

C.A. de Copiapó

Copiapó, veintitrés de junio de dos mil veintitrés.

VISTOS:

En estos autos RUC N° 2100556744-8, RIT N° 233-2022, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, por sentencia de fecha ocho de mayo de dos mil veintitrés, pronunciada por la Segunda Sala de dicha judicatura, estando integrada por los Magistrados don Marcelo Martínez Venegas, quien la presidió, don Mauricio Pizarro Díaz y don Adrián Reyes Pardo, se resolvió lo siguiente:

I.- Que, **se condena a -----**,

Cédula de Identidad N° -----, ya individualizado en autos, a la pena de **CUATRO (4) AÑOS** de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa de **diez (10) unidades tributarias mensuales**, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de Tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades previsto y sancionado en el artículo 4° en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000, en grado de consumado, cometido en la comuna de Copiapó entre el mes de junio y el día 15 de septiembre de 2021.

II.- Que, se **condena a -----**, **Cédula de Identidad N° -----**, ya individualizado en autos, a la pena de **SEIS (6) AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, al pago de una multa de diez (10) unidades tributarias mensuales, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de Tráfico ilícito de drogas previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000, en grado de consumado, cometido en la comuna de Copiapó entre el mes de junio y el día 15 de septiembre de 2021.

MMZHXXGFZLXX



III.- Que se decreta respecto de ambos sentenciados el **comiso** de las drogas incautadas a los dos penados, ordenándose su destrucción para el caso que aún no hubiese sido destruida y sus contenedores y de todas las especies y dineros requisados a los condenados, debiendo procederse conforme lo prescrito en el artículo 46 de la Ley 20.000.

IV.- Que, al no reunirse en favor de los sentenciados los requisitos establecidos en la Ley 18.216, no procede el otorgamiento de penas sustitutivas al cumplimiento de la pena impuesta. Por tales razones deberán entrar a cumplir dicha sanción corporalmente, sirviéndole de abono a ----- los ciento trece (113) días que ha permaneció privado de libertad en razón de esta causa y a ----- los seiscientos (600) días que estuvo privado de libertad en razón de esta causa, según se lee en el respectivo auto de apertura de juicio y el certificado del ministro de fe de este tribunal.

V.- Que respecto de las penas pecuniarias impuestas se concede a los sentenciados el **plazo de doce (12) meses** para el pago de la multa a la que fueron cada uno condenado, la que deberán pagar en cuotas mensuales, iguales y sucesivas, desde que la presente sentencia se encuentre ejecutoriada, el no pago de una de las cuotas hará obligatorio el pago total de la misma. En caso que los sentenciados no pagaren la multa que les ha sido impuesta, se sustituirá conforme lo dispone el artículo 49 del Código Penal.

VI.- Que, en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 5 y 17 de la Ley 19.970, se instruye a Gendarmería de Chile con el objeto que coordine con el Servicio Médico Legal y proceda, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, a la determinación de la huella genética de los sentenciados y su incorporación al Registro de Condenados.

VII.- Que no se condena en costas a los sentenciados”.

En contra de esta sentencia, se interpusieron dos recursos de nulidad penal, a saber:

MMZHXXGFZLXX



1.- El de doña Valentina Vargas Sepúlveda, Defensora Penal Pública en representación del condenado -----, por la causal **principal** de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación a que los hechos por los que se dedujo la acusación no fueron encuadrados en la hipótesis del artículo 4° de la Ley 20.000, que sanciona el delito de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades, sino que en el artículo 3° del mismo cuerpo legal.

Como causal **subsidiaria**, se invoca la prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación al artículo 385 del mismo cuerpo normativo, toda vez que se impuso una pena superior a la que legalmente corresponde.

En cuanto a la causal principal requiere que se anule sólo la sentencia en aquella parte en que condenó a -----, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, configurándose la causal referida, y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, la respectiva sentencia de reemplazo que se conforme a la ley y, en definitiva, condene a ----- como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 en grado de desarrollo consumado, y, con relación a lo razonado precedentemente, se le imponga la pena en concreto de 541 días de presidio menor en su grado medio y accesorias legales.

En lo referido a la causal subsidiaria, solicita que se anule sólo la sentencia recurrida, procediendo a dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conforme a derecho, esto es, la que condene a su representado a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales.

