

SITUACION DE TOMAS DE MUESTRAS DE ALCOHOLEMIA POR PARTE DE PARTICULARES CONTRATADOS POR EL SERVICIO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y REHABILITACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS Y ALCOHOL, (SENDA)

Disposiciones legales y reglamentarias pertinentes:

Ley 20.502 orgánica de SENDA

Leyes 19.880 - 19.896 y 18.575 bases de la administración pública

Artículo 183 de la ley 18.290

Resolución exenta 8833/2010 que aprueba instrucciones y normativa técnica sobre exámenes de alcoholemia (del Servicio Médico legal)

Artículos 197 a 199 bis del Código Procesal Penal

1.- Falta de atribuciones legales del SENDA para proceder a la contratación de los servicios que indica.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y siguientes de la Ley N° 20.502, el SENDA es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República por intermedio del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de prevención del consumo de estupefacientes, sustancias psicotrópicas e ingestión abusiva de alcohol, y de tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas afectadas por dichos estupefacientes y sustancias psicotrópicas y, en especial, en la elaboración de una estrategia nacional de drogas y alcohol.

Por su parte, el artículo 19 del citado cuerpo legal, prevé que en cumplimiento del referido objeto corresponderá al Servicio:

“a) Ejecutar las políticas y programas propias de su objeto.

b) Colaborar con el Ministro del Interior y Seguridad Pública, y con el Subsecretario de Prevención del Delito, en el ámbito de sus atribuciones, en la elaboración de políticas en materia de prevención del consumo de estupefacientes, sustancias psicotrópicas e ingestión abusiva de alcohol, y de tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas afectadas por dichos estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cuando estas conductas constituyan un factor de riesgo para la comisión de delitos.

c) Impulsar y apoyar, técnica y financieramente, programas, proyectos y actividades de Ministerios o Servicios Públicos destinados a la prevención del consumo de drogas y alcohol, así como al tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas afectadas por la drogadicción y el alcoholismo, y ejecutarlos, en su caso.

d) Elaborar una estrategia nacional de prevención del consumo de drogas y alcohol, coordinar su implementación, y dar apoyo técnico a las acciones que las entidades de la Administración del Estado emprendan en el marco de su ejecución.

e) Administrar el fondo establecido por el artículo 46 de la ley No 20.000.

f) Vincularse con organismos nacionales que se ocupen de temas propios de su competencia, y celebrar con ellos acuerdos y convenios para realizar proyectos de interés común. Con el mismo propósito podrá también, previa autorización del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, relacionarse con organismos internacionales.

g) Elaborar, aprobar y desarrollar programas de capacitación y difusión, orientados a la prevención del consumo de drogas y alcohol, y estimular la participación ciudadana en estas materias.

h) Certificar, de acuerdo a criterios técnicos, los proyectos cuyo financiamiento provenga de donaciones destinadas a los objetivos señalados en la letra anterior.

i) Mantener una base de datos actualizada y pública que contenga información sobre los objetivos, metas comprometidas, entidades beneficiadas, presupuestos y acciones realizadas durante la ejecución y evaluación de los planes y programas del Servicio, y recopilar,

sistematizar y analizar los antecedentes relevantes sobre el fenómeno de las drogas y el alcohol.

j) Celebrar acuerdos o convenios con instituciones públicas o privadas, incluyendo las municipalidades, que digan relación directa con la ejecución de las políticas, planes y programas de prevención del consumo de drogas y alcohol, así como el tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas afectadas por la drogadicción y el alcoholismo.

k) Desempeñar las restantes funciones y ejercer las demás atribuciones que le encomiende la ley.”

Como es posible advertir, las atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere al SENDA dicen relación, principalmente, con la elaboración de políticas, programas y estrategias referidas a la prevención del consumo de drogas y alcohol y a la rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción y el alcoholismo, pudiendo al efecto celebrar acuerdos o convenios con instituciones públicas o privadas para la ejecución de las mismas.

