

PERÍODO LEGISLATIVO 2018-2022

LEGISLATURA 367

Modifica la ley N° 20.000, que Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en materia de persecución y sanción del tráfico de drogas en pequeñas cantidades

SESIÓN N° 32ª

☒ PRIMER TRÁMITE CONST.

FECHA: 30-05-2019

☐ SEGUNDO TRÁMITE CONST. (S)

DESTINACIÓN

- | | |
|---|---|
| ☐ 01.- AGRICULTURA, SILVICULTURA Y DESARROLLO RURAL | ☐ 19.- CIENCIAS Y TECNOLOGÍA |
| ☐ 02.- DEFENSA NACIONAL | ☐ 20.- BIENES NACIONALES |
| ☐ 03.- ECONOMÍA, FOMENTO; MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y TURISMO | ☐ 21.- PESCA, ACUICULTURA E INTERESES MARÍTIMOS |
| ☐ 04.- EDUCACIÓN | ☐ 22.- BOMBEROS |
| ☐ 05.- HACIENDA | ☐ 24.- CULTURA, ARTES Y COMUNICACIONES |
| ☐ 06.- GOBIERNO INTERIOR, NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y REGIONALIZACIÓN | ☐ 25.- SEGURIDAD CIUDADANA |
| ☐ 07.- CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO | ☐ 27.- ZONAS EXTREMAS Y ANTÁRTICA CHILENA |
| ☐ 08.- MINERÍA Y ENERGÍA | ☐ 29.- DEPORTES Y RECREACIÓN |
| ☐ 09.- OBRAS PÚBLICAS | ☐ 31.- DESARROLLO SOCIAL, SUPERACIÓN DE LA POBREZA Y PLANIFICACIÓN |
| ☐ 10.- RELACIONES EXTERIORES, ASUNTOS INTERPARLAMENTARIOS E INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA | ☐ 33.- RECURSOS HÍDRICOS Y DESERTIFICACIÓN |
| ☐ 11.- SALUD | ☐ 34.- MUJERES Y EQUIDAD DE GÉNERO |
| ☐ 12.- MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES | ☐ COMISIÓN DE HACIENDA, EN LO PERTINENTE. |
| ☐ 13.- TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL | ☐ COMISIÓN MIXTA. |
| ☐ 14.- VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO | ☐ COMISIÓN ESPECIAL MIXTA DE PRESUPUESTOS. |
| ☐ 15.- TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES | ☐ EXCMA. CORTE SUPREMA, EN LO PERTINENTE. |
| ☐ 16.- RÉGIMEN INTERNO Y ADMINISTRACIÓN | ☐ OTRA: |
| ☐ 17.- DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS | |
| ☐ 18.- FAMILIA Y ADULTO MAYOR | |

Proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.000, aumentando la pena del microtráfico y perfeccionando su regulación y persecución penal

I. Fundamentos

- a. Que el narcotráfico constituye uno de los principales desafíos que deben abordar los Estados en el siglo XXI, toda vez que es una actividad que con los años ha ido mutando, adecuándose y perfeccionándose, haciendo más dificultosa la persecución penal de quienes se dedican al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En efecto, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución N°66/183, sobre la “cooperación internacional contra el problema mundial de las drogas”, indicando que: “pese a los redoblados esfuerzos de los Estados, las organizaciones competentes, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, el problema mundial de las drogas sigue poniendo en grave peligro la salud y la seguridad públicas y el bienestar de la humanidad, en particular de los niños y los jóvenes y sus familias, y amenazando la seguridad nacional y la soberanía de los Estados, y porque socava la estabilidad socioeconómica y política, así como el desarrollo sostenible.”¹.

Esta preocupación internacional se ha manifestado en sucesivos tratados internacionales, a saber, la Convención sobre Estupefacientes de 1961 (enmendada en 1972), el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Nuestro país ratificó y promulgó estas convenciones, en especial la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En efecto, el Decreto Supremo N°543 de 31 de mayo de 1990 promulgó dicho texto, el cual es norma vigente en Chile. En particular su punto 2 indica que: “A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”. Lo anterior no obsta a lo indicado por la letra d) del número 3 de dicho tratado, que indica: “Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicha condena, disponer medidas de tratamiento, educación, poetratamiento rehabilitación o reinserción social del delincuente”.