2.- Don **Pablo Ortiz de Zárate Cerda**, abogado privado, en representación del sentenciado -----, por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación al artículo 385 del mismo cuerpo legal, solicita se anule la sentencia y se dicte sin nueva audiencia pero separadamente la sentencia de reemplazo que



corresponda en la que se deje sin efecto aquella parte del fallo en la que se impuso una pena superior a la que legalmente corresponde modificándola para imponerle la de 541 días de presidio menor en su grado medio.

Con fecha 8 de junio del presente año, se llevó a efecto la vista del recurso, interviniendo por el recurso de -----, el señor Defensor Penal Público Licitado, don Roddy Millones, y por el sentenciado -----, alegó el Defensor Privado don Pablo Ortiz de Zarate, en contra de ambos libelos de invalidación alegó en representación del Ministerio Público, doña Paula Chávez Navarro.

Se fijó la audiencia del día de hoy para dar a conocer la decisión de esta Corte.

CONSIDERANDO:

I.- Del recurso de nulidad interpuesto por el condenado -----

A) De la causal principal, correspondiente al artículo de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

PRIMERO: Que se ha deducido recurso de nulidad sustentado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, por haberse efectuado en el pronunciamiento de la sentencia una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, solicitando el recurrente la invalidación de la resolución recurrida y en su lugar se dicte sentencia de reemplazo que rectifique la pena privativa de libertad impuesta originalmente, rebajándola en los términos que indica.

SEGUNDO: En el desarrollo de la causal, la requirente transcribe el motivo decimoquinto del fallo impugnado, cuyo texto es el siguiente:

“Hecho acreditado. Que conforme a la prueba rendida se puede concluir de manera lógica, en los términos que lo plantea el artículo 340 del Código Procesal Penal, que las probanzas se encuentran en sintonía entre sí siendo coherentes unas con otras, por lo que este cumulo de pruebas le permiten a estos sentenciadores tener por establecido y acreditado, más allá de toda duda razonable que “previa orden de investigar al OS7 Atacama, de



Carabineros de Chile, y previa autorización para desarrollar la técnica investigativa del agente revelador, dicha sección policial concurrió, entre los meses de junio y septiembre de 2021, a la Población Juan Pablo II de la ciudad de Copiapó, con la finalidad de indagar el tráfico ilícito de drogas pesquisado a través de observaciones de movimientos típicos de adquisición de drogas consistentes en la concurrencia de personas hasta el frontis de diversos inmuebles investigados, donde los asistentes hacen un intercambio de manos y luego se alejan algunos metros o cuadras para consumir en la vía pública la droga adquirida.

INMUEBLES INVESTIGADOS:

B.- FERNANDO RODRÍGUEZ MORANDÉ N°919, Copiapó.

El día 08 de julio de 2021, alrededor de las 20:40 horas, un funcionario policial, que actuó como agente revelador, concurrió al inmueble ubicado en calle Monseñor Fernando Rodríguez Morandé N°919, población Juan Pablo II de la comuna de Copiapó, lugar en el cual adquirió 1 envoltorio de papel de cuaderno blanco cuadriculado contenedor de pasta base de cocaína, con un peso de 100 miligramos aproximadamente, el que le fue transferido desde el interior de aquel inmueble por parte del imputado -----, a cambio de la suma de \$5.000.-pesos.

Posteriormente, previa autorización judicial de entrada y registro, el día 15 de septiembre de 2021, cerca de las 05:49 horas, personal del OS7 ingresó y registró dicho inmueble, sorprendiendo en su interior a su morador, el acusado -----, quien mantenía al interior de su dormitorio, debajo del colchón de su cama, un trozo de marihuana prensada tipo ladrillo envuelta en film de nylon, de 561 gramos de peso; también al interior del dormitorio, se encontró una pistola a fuego calibre 9 mm, con 8 municiones y un bolso con la droga incautada fue sometida a análisis cualitativo por el Servicio de Salud Atacama, quien concluyó que la evidencia levantada en Monseñor Fernando Rodríguez Morandé N° 919 efectivamente se trataba Cannabis, mientras que la evidencia incautada en



Monseñor Fernando Rodríguez Morandé N° 916 fue peritada por el ISP, el que concluyó que se trataba de Cocaína con una pureza del 79%”. \$41.000.- en dinero en efectivo. Al interior del domicilio además se le halló una libreta con anotaciones relacionadas con la actividad de transferencia de drogas, dos teléfonos celulares marca Samsung, y las llaves del automóvil de uso personal del imputado, marca Nissan, modelo 350Z, color celeste, PPU YU.7246, el cual se encontraba en el inmueble de calle Monseñor Fernando Rodríguez Morandé N° 916, situado al frente del domicilio del acusado, el cual también fue allanado en la misma oportunidad, donde personal de OS7 advirtió que este segundo recinto estaba sin moradores ni tenía señas de estar destinado a la habitación, hallando en su interior un colador y un cuchillo con restos de pasta base de cocaína, cuadernos con sus hojas recortadas, 14 envoltorios de papel de cuaderno blanco cuadriculado, contenedores de pasta base de cocaína y un teléfono celular, siendo incautadas las especies encontradas en ambos domicilios.

