.

Sin embargo, sí parece pertinente y necesario señalar que la hipótesis que señala el fallo en comentario, relativo a la pureza de la droga, es una de las tantas posibles y, para el caso particular del que tuvo ocasión de conocer el Máximo Tribunal, la pureza de la droga aparece como un elemento intrascendente, casi insignificante frente a la contundencia de la conducta que sí da por establecida la sentencia recurrida –que el fallo de nulidad no toca– indiciarias, clara e inequívocamente, del propósito de traficar a cualquier título (oneroso en este caso). Dicho de manera más simple, para los efectos del caso en estudio, no se trataba de una *mera* posesión, transporte, guarda o porte a la que se refiere la primera frase del artículo cuarto, inciso cuarto, sino de una posesión, transporte, guarda o porte *circunstanciado* e indiciario del propósito de traficar.

Esta afirmación, por cierto no es antojadiza, y se basa en los claros términos del inciso tercero del artículo 4° de la Ley 20.000, en tanto existen en ella dos proposiciones que se plantean en términos disyuntivos: una de ellas, a la que hemos aludido como *meras* conductas de posesión, transporte, guarda o porte, por sobre las otras, precedidas de la expresión “o” (lo que supone entender que se debe optar por una u otra de las hipótesis, a riesgo de vulnerar el principio de contradicción), refieren actividades que circunstanciadamente permiten inferir una conducta de tráfico y para lo cual, forzoso es concluir, no resulta necesario indagar acerca de la pureza o calidad de la droga. Razonar en sentido contrario a esta línea de interpretación, nos llevaría a conclusiones poco afortunadas, según se explica en el número siguiente.

3.- Finalmente, también surge la necesidad de apelar al razonable efecto que se espera del rol uniformador de un fallo dictado por el Máximo Tribunal. Esto porque, de su atenta lectura, parece desprenderse que cuando en el proceso de análisis pericial no se logre amplificar pureza (proceso tendiente a determinar el porcentaje de la misma) nunca se entendería cometido el delito. Por sus alcances, esta línea de interpretación podría incluso ser estimada como una especie de despenalización de las conductas cuando la cantidad traficada impida obtener como resultado la valoración de la misma. Pero una tal conclusión resulta absurda, por cuanto en caso alguno el fallo plantea una propuesta desincriminadora y el legislador en parte alguna ha formulado una propuesta en dicho sentido.

Conforme a lo expuesto, el fallo dictado en Rol Ingreso 4215-12, debe ser apreciado en la justa dimensión del efecto relativo de las sentencias, lo que significa no atribuir otro efecto que el de resolver el asunto actualmente sometido a su decisión, sin esperar que ello pueda ser un criterio a replicar en otras causas, como de hecho ha ocurrido; en efecto, la exigencia de amplificación del grado de pureza de la sustancia ilícita incautada no ha sido sometida a nuevo pronunciamiento por parte del Máximo Tribunal y, aunque el marco normativo es idéntico –artículo 43 de la Ley 20.000–, los presupuestos para su aplicación han sido diametralmente distintos en el caso Rol Ingreso de Corte 9034-12, como veremos en los párrafos siguientes.

En efecto, el fallo dictado en Rol 9034-12, fue pronunciado en recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, en causa RUC 1100393037-K, con fecha 28 de enero de 2013, la que fue impugnada por dos capítulos, en carácter subsidiario, invocando las causales de los artículos 373 letra a) y 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), todos del Código Procesal Penal.

Al igual que en el análisis del fallo anterior, prescindiremos de exponer los argumentos y razonamientos por la primera causal invocada, y rechazada, centrandó nuestro análisis en la segunda causal, acogida, y en los fundamentos de la nulidad decretada.