En tal contexto, es posible sostener que el legislador habilita al SENDA para, por una parte, establecer planes y objetivos generales cuya finalidad sea la prevención y la rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, y por otra, para convenir con otras entidades competentes la puesta en práctica de dichos programas, **careciendo el SENDA, por ende, de atribuciones para proceder, por sí misma, al control y fiscalización del consumo de alcohol.**

En efecto, sostenemos que no existe disposición alguna que autorice al SENDA a suscribir directamente convenios de prestación de servicios con personas jurídicas o naturales privadas para la realización de la toma de muestras de alcoholemia en la vía pública a conductores.

Sin embargo, el SENDA ha contratado, para sí y sin tener las facultades para ello, la prestación de un servicio de ambulancias y profesionales (particulares) con el objeto antes indicado.

Es decir, en el supuesto marco de un programa o plan u operativo denominado “Calles sin alcohol” o “Control cero alcohol”, cuyo tenor y alcance se desconoce a cabalidad, SENDA ha procedido a contratar directamente el servicio de toma de muestras de alcoholemia, sin recurrir para tal efecto a los organismos públicos que poseen la competencia suficiente para tal fin, como ocurre, por ejemplo, con los servicios de salud.

Al respecto, cabe anotar que en la página web del Servicio aparece publicado el documento denominado “Estrategia Nacional de Drogas y Alcohol”, cuyo texto **no consta – o no hemos constatado - que haya sido aprobado por acto administrativo alguno**, en evidente contravención del artículo 3º de la Ley N° 19.880, y sin el cual no goza de imperio ni exigibilidad. No obstante, en el hipotético caso que se estimara que aquél tiene existencia jurídica, debe tenerse presente que éste se limita a enunciar de modo genérico las eventuales medidas legislativas y administrativas que el SENDA pretende implementar para “*desincentivar la conducción en estado de ebriedad*”, entre las cuales no se contempla la contratación directa de ambulancias y médicos para que el propio Servicio realice la toma de muestras de alcoholemia reconociéndose, en cambio, la necesidad de modificar la legislación para considerar a la prueba de alcotest “*como prueba científica y legal suficiente para fines procesales y administrativos*”.

Debe recalcar a este respecto que la facultad conferida por ley al SENDA dice relación con la prevención de la “*ingestión abusiva de alcohol*” (artículo 19, inciso primero, de la ley N° 20.502), sin que ello le autorice, ni aun a pretexto de una competencia implícita -del todo ajena al derecho público-, efectuar por sí misma controles y fiscalizar en la vía pública el consumo del mismo.

Al respecto, cabe recordar que de conformidad con el principio de legalidad contemplado en el artículo 7º de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2º de la Ley N° 18.575,

Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las autoridades del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, sin que posean más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico.

Por lo mismo, careciendo de potestades explícitas para proceder del modo en que lo ha hecho, el SENDA ha vulnerado el referido principio de legalidad, lo que importa, según el mandato del constituyente, **la nulidad de los actos y contratos celebrados en contravención al mismo** (nulidad de derecho publico que se puede alegar en sede judicial en favor de personas que sean sometidas a este tramite).

2.- Irregularidades en la suscripción de convenio suscrito entre el SENDA y el Servicio Médico Legal (en adelante, SML)

Con fecha 21 de diciembre de 2011, se suscribió un Convenio de Colaboración Técnica entre el SENDA y el SML, el cual se aprobó mediante Resolución Exenta N° 330, de 6 de febrero de 2012, del SENDA.

En relación con el aludido acuerdo, debe reiterarse que el mismo se firmó en el marco de la “Estrategia Nacional de Drogas y Alcohol” y el programa “Calles sin alcohol”, documentos que no constan que hubieren sido aprobados por acto administrativo alguno como ya se señalara, por lo que no se advierte el fundamento jurídico que sustenta tal convenio.

Además, y más importante que lo anterior, debe recordarse lo manifestado en el numeral 1.- en orden a que el SENDA carece de atribuciones legales para llevar a cabo por sí mismo controles de consumo de alcohol en la vía pública, a través de la toma de muestras

de sangre, por lo que no se advierte la legitimación activa de ese Servicio para concurrir al acuerdo.