La droga incautada fue sometida a análisis cualitativo por el Servicio de Salud Atacama, quien concluyó que la evidencia levantada en Monseñor Fernando Rodríguez Morandé N° 919 efectivamente se trataba Cannabis, mientras que la evidencia incautada en Monseñor Fernando Rodríguez Morandé N° 916 fue peritada por el ISP, el que concluyó que se trataba de Cocaína con una pureza del 79%”.

Afirma que en los alegatos de apertura como de clausura, se sostuvo que si bien fue hallada una cierta cantidad de droga: marihuana, en poder del acusado -----, la misma se subsume dentro del tipo penal de tráfico de pequeñas cantidades contenido en el artículo 4º de la ley N° 20.000; en especial atención a la naturaleza de la droga: marihuana, y que respecto de la droga que habría comprado el agente revelador, esta tenía un porcentaje muy bajo de pureza.

A mayor abundamiento, en el lugar se encontró una libreta a la cual se le atribuyó fuerza probatoria respecto de la compraventa, pero en la misma se referían montos bajos. Sumado a lo anterior, el imputado no



poseía grandes bienes como suele ocurrir en hipótesis de tráfico ilícito de drogas, en las cuales se incautan cantidades superiores que se expresan en más de un kilogramo en circunstancias que al acusado le fueron incautados 561 gramos de cannabis sativa.

Indica que hubo una errónea aplicación del derecho, el que se funda en la no aplicación del tipo legal previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 a los hechos acreditados, y en cuanto a la influencia sustancial del vicio denunciado en lo dispositivo del fallo, señala que de haber sido condenado el referido ----- por el ilícito previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20,000, la pena habría estado dentro del marco punitivo de presidio menor en su grado medio a máximo y atendido que concurre la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, la sanción habría sido la de presidio menor en su grado medio.

TERCERO: La sentencia en su motivo décimo sexto razona acerca de porqué el ilícito corresponde al delito previsto en el artículo 3° de la Ley N° 20.000 y al efecto se menciona lo siguiente:

“Que el hecho que se dio por acreditado en el considerando precedente este tribunal estima que configura el delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000, ya que las drogas encontradas son de diversa naturaleza, a saber se trata de marihuana y pasta base de cocaína, sumado a la cantidad de marihuana que fue incautada el día 15 de septiembre de 2021, a lo que se debe añadir que dentro de la evidencia levantada ese día se encontró una libreta de notas donde se apunta la venta de estas drogas y, además, una tercera sustancia química denominada “tusi”, un arma a fogueo que suele ser utilizada en este tipo de ilícitos para la defensa de la droga almacenada o de quien la comercializa, aparte de la utilización de un segundo inmueble destinado únicamente al acopio, dosificación y, posiblemente, para la distribución y comercialización de la droga, todo lo cual viene en demostrar que se está en presencia de un tráfico de drogas más elaborado y con una estructura mejor organizada para facilitar el éxito



de la actividad delictual que permite la calificación jurídica de tráfico ilícito de drogas conforme al artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley 20.000 bajo la modalidad de posesión y transferencia, y no la figura del tipo penal propuesto por la defensa por las razones ya explicadas. Mientras que en cuanto a la participación, los testigos fueron contestes en señalar que durante el periodo de vigilancias se observó al acusado ----- entrar y salir de ambos domicilios (Monseñor Fernando Rodríguez Morandé N° 919 y N° 916), además, fue reconocido por el agente revelador como la persona que le vendió la droga que dicho funcionario policial adquirió en el domicilio del encartado, sumado al hecho que fue precisamente detenido en ese mismo domicilio, por lo que está debidamente demostrada la participación del enjuiciado en el delito, tal como él mismo lo reconoció en su declaración, por lo que le tiene la calidad de autor por haber tomado participación inmediata y directa en los hechos que le fueron imputados.”