Por lo anterior, los Estados suscriptores de dichos instrumentos internacionales,

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N°66/183 de 19 de diciembre de 2011.



entre otros Chile, deben proceder a implementar todas las medidas que permitan la debida sanción de quienes adquieran, posean o cultiven dichas sustancias y estupefacientes, sea que lo hagan a título de consumo personal o no.

- b. Que nuestra legislación contempla el tráfico ilícito de estupefacientes en la Ley N° 20.000, la cual, según Politoff, Matus y Ramírez “señala en sus arts. 1°, 43 y 65 que estos delitos afectan al bien jurídico salud pública, en la medida que las sustancias objeto material de los mismos lo hacen.”². En la misma línea, Politoff y Matus indican que la salud pública como bien jurídico protegido en estos delitos es “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas”, a lo que debe agregarse el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados, “de resultados de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción.”³. Dichos autores, indican que la Ley N° 20.000, contempla, entre otros delitos, aquellos contra la salud pública comprendidos en el “ciclo de la droga”, a saber: tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio (art. 3° inc. 1°, parte final); tráfico ilícito de estupefacientes en sentido estricto (art. 3 inc. 1°); microtráfico (art. 4°); otras formas de poner a disposición de consumidores finales las sustancias prohibidas. Presunciones de tráfico sancionadas como delitos especiales: desviación de cultivos (art 10°), suministro abusivo de sustancias estupefacientes (art 7°), y prescripción abusiva (art. 6°)⁴.

El objeto material de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes es: “las drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública”⁵, las que se encuentran detalladas en el Decreto Supremo N°867, del Ministerio del Interior, de 08 de agosto de 2007, el cual clasifica dichas sustancias en las que producen dichos efectos (inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 20.000) y aquellas que no los producen (inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 20.000. La consecuencia de traficar unas u otras, está en que en el caso que las sustancias estén clasificadas por el Reglamento como aquellas no producen graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública “podrá rebajarse la pena hasta en un grado”. Dentro de la primera clase, se encuentra la cocaína, el LSD, el opio, la anfetamina, la heroína, la metacualona, y la cannabis “sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina”, entre otras.

² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 573.

³ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre: Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, en POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 574.

⁴ *Ibíd*em, p. 575.

⁵ *Ibíd*em, p. 577.

- c. Que este proyecto se refiere en particular al microtráfico (artículo 4° de la Ley N° 20.000), el cual para la doctrina (Balmaceda; Politoff, Matus y Ramírez) consiste en una figura privilegiada de tráfico, toda vez que “permite imponer una penalidad diversa a la misma conducta que venimos analizando – el tráfico –, cuando se reúnen los diversos elementos que exige la norma (...), la razón de política criminal que subyacería en este tipo corresponde a aplicar una pena menor al traficante callejero de cantidades pequeñas.”⁶ En este supuesto, la ley no distingue en cuanto a la sustancia traficada. En consecuencia, el tráfico en sentido amplio de drogas duras, se castiga con presidio mayor, en sus grados mínimo a medio, y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales (art. 1°, inc. 1); el tráfico en sentido amplio de drogas blandas se castiga con la misma pena, con la facultad del juez de rebajarla en un grado (art. 1°. Inc. 2). Finalmente, el microtráfico, es decir, el que trafique “pequeñas cantidades de droga, se sanciona con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales (art. 4°).

Según plantea Navarro, “A diferencia de lo que ocurría en la derogada Ley N° 19.366, en la que la cantidad de las sustancias traficadas era irrelevante para determinar la tipicidad de las conducta de tráfico (y, por tanto, desde esa perspectiva cuantitativa todas quedaban, en abstracto, sujetas al mismo régimen penológico), la nueva Ley N° 20.000 sí recoge la cantidad como elemento típico relevante, es decir, fundante del injusto, de tal forma que una conducta será encuadrable como tráfico del artículo 3° o del artículo 4°, dependiendo fundamental, pero no exclusivamente, de la cantidad de las sustancias traficadas. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia de un tercer grupo de casos para los que la solución es su no-punibilidad por concurrir el elemento negativo del tipo consistente en el autoconsumo”⁷.