En tal sentido, la Cláusula Tercera expresa que los concurrentes se comprometen a *“colaborar interinstitucionalmente y dentro del ámbito de sus competencias en la implementación del Plan de Fiscalización de conductores bajo la influencia del alcohol en calles denominado Plan ‘Control Cero Alcohol’”* y dejan constancia que *“el Plan de Fiscalización con el cual colaborarán sea uno tal, que permita tomar muestras de sangre de alcoholemia a conductores que el examen de alcoholest marquen 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o más, o la cantidad que corresponda según la ley vigente, en los mismos puntos de control que se fijen para tales cometidos”*.

Luego, llama la atención que el mencionado convenio, contemple para ambas partes obligaciones que, en definitiva, (al parecer y todo lo indica) no se cumplieron.

En efecto, a modo de ejemplo, en la Cláusula Cuarta, letra a), el SENDA se compromete a: *“Analizar, evaluar y gestionar alternativas que jurídica y administrativamente permitan a Senda disponer o contar con vehículos o dispositivos móviles habilitados para tomar muestras de sangre para posteriores exámenes de alcoholemia de manera tal que los mismos puedan ubicarse junto a los puntos de control de alcotest de Carabineros”*.

Sin embargo, pese a la obligación adquirida por SENDA en la referida estipulación contractual, **este último no analizó ni evaluó ni gestionó alternativa alguna para el fin indicado, pues se limitó a contratar directamente los vehículos para la toma de muestras de sangre, al margen de las atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere.**

Luego, es menester precisar que en la Cláusula Quinta, letra a), el SML se compromete a: *“Otorgar a los vehículos o dispositivos móviles a que se refiere la cláusula anterior, las **autorizaciones** respectivas que los habilite como lugar para tomar muestras de sangre para*

posteriores exámenes de alcoholemia, siempre que los mismos cuenten con la autorización sanitaria correspondiente y cumplan los demás requisitos técnicos exigidos en la Resolución Exenta N° 8833 de 2010, del mismo Servicio, y en las demás normativas pertinentes”.

Al respecto, y en el supuesto que el SML hubiere otorgado la autorización respectiva, es necesario precisar que tal permiso no ha podido ajustarse a la normativa en vigor, toda vez que, por una parte, se habría conferido respecto de una Entidad que no está habilitado para tomar muestras de sangre ni para contratar tal servicio, conforme se indicara precedentemente, y por otra, por cuanto en la especie no concurrirían los supuestos exigidos por el artículo 183, inciso tercero, de la Ley N° 18.290, de acuerdo al cual **“Cuando fuere necesario someter a una persona a un examen científico para determinar la dosificación del alcohol en la sangre o en el organismo, los exámenes podrán practicarse en cualquier establecimiento de salud habilitado por el Servicio Médico Legal, de conformidad a las instrucciones generales que imparta dicho Servicio”**. Ello, en la medida que, como puede apreciarse, una ambulancia o un vehículo o dispositivo móvil no posee las características propias de un **“establecimiento de salud”**, lo que impediría al SML hacer uso de la facultad de autorizar la práctica de los exámenes de que se trata en dependencias distintas de las contempladas en la ley, como habría ocurrido en la situación en análisis.

Por lo demás, atendido que no concurren en este caso los supuestos exigidos en el artículo 41 de la Ley N° 18.575, **no resulta procedente suponer que ha mediado una delegación de atribuciones de parte del SML a SENDA.**

4.- Irregularidades en el procedimiento del servicio en la vía pública de toma de muestras de alcoholemia.

Mediante Resolución Exenta N° 182, de fecha 19 de diciembre de 2011, el SENDA aprobó las bases administrativas y técnicas de la

propuesta pública para contratar el servicio de toma de muestras de alcoholemia. La misma fue modificada posteriormente por la Resolución Exenta N° 217, de fecha 26 de diciembre de 2011.