En este caso, a diferencia del anterior, no existe incautación de sustancia estupefaciente, y lo que en realidad se busca desentrañar es si es posible la condena en un caso en el que, por la vía científica, no ha logrado ser acreditado el objeto material del delito, y consecuentemente, tampoco se podría, en concepto del recurrente, formular una vinculación del imputado con dicho objeto material. Al no contar con incautación de sustancia estupefaciente, sino evidencia material que contenía “restos” de sustancias estupefacientes, ha sido imposible someter al análisis pericial que permita emitir siquiera un informe cualitativo (que indica exclusivamente la presencia de algún principio activo de sustancias controladas); huelga argumentar que, en estos casos, junto con ser imposible detectar la presencia de principios activos, es imposible obtener la amplificación de pureza de la sustancia debitada y sometida a análisis.

Al igual que en el caso anterior, para el adecuado entendimiento, es necesario reproducir los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán dio por establecidos:

“G.C. se dedicaba a la compra y venta de drogas. A raíz de lo cual el día 15 de noviembre del año 2011, aproximadamente a las 09:30 horas, se procedió a la entrada, registro e incautación del inmueble ubicado en XXX, ocasión en la cual fue detenido en posesión de elementos conocidamente utilizados para la dosificación de la droga, la cantidad de \$800.000 (ochocientos mil pesos), dinero producto de la venta de drogas, y en posesión y ocultos en el patio de la casa ocho contenedores ya vacíos con capacidad aproximada de medio kilo de cocaína, tres de ellos, y de quinientos gramos de marihuana en un cuarto contenedor. Embalajes todos, que el imputado adquirió y luego vendió, en el lapso que duró la investigación”. El fallo de nulidad refiere otros hechos, que sirven de fundamento a la sentencia condenatoria impugnada, pero que tienen que ver más con el establecimiento de proposiciones fácticas que sirven de base para la construcción del razonamiento sobre la base de indicios, es decir, que permiten la acreditación de la teoría del caso, más que con la cuestión de fondo que nos ocupa y que dice relación con el valor específico que se le atribuye al protocolo análisis de drogas; en efecto, señala “Adicionalmente a esos hechos, que son coincidentes con los contenidos en la acusación y que fueron comunicados al acusado al darle a conocer el veredicto condenatorio, el fundamento octavo añade que “la última negociación la realizó el 15 de noviembre a las 0.28 horas. Asimismo, no cabe duda y se probó que G.C. le depositaba frecuentemente a L., su proveedor de Rancagua, importantes sumas de dinero, y no podría ser a otro título que en pago de la droga que le vendía, dado el tenor literal de las comunicaciones telefónicas habidas entre ellos. De igual forma ... tampoco existe duda que el acusado el 15 de noviembre de 2011 a las 02.20 horas recibió conforme la droga que le envió L. y que a las 02.28 acordó con él el precio. También se acreditó que siete horas más tarde el domicilio del enjuiciado G. fue allanado por personal de la Policía de Investigaciones, oportunidad en que se encontraron el teléfono monitoreado, bolsas de nylon, \$800.000 y ocho contenedores, cuatro de los cuales tenían resto de droga, tres restos de cocaína y uno restos de marihuana”.

Nos hemos permitido esta mínima digresión, con la finalidad de evidenciar un aspecto insoslayable: según damos cuenta a continuación, el fallo roza aspectos que describen al sistema acusatorio en su conjunto y que tienen que ver con instituciones que le son propias, sea en el orden normativo, sea en el orden de los principios en que se sustenta. En específico, me refiero a la imposibilidad que se introduce, por la vía de esta sentencia de nulidad, de probar por cualquier medio producido e incorporado, en conformidad a la ley, de **todos los hechos y circunstancias pertinentes** para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento, que es la manifestación normativa del principio de libertad de prueba consagrado en el artículo 295 del CPP. Esto porque en estricta aplicación de dicho principio, la sentencia recurrida concluyó *“más allá de toda duda razonable, que J.A.G.C. el 15 de noviembre de 2011 a las 02.20 horas adquirió la droga antes señalada y que vendió en el tiempo intermedio antes del allanamiento, diligencia que se practicó a las 09:30 horas, es decir siete horas después de que G. tuviese la droga en su poder, sin que esté demás señalar que tuvo de sobra para vender la mercancía, esconder el dinero y tapar lo mejor que pudo los contenedores de droga”*. Este razonamiento es de vital importancia porque sirve de corolario a una serie de otros argumentos que permiten entender por qué, sin contar con la prueba científica del objeto material, es posible sin embargo acreditar una conducta constitutiva de tráfico ilícito de drogas, cuestión que la sentencia de nulidad se encarga de deconstruir.