Para Politoff, Matus y Ramírez, la figura tuvo como propósito declarado “ofrecer a los tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los *dealers* callejeros (...) la necesidad de esta reforma estaría detectada tanto en el Informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados (1998-2002), donde se afirmó que ‘una de las principales deficiencias que se han detectado en la aplicación de la ley N° 19.366 dice relación con la rigidez de las penas que establece para los traficantes, lo que conlleva a una saturación de las cárceles del país, por la gran cantidad de personas procesadas y condenadas por traficar pequeñas cantidades de drogas, ya que la ley, en estos casos, no faculta a los jueces para aplicar penas alternativas de cumplimiento de condena (...)”⁸.

⁶ BALMACEDA, Gustavo (2014): Manual de derecho penal. Parte especial. Santiago; Librotecnia, p. 562.

⁷ NAVARRO, Roberto (2005). El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la Ley N° 20.000. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, p. 262.

⁸ Ob. Cit (2), p. 584.

No se debe desatender que la norma del artículo 4° agrega un elemento negativo del tipo, consistente en que se justifique el microtráfico en la circunstancia que “están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”. A este respecto, “el criterio de distinción entre el primer (tráfico) y el segundo grupo de casos (microtráfico) es de tipo cuantitativo, es decir, atiende a la cantidad de las sustancias traficadas; mientras que la distinción entre el segundo (microtráfico) y el tercer grupo (consumo personal o tratamiento médico) es de tipo cualitativo, ya que una misma cantidad de sustancias bien puede ser típica del tráfico del art. 4° o ser atípica por autoconsumo, cuando esa cantidad, aunque pequeña, no pueda ser considerada para el autoconsumo p r ó x i - m o e n e l t i e m p o por su calidad o pureza, o las circunstancias concomitantes sean suficientemente indiciarias por sí mismas de la destinación por el sujeto activo a su tráfico ilícito”⁹.

Ahora bien, el conflicto se suscita por cuanto “Aunque el criterio de diferenciación entre las conductas típicas de los artículos 3° y 4° de la nueva Ley de Drogas es de naturaleza cuantitativa, el legislador no lo ha determinado, por lo que el elemento “pequeñas cantidades” de sustancias ilícitas queda entregado a la interpretación.”¹⁰.

Para complejizar aún más la situación de la figura, el artículo 4° de la Ley N° 20.000 contempla dos elementos negativos del tipo que esté “destinada para un tratamiento médico, o bien “para un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”.

Al respecto, desde la publicación de la Ley N° 20.000, los tribunales de justicia han tenido interpretaciones disímiles de la norma, motivo por el cual debe ser el legislador el que brinde una interpretación auténtica de esta figura privilegiada. Asimismo, se deberá resolver la discusión relativa a la relevancia del informe al que alude el artículo 43, al que se hará referencia.

- d. Que en lo que respecta a este proyecto, según las estadísticas proporcionadas por la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía, el número de condenados por delito de microtráfico estuvo en constante aumento, hasta el año 2012, fecha en que comienza un nuevo criterio jurisprudencial de la Corte Suprema. En efecto, si al año 2006 se condenó a 1.591 personas por delito de microtráfico, el año 2012 ya eran 11.247 (cifra máxima alcanzada desde la vigencia de la ley); no obstante, luego de la jurisprudencia de la Corte Suprema que se analizará, este número ha ido en descenso progresivo (9.201 condenados el 2013, 9.051 condenados el 2014, 5.189 condenados el 2015, 5.473 condenados el 2016, y 5.334 condenados el 2017, alertando sobre una posible afectación a la eficacia de la norma.

Lo anterior se verifica aun cuando haya aumentado el número de denuncias por el mismo delito de microtráfico: si el año 2006 existieron 3.033 denuncias (con

⁹ Ob. Cit (7), p. 263.

¹⁰ Ibídem, p. 265.

1.591 condenados), el año 2012 hubo 8.873 denuncias (con 11.247 condenados); no obstante, luego de este año, las denuncias se incrementaron, llegando a su máximo el año 2017 con 13.026 denuncias (con sólo 5.334 condenados). Esto es coherente con el aumento de imputados por microtráfico, el cual se ha mantenido relativamente constante en el tiempo, por lo menos desde el año 2011; sin perjuicio de ello, el año 2017 se llegó al máximo de 11.931 imputados por microtráfico.