CUARTO: En el fundamento décimo séptimo, los jurisdicentes dan un razonamiento acerca del motivo por los cuales los hechos que se establecieron en el motivo decimoquinto no son constitutivos del ilícito del artículo 4° de la Ley N° 20.000, entre ellos mencionan “ *...que la prueba dio cuenta de antecedentes suficientes que permitieron dar por establecido el delito por el cual se acusó al encartado, ya que con independencia del tipo de marihuana, la cantidad resultó superior a lo que habitualmente suele acopiar un microtraficante, la pureza de la droga incautada en el segundo domicilio sobre el cual el acusado actuaba como regente tenía un elevado porcentaje de pureza, las anotaciones en la libreta de respaldo de las transacciones demostraron que las operaciones realizadas correspondían a distintos tipos de sustancias ilícitas y aunque no tuviese registro de gran cantidad de activos en su patrimonio, lo cierto es que los testigos fueron contestes en señalar que el acusado se movilizaba en un auto que podría considerarse llamativo y de alta gama, lo que viene precisamente en demostrar alarde de su posición económica y patrimonio, cuestión que viene*



en contradecir los planteamientos de la propia defensa, razones por las cuales se desestiman las alegaciones que planteó la defensora del enjuiciado.”

QUINTO: Que según la causal de nulidad invocada corresponde revisar entonces, en primer lugar, si los hechos establecidos por el tribunal y que ya fueran transcritos en el fundamento tercero de la presente sentencia constituyen o no el delito de tráfico ilícito de drogas previsto y sancionado en el artículo 3° de la ley 20.000, en la hipótesis de poseer, como se precisa en el motivo noveno de la sentencia recurrida, o bien- como pretende el recurrente-, la figura penal establecida en el artículo 4° de la misma ley.

Sobre el particular, esta Corte no puede sino compartir la conclusión alcanzada por el tribunal a quo, como quiera que se ha dado por establecido los elementos de la figura típica constitutiva del delito de tráfico ilícito de drogas, en la hipótesis señalada en el referido fallo, descartando en la motivación décimo tercera la pretensión de la defensa en el sentido que los hechos constituiría el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga previsto y sancionado en el artículo 4° de la ley 20.000-, acudiendo a la ratio legis de esta figura privilegiada y a otras circunstancias que emanan de los mismos hechos que se tuvieron por acreditados.

La introducción de la figura del tráfico de pequeñas cantidades de droga persigue sancionar a quienes, por portar pequeñas cantidades de drogas, eran absueltos o bien condenados, como consumidores por los tribunales de justicia, a fin de evitar la desproporción punitiva que significaba la imposición de penas establecidas para el delito de tráfico de sustancias estupefacientes.

Sin embargo, si bien no se precisó lo que debe entenderse por “pequeñas cantidades”, por lo cual ello debe ser dilucidado en cada concreto por el tribunal, lo cierto es que el punto de partida de cualquier análisis es la cantidad de droga involucrada, en la especie, 561 gramos de cannabis sativa.



“Pequeña Cantidad” se ha entendido por los autores de derecho penal, Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez como “la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”,(Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, página 583), lo cierto, es que no puede estimarse que la cantidad de droga hallada a los acusados sea una pequeña cantidad, que permita subsumir su conducta en la figura penal establecida en el artículo 4° de la ley 20.000, y en tales condiciones, al no haberse producido el error de derecho que se reclama se rechazará por dicho motivo la causal de nulidad invocada.

SEXTO: Que, por consiguiente, corresponde rechazar la causal principal del recurso de nulidad fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

B) De la causal subsidiaria, la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 69 del Código Penal.

SÉPTIMO: Arguye la peticionaria de nulidad que al momento de determinar el quantum de la pena impuesta a -----, se incurrió en una errónea aplicación de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal.

Explica que se impuso una pena superior a la que legalmente correspondía, ya que se impuso el máximo del mínimo.

Acota que la pasta base de cocaína que le fuera incautada al condenado correspondió a 100 miligramos, con un 79% de pureza y que la marihuana “no es de aquellas drogas que producen gran daño en la salud de las personas o que produzcan cuadros graves de abstinencia en sus consumidores”, añade que ----- no traficaba droga que afectasen a una gran cantidad de la población puesto que lo hacía al sector circundante a su domicilio.