Nos permitimos afirmar que el ejercicio de deconstrucción es, no obstante, incompleto. En efecto, el proceso mismo gira, en sentido opuesto, en torno a la construcción de una verdad casi de orden axiológico, que sustentaría la declaración de nulidad sobre la base de estimar que en la sentencia recurrida no se contiene la exposición clara, lógica y completa de los hechos y circunstancias que se dieran por probados —el fallo de nulidad, sin embargo, reproduce gran parte de ellos—, y no se contendría porque *“no existió prueba material de la droga”*. Para auxiliar esta última afirmación se recurre al expediente legal, atribuyendo al artículo 43 un alcance que está lejos de su sentido natural y obvio y mucho más lejano aún de la historia fidedigna de su establecimiento.

En efecto, sostenemos que la exigencia del protocolo de análisis, en carácter de *condictio sine qua non* de un fallo condenatorio no guarda relación con la exigencia típica de los artículos 3° y 4° de la Ley 20.000, ni menos con la discusión que llevó a su actual fisonomía al mencionado artículo 43 del citado cuerpo legal. Si el razonamiento seguido por la Excma. Corte Suprema se estimara válido y se aplicara con carácter general, nunca se podría formar convicción por la vía de presunciones. El seguimiento de la jurisprudencia a nivel nacional, aun con posterioridad a este segundo fallo, da cuenta que se trata de un criterio que no ha sido de recibo en las distintas Cortes de Apelaciones del país.

El tránsito seguido por nuestra legislación, al menos en esta parte, referido a la exigencia de un protocolo de análisis químico de la sustancia estupefaciente o sicotrópica incautada, no ha sufrido demasiados sobresaltos. El artículo 17 de la Ley 18.403, de 1985, reproduce en esta parte el contenido de la Ley 17.934 de 1973 que, en su artículo 15, ya contenía una explícita mención al referido protocolo, aunque reducido a identificar “*el producto y sus características*” y a señalar “*su peso o cantidad aproximados*” y que la Ley 18.403 mantuvo en idénticos términos como recién señaláramos. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 19.366, dictada el año 1995, mantuvo la necesidad de su existencia, pero introdujo, en esta oportunidad, la obligación del Servicio de Salud de indicar, además, la “*peligrosidad que revista para la salud pública*”.

La necesidad de incluir el grado de pureza en el protocolo de análisis aparece recién con la dictación de la Ley 20.000 del año 2005. Sin embargo, en el proyecto de ley remitido por el ejecutivo no aparece esta mención. En efecto, el artículo 40 del proyecto en mención reproducía similares términos a los de la Ley 19.366, que pretendía derogar, cuestión que no mereció reparos de la E. Corte Suprema al momento de emitir su informe en relación con este proyecto, como tampoco en la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados en sus primer y segundo informes e, incluso, durante gran parte del Segundo Trámite Constitucional.

Sólo luego de casi 5 años de tramitación del proyecto de ley, el artículo que finalmente corresponde al actual 43 de la Ley 20.000, sufre una modificación sustancial que lo deja con su actual fisonomía (y por cierto su componente normativo) y surge a propósito del Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (de 3 de agosto de 2004) que introduce modificaciones a los artículos 5° y 41 del proyecto. El artículo 5° del proyecto (y de la Ley 20.000), sanciona el suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de edad. En su inciso tercero, obligaba al Ministerio Público a solicitar del Servicio de Salud correspondiente el análisis químico de la sustancia suministrada, su naturaleza, contenido y composición, como asimismo, un informe acerca de los efectos tóxicos o sicotrópicos que produce.