En consecuencia, existe una evidente problemática en la aplicación del delito de microtráfico, toda vez que aún cuando haya aumentado el número de denuncias e imputados, esto no se ha verificado en sentencias condenatorias.

- e. Que lo anterior puede haberse producido, en parte, por la disímil jurisprudencia de las disposiciones del artículo 4° de la Ley N° 20.000 efectuada por la Segunda Sala de la Corte Suprema, la cual ha sostenido que para los efectos de determinar la existencia del delito de microtráfico, se requiere contar con un informe del Servicio Médico Legal para acreditar el grado de calidad o pureza de una determinada droga, para los efectos de comprobar si dicha sustancia será considerada para un uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. De comprobarse tal circunstancia, no habría delito.

En efecto, y como ya se había señalado, el artículo 4° prescribe que: “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Se entenderá que no concurre 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” (el destacado es propio).

Por su parte, el artículo 43 de la misma Ley indica que: “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” (el destacado es propio).

Al respecto, han existido diversas líneas jurisprudenciales que le otorgan un mayor o menor alcance al artículo 43, y por tanto, una influencia en la existencia del delito.

- f. Que la Corte Suprema, conociendo de sendos recursos de nulidad interpuesto contra sentencias que han condenado a microtraficantes, ha tenido una jurisprudencia vacilante, la cual en algunos fallos, ha considerado que la ausencia del informe del Servicio Médico Legal es causa suficiente para absolver al imputado por un delito del artículo 4°, cuando se alega consumo personal.

La tesis que acoge dichos recursos se puede resumir en el siguiente considerando de uno de los fallos: "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, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado.

De modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material, como lo ha sostenido esta Corte en las sentencias Rol N° 4215-2012 de 25 de julio de 2012, 21.599-2014 de uno de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril, 3707-2015 de 28 de abril, 7222-2015 de veinte de julio, 8253-2015, de diez de agosto, todas de 2015, 14865-2016 de 6 de abril, 17095-2016 de 21 de abril, 27073-2016 de 21 de junio, 68800-2016 de 14 de noviembre, todas de 2016, entre otras.”¹¹.

Asimismo, el fallo que inició esta línea jurisprudencial, Rol N° 4215-2012, indicó que: "Para determinar si se trata de sustancias que produzcan graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, el legislador estableció en el

¹¹ Corte Suprema, Rol 10.835-2018.

artículo 43 de la Ley 20.000, la obligación de elaborar un protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada, en el que debe identificarse el producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como asimismo, un informe sobre los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública. En el caso concreto, si bien se agregó el referido informe, aquél no identificó la pureza o concentración de la droga porque la sustancia incautada no amplificó pureza, tal como se lee de la sentencia y se escuchó de la sección de audio reproducida a requerimiento de la defensa como prueba de las circunstancias de esta causal. Asimismo, es un hecho de la causa que la sustancia traficada tenía cocaína en estado de base, sin que se determinara su concentración sino solo su presencia, pero además, había carbonatos que corresponden a una sustancia inorgánica en sus componentes o dañosidad, que comúnmente se utiliza para aumentar la droga. También es un hecho que el perito al explicar los efectos de la droga no lo hizo en relación a la sustancia concreta incautada en el proceso, sino que a los efectos generales de la cocaína en el organismo, en circunstancias que lo traficado en el proceso sería pasta base de cocaína”¹².

No obstante, esta línea jurisprudencial no llega a considerarse uniforme, dado que estos fallos han sido acompañados de votos minoritarios, y otros optan derechamente, por el rechazo del recurso, dependiendo de la integración de la Sala. La tesis que los desecha se puede resumir en el siguiente considerando de uno de los fallos: "Que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 -y respecto del cual se vale el recurrente para sostener que estamos ante una conducta carente de antijuridicidad material- no altera lo que antes se ha dicho, desde que éste no está destinado a cumplir el rol que el recurso pretende, y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y específicamente dentro del párrafo sobre “medidas para asegurar el mejor resultado de la Investigación”, de manera que los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud -peso, cantidad, composición y grado de pureza- le permitirán tener al juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión –cannabis sativa, en la especie- deja de ser tal”¹³.