OCTAVO: Que invocándose por la parte recurrente, la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la existencia de un error de derecho en el pronunciamiento de la sentencia que influye en su parte dispositiva, para que el recurso pueda prosperar, se requiere que



exista un error en la aplicación de una norma decisoria litis, sea de naturaleza procesal o sustantiva, pudiendo consistir el error, como ya tradicionalmente se ha determinado, en la falta de empleo de la norma pertinente o su empleo indebido o bien, la aplicación de una norma impertinente, todo lo cual, supone la mantención del establecimiento fáctico de la sentencia; en otros términos, los hechos determinados por los Jueces del grado, resultan inamovibles para el Tribunal que conoce del recurso, limitándose la discusión al derecho aplicable al caso.

NOVENO: Que en el motivo décimo noveno se dan a conocer por los sentenciadores las razones para imponer la pena, de seis años de presidio menor en su grado máximo, al sentenciado -----, y al efecto explican que dan por concurrente la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, y agregan que *“estando el delito sancionado con presidio mayor en su grado mínimo a medio, por lo que concurriendo una sola atenuante y ninguna agravante conforme el artículo 68 inciso 2° del Código Penal, la pena a imponer deberá situarse dentro del presidio mayor en su grado mínimo, debiéndose considerar la extensión del mal causado al momento de definir el quantum a imponer, de acuerdo al artículo 69 del mismo cuerpo punitivo, teniendo presente que la comisión del ilícito por parte del condenado fue a través de más de un tipo de droga y la peligrosidad y pureza de las mismas, llevan a estos sentenciadores comprender que el daño causado a la salud pública es de mayor entidad que en otros casos, por lo que estiman más acorde al delito cometido la pena que indicarán en lo resolutivo del fallo (la de 6 años de presidio mayoren su grado mínimo).”*

DÉCIMO: Cabe decir que en relación a la mayor o menor extensión del mal causado, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó para los efectos de la determinación precisa del quantum de la pena, expresa que se trata más de un tipo de droga y la peligrosidad y pureza de las mismas, llevan a estos sentenciadores comprender que el daño causado a la salud pública es de mayor entidad que en otros casos.



UNDÉCIMO: Cabe decir, que respecto a qué se debe entender por el concepto de “mayor o menor extensión del mal causado”, lo cierto es que el legislador no lo define, sin perjuicio de ello, ha sido la doctrina quien ha efectuado diversas aproximaciones a este respecto.

En este sentido, el ex Ministro de la Excelentísima Corte Suprema, don Enrique Cury Urzúa ha planteado que *“cuando la lesión o peligro en que consiste el resultado externo del hecho punible admite graduación, aquí debe ser considerado, en primer lugar, su nivel (así, por ejemplo, la cuantía de la estafa, la malversación, los estragos o los daños). Asimismo, tienen que tomarse en cuenta las otras consecuencias dañosas causadas directamente por la conducta sancionada, aunque no formen parte del tipo respectivo (muerte del bombero ocasionada por el incendio, descrédito de la víctima provocado por las injurias, entidad del perjuicio patrimonial experimentado por el tenedor de los cheques sin fondos, etc.)”* (Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Séptima Edición Ampliada. Marzo de 2005. Página 770).

Por su parte, para el profesor Alfredo Etcheberry, *“el mal producido por el delito es, en primer término, la ofensa misma al bien jurídico protegido (si se trata de un delito imperfecto o una infracción de peligro, el mal será el peligro corrido) (v.gr., cuantía de la estafa, gravedad de las lesiones). En segundo término, comprende las demás consecuencias perjudiciales del hecho que sean un efecto directo del mismo (generalmente, pero no siempre, perjuicios económicos), aunque no estén consideradas en la tipificación del delito para los efectos de la penalidad (v.gr., muerte de un bombero en el delito de incendio). Por fin, según Pacheco, se comprendería también “el mal de alarma que se difunde por su consecuencia” (del delito), lo que Carrara llama “el daño mediato”, en lo que concuerda Del Rosal”* (Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión Tercera Edición. Año 2004. Página 191).

Siguiendo esta misma línea, el ex Presidente de la Corte Suprema, don Mario Garrido Montt, concluye que *“en la regulación de la pena, dentro*



del grado ya predeterminado, el tribunal debe valorar, además del número y entidad de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, la gravedad del mal causado por el delito. La ley no establece reglas para hacerlo, y lo deja entregado al criterio del juez, que primeramente apreciará la entidad de la lesión o peligro corrido por el bien jurídico protegido y a continuación los otros efectos perjudiciales que se deriven directamente del delito, sin perjuicio de que no hayan sido considerados por el legislador al describir el tipo penal” (Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. Marzo de 2005. Página 325).