De acuerdo con el informe complementario, el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) propuso trasladar esta regla al inciso primero del artículo 41 (actual artículo 43 de la Ley 20.000), que obliga al Servicio de Salud a remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo de análisis de la sustancia que le haya suministrado, en el que se identificarán el producto y sus características, señalando peso y cantidad y se indicará su peligrosidad para la salud pública. Añade que se conservará una cantidad determinada de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma. Se expresa, en el referido informe complementario, que CONACE –en la actualidad SENDA– informó que “la propuesta había sido sugerida por el Ministerio Público y la

estimaba conveniente, porque permitiría mejorar la calidad de la información que emite el Instituto de Salud Pública, al extender las exigencias que se hacen en el artículo 5° respecto de los inhalantes a todas las demás drogas (naturaleza, contenido, composición y efectos tóxicos), **para saber qué están consumiendo los chilenos y no echar mano de mitos**”(el subrayado es nuestro).

La Comisión acogió esa recomendación, quedando el artículo 43 con su actual redacción.

Dos conclusiones, de enorme trascendencia, surgen de la revisión de la historia fidedigna del establecimiento de la redacción de la norma contenida en el artículo 43:

1. Que se trata de una obligación de orden administrativo, por lo que podemos entender, correlativamente, que no estuvo en la mente del legislador imponer un peritaje obligatorio o una valoración legal del mismo, soluciones por lo demás absolutamente contradictorias y hasta repugnantes con el sistema acusatorio, a la sazón, en pleno proceso de consolidación a nivel nacional.
2. Que su objetivo, al menos aquél que aparece significativamente explicitado, apunta a determinar la trazabilidad de las sustancias estupefacientes y sicotrópicas, es decir, en términos simples, va en la búsqueda de tres aspectos básicos en relación con las mismas, como son: el origen de sus diversos componentes, el conjunto de procesos que se han aplicado en su elaboración y también fijar tanto la distribución como la localización de las sustancias al momento de su incautación (determinando en este caso el lugar de la cadena en que fue incautada, que va desde la producción hasta su expendio).

Huelga argumentar en el sentido de la necesidad e importancia que representa tal información, particularmente en la construcción de una política de persecución penal del narcotráfico para quien precisamente ejerce dicha función, como es el caso del Ministerio Público, quien, conforme se encarga de precisar la historia fidedigna del establecimiento de la ley, tuvo un activo rol en la redacción actual de la norma contenida en el tantas veces mencionado artículo 43 de la Ley 20.000.

Ha sido tan evidente y persistente este propósito que, habiéndose iniciado el sistema acusatorio el año 2000, y encontrándose aún vigente la Ley 19.366 del año 1995, fue necesario dictar una serie de normas que adecuaran la legislación al sistema en proceso de implementación (conocido entonces como Reforma Procesal Penal) dictándose para dichos efectos la Ley 19.806 o “Ley Adecuatoria”. Entre otras, introdujo una importante modificación a la mencionada Ley 19.366, en específico para el tema en estudio, a su artículo 26, el que mantenía la obligación de remitir, en este caso al Ministerio Público, un

protocolo de análisis, pero modificaba esencialmente dicha norma al eliminar la referencia al valor probatorio contenido en la redacción original (hasta antes de la dictación de la Ley 19.806, el artículo 26 de la Ley 19.366 obligaba a valorarlo conforme al artículo 472 del Código de Procedimiento Penal de 1906, es decir como prueba suficiente del hecho).