De esta forma, queda claro que se está ante una vacilación jurisprudencial que hoy en día depende netamente de cómo esté conformada la Segunda Sala (penal) de la Corte Suprema, que conoce del recurso de nulidad respectivo.

- g. Que como puede apreciarse, la jurisprudencia que acoge los recursos de nulidad de sentencias condenatorias a imputados por microtráfico, fundada en la ausencia del informe del Servicio Médico Legal, comenzó a lo menos desde el año 2012 (Ver sentencia rol N° 4215-2012 de 25 de julio de 2012), por lo que podría haber incidido de manera directa en el número total de condenados por

¹² Corte Suprema, Rol N° 4215-2012.

¹³ Fallo cit. (11).

este delito, como se señaló anteriormente. De esta forma, se justifica plenamente la necesidad de legislar sobre esta materia, toda vez que se ha generado una interpretación vacilante en la Corte Suprema que incide directamente en la eficacia de la norma, como se ha señalado.

- h. Que asimismo, el microtráfico adolece de problemas estructurales toda vez que: “La progresión hacia unos mayores niveles de tolerancia social de las conductas de tráfico de drogas y de su consumo puede producir consecuentemente en los ciudadanos una disminución de la conciencia de la ilicitud del tráfico y consumo público de pequeñas o escasas cantidades de drogas, por lo que, en este supuesto, se aumentan las posibilidades de apreciar un error de prohibición. Asimismo, la atribución por el sujeto activo al autoconsumo como elemento negativo del tipo de una extensión mayor que la que la ley le ha asignado, puede generar casos en que el sujeto cree estar actuando lícitamente, alegación que se hace más creíble mientras menor es la cantidad de las sustancias traficada.”¹⁴.
- i. Que se han presentado algunos proyectos de ley en la materia, que buscan solucionar esta situación, lo que permite concluir que es una preocupación del Congreso Nacional regular, y zanjar esta situación. No obstante, ninguno de estos proyectos de ley se pronuncia directamente sobre la relevancia procesal del informe del Servicio Médico Legal, al cual alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000, por lo cual, adquiere mayor justificación esta propuesta.
- j. Que el presente proyecto de ley se inclina por acoger la interpretación que rechaza la consideración del informe del Servicio Médico Legal prácticamente como una prueba legal o tasada respecto de los elementos del tipo penal del artículo 4°. En efecto, de la misma interpretación que realizan los fallos que se pronuncian en esa línea, ni el tenor literal del artículo 43, ni tampoco una interpretación sistemática de la Ley N° 20.000 permiten atribuirle a dicho informe un alcance más allá de lo administrativo. Menos podría considerarse que tal informe inhibe cualquier otra probanza allegada en el juicio respecto al grado de pureza o calidad de la droga, puesto que ello implicaría desconocer el sistema de libertad probatoria que existe en sede procesal penal, a salvo los principios de sana crítica.
- k. Que asimismo, se debe plantear una modificación a las penas que se aplican al delito de microtráfico, toda vez que las penas de la figura de tráfico de drogas duras (art. 1° inc. 1°) están muy diferenciadas de la figura del artículo 4°. En efecto, mientras que el primer caso se sanciona con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, el segundo permite sancionar con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales. Por lo mismo, se debe fijar la pena del microtráfico en presidio menor en su grado máximo, y multa de cuarenta a cien unidades tributarias mensuales.

¹⁴ Ob. Cit. (7), p. 288.

- l. Que, por su parte, el proyecto también plantea una modificación al elemento negativo del tipo referida al “uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”. Al respecto, se señala expresamente que para que opere este elemento debe tratarse de “cantidades insignificantes”, esto es, incluye un componente valorativo y comparable respecto de la pequeña cantidad, la cual sanciona el artículo 4, ya anotado. De esta manera, el que debe justificar este consumo personal requerirá, además, que efectivamente se trate de una cantidad que sea tan pequeña que no justifique la reacción penal, con lo que se busca hacer más efectiva la operatividad de la norma respecto de quienes son sorprendidos con pequeñas cantidades, pero que no alcancen a ser consideradas como insignificantes. Asimismo, y en concordancia con la modificación que se efectúa al artículo 43, se busca eliminar la frase “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”, toda vez que la determinación de la calidad o pureza de la droga no debe ser un elemento principal para la verificación del tipo penal; de esta manera, se entenderá que no concurre la circunstancia de consumo personal cuando “las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.
- m. Que el presente proyecto busca perfeccionar el tipo penal del microtráfico, haciendo compatible, por una parte, la intención del legislador de dar un trato más benigno al tráfico de pequeñas cantidades de droga, con la necesidad de hacer frente a un grave problema en las poblaciones de nuestro país, como lo es, el narcotráfico y sus consecuencias. En efecto, y como se ha venido señalando en el proyecto, la reacción penal en esta materia ha ido en descenso, especialmente después de la interpretación de la Corte Suprema que le asigna un valor esencial al informe al cual alude el artículo 43, lo que ha implicado que ha aumentado el número de denuncias e imputados, pero bajado, al mismo tiempo, el número de condenas, lo que deja entrever que debe legislarse al respecto.