Finalmente, complementando todo lo anterior, aparece como pertinente añadir que el Ministro de la Excelentísima Corte Suprema, don Jean Pierre Matus Acuña, en conjunto con el profesor Alex Van Weezel, sostienen que *“este criterio comprende, entre otros: i) la extensión del mal asociado a los resultados típicos graduables que no se toman en cuenta para aumentar obligatoria o facultativamente la penalidad (p.ej., el grado de deformidad –siempre dentro de lo notable- causado por las lesiones del artículo 397 N° 1, la cuantía de la defraudación dentro de los grados correspondientes del artículo 467, etc.); y ii) la extensión de mal que se causa directamente con el delito, pero que no se encuentra descrito en el tipo penal, por ejemplo, la magnitud del perjuicio al patrimonio personal de quien ha sufrido una defraudación (Cury II, 395), los efectos colaterales del delito (orfandad en que se deja a la familia de la víctima), etc.”* (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero, Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión Primera Edición. Febrero de 2003. Páginas 374 y 375).

DUODÉCIMO: Teniendo entonces en consideración todo lo precedentemente expuesto en el basamento anterior, del escueto argumento que han dado los jueces de mayoría para imponer la pena en el quantum de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, aparece que no existen suficientes argumentos que respalden esa sanción en el número de años indicado, dado que la cantidad de drogas, 100 miligramos de



cocaína con un 79% de pureza y 560 gramos de cannabis sativa, no resultan ser, de acuerdo a criterios de magnitud, de una gran cuantía, resultando la primera de esas drogas, de una cantidad muy escasa, con lo cual, difícil es sostener que la misma sea de una cantidad significativa para causar daños a la salud pública de gran magnitud y por otra parte, los 561 gramos de cannabis sativa, ese peso de la droga, no resulta ser indiciario de que pueda en su comercialización afectar a un gran número de personas como lo es, cuando se trata de tráfico de varios kilos e incluso toneladas, como suele ocurrir en incautaciones de esa sustancia, con lo cual esas cantidades pueden indicar la existencia de un mayor perjuicio a la población y por ende, un mayor disvalor, siendo evidente, que en esos casos hay una clara mayor extensión del mal causado, no está demás, recordar que como ha quedado asentado en el fallo impugnado la transferencia del papelillo de cocaína de un peso de 100 miligramos lo fue respecto de un agente revelador, y en el caso del hallazgo de la cannabis sativa se halló en la entrada y registro del domicilio, no acreditándose que hubiesen concurrido alguna agravante genérica u otras circunstancias que den manifestaciones de una mayor peligrosidad de la conducta del encartado -----, para haberle impuesto la sanción e de 6 años cuando lo razonable era la imposición del mínimun de la pena, esto es, la de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

DÉCIMO TERCERO: De lo argumentado, en los motivos precedentes, resulta ser que el daño o lesión jurídica objetivamente causada por el delito es de mínima entidad, y por lo mismo, aparece como un exceso de rigurosidad amplificar la extensión del mal causado, dado que no resulta proporcional a los hechos imponer la sanción de 6 años cuando lo razonable era haberlo hecho en la de 5 años y un día.

DÉCIMO CUARTO: Conforme a las conclusiones ya arribadas en esta sede de nulidad, resulta que se ha incurrido en un error de derecho que ha tenido una influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia objeto de reproche, por cuanto se aumentó la pena corporal que debe sufrir



el encartado, con lo cual se debe acoger el recurso de nulidad solicitado por la defensa, ya que no existe otra forma de subsanar esta situación, efectuándose la corrección respectiva a través de la correspondiente sentencia de reemplazo.

II. Del recurso de nulidad del condenado ----- correspondiente al artículo de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO QUINTO: Que invocándose por la parte recurrente, la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la existencia de un error de derecho en el pronunciamiento de la sentencia que influye en su parte dispositiva, para que el recurso pueda prosperar, se requiere que exista un error en la aplicación de una norma decisoria Litis, sea de naturaleza procesal o sustantiva, pudiendo consistir el error, como ya tradicionalmente se ha determinado, en la falta de empleo de la norma pertinente o su empleo indebido o bien, la aplicación de una norma impertinente, todo lo cual, supone la mantención del establecimiento fáctico de la sentencia; en otros términos, los hechos determinados por los Jueces del grado, resultan inamovibles para el Tribunal que conoce del recurso, limitándose la discusión al derecho aplicable al caso.