Dado el nuevo contexto, ahora con la Ley 20.000 vigente y conforme a lo que se viene señalando, sostener que *“la prueba sobre la naturaleza de la droga efectuada por un ente distinto al indicado en la ley no cumple los estándares básicos exigidos por nuestro sistema de valoración, pues ante un delito de tráfico de estas sustancias es indispensable que a través de una actividad probatoria mínima queden aclaradas las circunstancias indicadas en el artículo 43 de la Ley N°20.000, y se conozca en forma fehaciente la peligrosidad que esas sustancias revisten para la salud pública, –bien jurídico protegido que debe ser puesto concretamente en peligro– lo cual no se encuentra justificado en la sentencia recurrida”*, como señala la segunda de las sentencias de nulidad en análisis, no resulta una afirmación concordante con los principios sustentadores del sistema acusatorio, entre los que cabe consignar, especialmente, el de libertad de prueba. Por lo mismo, es posible constatar que se quiso resolver un problema de estándar (que podría no haber alcanzado el suficiente para condenar).

Casi como recurso retórico, conviene traer a colación las reglas de interpretación de la ley contenidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, según las cuales cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, señala el artículo en la frase siguiente, para interpretar una expresión oscura, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma –cuyo no parece ser el caso– o **en la historia fidedigna de su establecimiento** (el subrayado es nuestro).

En el contexto aludido, parece válido recordar el fallo dictado hace casi 10 años, en causa 0300018602-2, seguida ante el Tribunal de Juicio Oral de Arica, en cuyo considerando decimosexto, a propósito de una discusión similar, relativa a la falta de acreditación del objeto material del delito, por no contarse con el protocolo de análisis de pureza sostiene que *“éste quedó acreditado –el objeto material– con la evidencia material, en especial, un frasco de vidrio primitivamente destinado a contener alimento para lactantes... que muestra rastros de haberse practicado un examen de narcotest con resultado positivo, dada la coloración azul que exhibe, situación que concuerda plenamente con las declaraciones de los funcionarios policiales que depusieron en el juicio... todos los cuales fueron precisos, categóricos y concordantes en afirmar que las sustancias incautadas en el delito investigado corresponden a clorhidrato y pasta base de cocaína, afirmación que sustentan en el hecho de haber practicado al momento de la incautación de dichas sustancias, la correspondiente prueba de campo, como asimismo a los contenedores, los que según el auto de apertura del juicio oral, contenían droga, hecho que,*

por otra parte, pudieron los integrantes de este tribunal apreciar directamente por medio del olfato, el olor característico a cocaína que ellos expelen...”. En el párrafo siguiente, como forma de complementar el anterior razonamiento se agrega: *“Para arribar a tal conclusión, estos sentenciadores tienen presente que el artículo 26 de la Ley 19.366, al referirse a los análisis que se deben practicar... sólo se limita a señalar la forma y circunstancia en que tal análisis debe practicarse, sin que en momento alguno se indique que éste sea el único medio para probar el que, efectivamente, nos encontramos en presencia de tales sustancias”*.

Es de esperar que el paso del tiempo no sea el causante de un alejamiento de las bases fundacionales del sistema acusatorio y que, particularmente, en casos en los que se debe recurrir a la prueba indiciaria, como es frecuente en los juicios por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, se permita a los tribunales hacerse cargo en su fundamentación de los hechos acreditados y no desestimarlos *a priori*, como parece ocurrir en este segundo caso en análisis, en el que se invalida el proceso de análisis y construcción dialéctica del razonamiento, únicamente por no contar con una prueba que, creemos erradamente, se considera de carácter obligatorio por exigencia legal.

Igualmente, es de esperar que los fallos que hemos reproducido, objeto del presente análisis, no extiendan sus conclusiones ni se asiente como una doctrina que predomine a nivel nacional pues, por las especiales características de las investigaciones referidas a tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, la elevación de los estándares de convicción y fundado en una aparente e inexistente exigencia legal podría tener consecuencias de las cuales el sistema de persecución no estaría en condiciones de satisfacer.