Ello no inhibe otras medidas que van aparejadas a la aplicación del *ius puniendi* del Estado, como medidas de rehabilitación, mejorar la coordinación administrativa, pesquisar las nuevas formas de tráfico, y en general, crear políticas, planes y programas que permitan reducir la incidencia de estos delitos en sectores vulnerables de la población, y el consumo problemático en aumento.

Sin perjuicio de lo anterior, el tráfico, de cualquiera de las sustancias prohibidas por ley, genera un daño tal que debe habilitar al Estado para aplicar la sanción penal en aquellos casos en que se justifica.

II. Idea Matriz

El presente proyecto tiene como idea matriz aumentar la pena del microtráfico, y perfeccionar su regulación y persecución penal a través de la modificación de los elementos del tipo, y de su prueba.

III. Disposiciones de la legislación vigente que se verían afectadas por el proyecto:

El proyecto modifica la Ley N° 20.000, particularmente en sus artículos 4 y 43, referidos al microtráfico, y al protocolo del Servicio de Salud, respectivamente. Las modificaciones se orientan en 3 sentidos: a) aumentar la pena del microtráfico, eliminando la posibilidad de sancionar sólo con presidio menor en su grado medio, dejando como única pena la de presidio menor en su grado máximo; b) precisar los requisitos del elemento negativo del tipo “consumo personal”, en cuanto debe tratarse de cantidades insignificantes, como asimismo, que el grado o pureza de la droga no sea relevante en la determinación de dicha cantidad; c) fijar el sentido y alcance del informe del Servicio de Salud, eliminando su función de “informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública”, puesto que ello lo fija el reglamento de sustancias al que se refiere el artículo 63, como asimismo, limitando la facultad del juez para utilizarlo al ponderar la prueba, particularmente para la calificación que le corresponde a la sustancia respectiva en el mencionado reglamento, sin que pueda otorgársele otro efecto a su inclusión o exclusión como prueba en el proceso penal respectivo.

POR TANTO:

Los diputados que suscribimos venimos en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único: modifíquese la Ley N° 20.000 en el siguiente sentido:

1. En el artículo 4°:
 - a. En el inciso primero:
 - i. Reemplácese la frase “en sus grados medio a máximo”, por “en su grado máximo”.
 - ii. Reemplácese la frase “diez a cuarenta”, por “cuarenta a cien”.
 - iii. Intercálese, a continuación de la expresión “a menos que”, la siguiente frase: “se trate de cantidades insignificantes y”.
 - b. En el inciso tercero:
 - i. Elimínese la frase: “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”.
2. En el artículo 43:
 - a. En su inciso primero:
 - i. Reemplácese la oración “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” por “indicando si la sustancia está incluida en el reglamento al que alude el artículo 63, y en el evento que así fuere, la calificación que le corresponde”.
 - ii. Agréguese el siguiente inciso final: “el protocolo al que se refiere este artículo sólo podrá ser utilizado por el juez para determinar la calificación que le corresponde a la sustancia respectiva en el reglamento al que alude el artículo 63, sin que pueda otorgársele otro efecto a su inclusión o exclusión como prueba en el proceso penal respectivo”.

JAIME MULET MARTÍNEZ

DIPUTADO

ESTEBAN VELAZQUEZ

(3) Valsugur, Est. 147

(5) CESARDO 101

(6) UNDURAGA

(7) SANTIAGO

(4) SANTIAGO, ALVARADO

(2) Valsugur, Pato

130

Atenco (3)
- ALIN W
- PRATO