DÉCIMO SEXTO: El defensor privado, don Pablo Ortiz de Zárate Cerda, en su arbitrio de invalidación señala que en la sentencia en examen, se ha hecho una errónea aplicación del derecho citando al efecto el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal como única causal de invalidación.

Señala que la pena que debió aplicarse al condenado ----- debió ser la de 541 días de presidio menor en su grado medio, con cumplimiento efectivo dado que tiene una condena pretérita de por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas de fecha 12 de noviembre de 2010.

Sostiene que al sentenciado ----- le fueron incautadas, de pasta base de cocaína las siguientes cantidades, en peso neto: a) 1,12 gramos y b) 1,68 gramos, con un porcentaje de pureza de 15% y 37%



respectivamente, con lo cual la afectación real al bien jurídico protegido de la salud pública y la extensión del mal causado es menor por la escasa cantidad de droga como de su pureza.

DÉCIMO SÉPTIMO: El tribunal a-quo estableció los siguientes hechos punibles conforme se menciona en el fundamento noveno cuyo contenido es el siguiente:

“NOVENO: Hecho acreditado. *Que conforme a la prueba rendida se puede concluir de manera lógica, en los términos que lo plantea el artículo 340 del Código Procesal Penal, que las probanzas se encuentran en sintonía entre sí siendo coherentes unas con otras, por lo que este cumulo de pruebas le permiten a estos sentenciadores tener por establecido y acreditado, más allá de toda duda razonable que “previa orden de investigar al OS7 Atacama, de Carabineros de Chile, y previa autorización para desarrollar la técnica investigativa del agente revelador, dicha sección policial concurrió, entre los meses de junio y septiembre de 2021, a la Población Juan Pablo II de la ciudad de Copiapó, con la finalidad de indagar el tráfico ilícito de drogas pesquisado a través de observaciones de movimientos típicos de adquisición de drogas consistentes en la concurrencia de personas hasta el frontis de diversos inmuebles investigados, donde los asistentes hacen un intercambio de manos y luego se alejan algunos metros o cuadras para consumir en la vía pública la droga adquirida.*

INMUEBLES INVESTIGADOS:

A.- PASAJE VIRGEN MARÍA 832, COPIAPÓ.

El día 31 de agosto de 2021, alrededor de las 22:20 horas, un agente revelador concurrió al inmueble ubicado en pasaje Virgen María sin numeración visible (cuyo número sería el 832), correspondiente a una casa de un piso, con cierre perimetral frontal de cemento y con puerta de madera con fierro, en la población Juan Pablo II de la comuna de Copiapó, lugar desde donde el agente revelador adquirió una bolsa de nylon con 1,5 gramos de pasta base de cocaína en su interior, la que le fue

MMZHXXGFZLXX



transferida por el imputado ----- a cambio de la suma de \$10.000 pesos, dinero que fue entregado al imputado por parte del agente revelador.

Posteriormente, previa autorización judicial de entrada y registro, el día 15 de septiembre de 2021, a las 05:25 horas aproximadamente, personal del OS7 ingresó y registró dicho inmueble, sorprendiendo en su interior a su morador, el imputado -----, encontrando sobre un mueble del sector de la cocina, un contenedor de papel de cuaderno con pasta base de cocaína en su interior, con un peso bruto aproximado de 7 gramos, y sobre una mesa del sector del comedor, se halló un rollo de bolsas de nylon tipo paleta y otro rollo de bolsas de nylon transparentes tipo “ziploc”, ambas utilizadas generalmente para dosificar la droga destinada a la venta. Además, sobre un mueble de la concina se encontró la billetera del imputado, con \$52.000.- en dinero en efectivo, el que al igual que la droga, fue incautado.

La droga requisada, tanto la adquirida por el agente revelador como la hallada el día del allanamiento al domicilio, luego de ser sometida al análisis cualitativo por parte del ISP, aquél concluyó que efectivamente se trataba en ambos casos de Cocaína con una pureza de 15% y 37%, respectivamente.”