En el considerando 2º del referido acto administrativo se detalla que *“SENDA se encuentra desarrollando un programa en conjunto con Carabineros de Chile a objeto de mejorar la fiscalización en vías públicas de la conducción bajo la influencia del alcohol o en estado de ebriedad como una medida preventiva en disuasiva de tal conducta.”*, agregando luego en el considerando 3º que *“para el éxito de dicho programa se requiere tomar muestras de alcoholemia en el mismo lugar o punto de control en donde se hace la fiscalización por parte de Carabineros de Chile.”*

Tal como se señaló anteriormente, cabe reiterar que no existe disposición alguna que autorice al SENDA a suscribir directamente convenios de prestación de servicios con personas jurídicas o naturales privadas para la realización de la toma de muestras de alcoholemia en la vía pública a conductores, careciendo dicho Servicio de atribuciones para proceder, por sí misma, al control y fiscalización del consumo de alcohol.

Luego, cabe agregar que en el considerando 4º de la Resolución Exenta N° 182, se *reconoce que “el SENDA no cuenta con las autorizaciones sanitarias o legales para realizar tales labores por su cuenta y por ende existe la necesidad de contratar el servicio correspondiente.”*

Con fecha 3 de enero de 2012 y mediante la Resolución Exenta N° 1, el referido Servicio, en el marco del operativo denominado “Calles sin alcohol” procedió a autorizar bajo la modalidad de trato directo, por configurarse la causal prevista en el artículo 8º, letra g), de la Ley N° 19.886 y en el artículo 10, N° 7, letra l), de su reglamento, la contratación de Ambulancias San Andrés Limitada, para el servicio de toma de muestras de alcoholemia, para el SENDA.

Así, el artículo primero del referido acto administrativo resuelve, *“Autorizase al Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, SENDA, para contratar con la empresa Ambulancias San Andrés Limitada, bajo el sistema de trato directo y por los motivos señalados, el servicio de toma de muestras de alcoholemia, para el Servicio Nacional para la prevención y Rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, SENDA, en los términos, condiciones y especificaciones que se contemplen en el convenio que se suscriba al efecto, teniendo como referencia lo dispuesto en las bases administrativas y técnicas de la referida licitación y en la cotización remitida por dicha entidad.”*, señalando en el artículo segundo que *“El gasto que irrogará para el Servicio la ejecución del servicio cuya contratación directa se autoriza, asciende a la cantidad total de \$ 14.250.000, impuestos incluidos, el que se financiará con cargo a los recursos consultados en el ítem 05.09.01.22.11.999 del Presupuesto vigente del año 2012.”*

Como se indicara las normas procesales son claras en orden a que lo exámenes médicos, corporales y tomas de muestras pueden ser ejecutados por hospitales, clínicas y establecimientos de salud (sean publico o privados) que se encuentren acreditadas ante el Servicio Medico Legal

Las instituciones acreditadas se registran ante ese servicio y la nomina se publica en el Diario Oficial (199 bis del CPP respecto de pruebas de ADN)

Existe por tanto un baremo de exigencias a los organismo que efectuaran exámenes y aun cuando se alegaran exigencias mínimas - estas no podrían ser adjudicadas a SENDA por no tratarse de un establecimiento de salud – si esta última podría a su vez calificar a un tercero – menos aun a un particular - para que asumiera funciones de derecho publico (exámenes médicos relacionados al sistema procesal penal)

No obstante que en la actualidad es de temer que vehículos con distintivo del SENDA y con profesionales particulares - toman muestras de sangre en la vía pública.

5.- Conclusión

SENDA carece de atribuciones legales para efectuar otra labor que no sea la de prevenir el consumo del alcohol y drogas- y por ende no debe inmiscuirse en funciones de “control y fiscalización del consumo de alcohol”

El servicio Medico Legal carecía de las facultades para “delegar” funciones de tomas de muestras en un organismo que no fuera un “establecimiento de salud” y debe siempre acreditar a dicho órgano

Las normas procesales son claras al establecer que órganos de salud están autorizados para actuar en esta ámbito y debe tratarse de “establecimiento salud” senda no lo es y por ende mal pudo contratar a terceros para estos fines.-