DÉCIMO OCTAVO: En el basamento décimo, se señala que los hechos reseñados precedentemente constituyen un delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000, en las modalidades de posesión y transferencia de cocaína base, respecto del acusado, -----

DÉCIMO NOVENO: Para la determinación de la pena, en cuanto a su quantum, los sentenciadores señalan en el fundamento décimo tercero en forma resumida, que el condenado ----- tiene una condena pretérita por el mismo ilícito, sin que tenga atenuantes que considerar ni agravantes que le perjudiquen, y al ser el castigo una pena de presidio menor en su grado medio a máximo, se puede recorrer toda la extensión, y



al considerar la extensión del mal causado, se señala que la conducta del sancionado se extendió entre junio de 2021 y 15 de septiembre del mismo año, durante el cual se desarrolló la investigación por parte del OS7 Atacama, siendo la droga incautada tanto por el agente revelador como la encontrada el día en que se practicó la entrada y registro del domicilio pasta base de cocaína, que como lo expresan las probanzas aportadas por el ministerio público es de aquellas más dañinas y de mayor peligrosidad para la salud de las personas, por lo que la extensión del mal causado es de mayor envergadura y por lo tanto estos jueces estiman que la pena más ajustada al ilícito en concreto es la que se impondrá en la parte resolutive del fallo, (cuatro años de presidio menor en su grado máximo), la cual deberá ser de cumplimiento efectivo.

VIGÉSIMO: Cabe decir, que respecto a qué se debe entender por el concepto de “mayor o menor extensión del mal causado”, se ha de estar a lo ya reseñado en el motivo undécimo.

VIGESIMO PRIMERO: Teniendo entonces en consideración todo lo precedentemente expuesto en el basamento anterior, los razonamientos de los magistrados de mayoría para imponerle la sanción de 4 años de presidio menor en su grado máximo, relativos al mal causado, no resultan ser adecuados, dado que la cantidad de droga, pasta base de cocaína, es muy menor, puesto que el peso es de 1,12 gramos y 1,68 gramos con una pureza de un 15% y 37% respectivamente, no hay un criterio de magnitud por su peligrosidad que permita imponer la pena en su máximo, resultando la cocaína base ser en su peso y pureza de escasa significación, con lo cual, difícil es sostener que la misma sea de una cantidad significativa para causar daños a la salud pública de gran magnitud.

VIGÉSIMO SEGUNDO: De lo argumentado, en los motivos precedentes, resulta ser que el daño o lesión jurídica objetivamente causada por el delito es de mínima entidad, y por lo mismo, aparece como un exceso de rigurosidad amplificar la extensión del mal causado.

MMZH XGFZLXX



Conforme a las conclusiones ya arribadas en esta sede de nulidad, resulta que se ha incurrido en un error de derecho que ha tenido una influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia objeto de reproche, por cuanto se aumentó la pena corporal que debe sufrir el encartado, con lo cual se acogerá el recurso de nulidad en examen, ya que no existe otra forma de subsanar esta situación, para lo cual se dictará la respectiva sentencia de reemplazo.

Por estas consideraciones y conforme a lo dispuesto en los artículos 341, 373 letra b), 376, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se acogen los siguientes recursos de nulidad penal, deducidos en contra de la sentencia de fecha ocho de mayo de dos mil veintitrés, pronunciada por la Segunda Sala de dicha judicatura:

1.- El de doña Valentina Vargas Sepúlveda, Defensora Penal Pública en representación del condenado -----, por la causal subsidiaria impuesta.

2.- El de don Pablo Ortiz de Zárate Cerda, abogado privado, en representación del sentenciado -----

II.- Que se rechaza el recurso de nulidad penal hecho valer por el sentenciado -----, por la causal principal, en cuanto pretendía que los hechos punibles fuesen calificados como correspondientes a los del artículo 4° de la Ley N° 20.000.

III.- Como consecuencia de haberse acogido los recursos de nulidad, se declara que **se anula la referida sentencia**, para los efectos de determinar correctamente la pena privativa de libertad a imponer a los sentenciados ----- y -----, procediéndose a continuación a dictar sólo a este respecto, sin nueva vista, pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo

Regístrese y dese a conocer a los intervinientes en la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de su notificación por el Estado Diario.

Redactada por el Ministro don Pablo Bernardo Krumm de Almozara.



RUC N° 2100556744-8.

RIT N° 233-2022

Rol Corte Penal N° 289-2023.

Pablo Bernardo Krumm De Almozara
MINISTRO(P)
Fecha: 23/06/2023 15:33:01

Rodrigo Miguel Cid Mora
FISCAL
Fecha: 23/06/2023 15:45:53

MMZHGXGFZLXX



Pronunciada por Ministro señor Pablo Krumm De Almozara, Ministra señora Aida Osses Herrera y Ministro (I) señor Rodrigo Cid Mora. No firma la señora Osses por encontrarse con permiso 347 C.O.T., no obstante haber concurrido a su vista y acuerdo. Copiapó, veintitrés de junio de dos mil veintitrés.

En Copiapo, a veintitrés de junio de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>