

CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

MINISTERIO PUBLICO ANTOFAGASTA C/

Rol:

646-2023

Fecha de sentencia:	31-05-2023
Sala:	Primera
Materia:	7007
Tipo Recurso:	Penal-nulidad
Resultado recurso:	RECHAZADA
Corte de origen:	C.A. de Antofagasta
Cita bibliográfica:	MINISTERIO PUBLICO ANTOFAGASTA C/ ----: 31-05-2023 (-), Rol N° 646-2023. En Buscador Corte de Apelaciones (https://juris.pjud.cl/busqueda/u?csk8s). Fecha de consulta: 01-06-2023



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

Antofagasta, a treinta y uno de mayo de dos mil veintitrés.

VISTOS:

Ante la Primera Sala, integrada por los Ministros Titulares Sra. Virginia Soublette Miranda, Sra. Jasna Pavlich Núñez y Sr. Juan Fernando Opazo Lagos, se llevó a efecto la audiencia para conocer del recurso de nulidad deducido por la Defensora Penal Pública Licitada doña Paula Valdivia Diaz, en contra de la sentencia de fecha veintidós de abril de dos mil veintitrés, dictada en causa RUC 2200566600-0, RIT 116-2023, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, que condenó, entre otros, a ---- a la pena de cinco (5) años de presidio menor en su grado máximo y multa de cuarenta Unidades Tributarias Mensuales (40 U.T.M.), más accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, en calidad de autores del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, perpetrado el día 10 de junio de 2022, en esta comuna, sin concederle beneficio alguno de la Ley N° 18.216.

Comparecieron en estrados por el recurso la Defensora Penal Público Licitada doña Camila Valdivia Díaz; y contra el mismo, el Abogado Asesor del Ministerio Público don Nelson Díaz Cisternas, quedando sus argumentos registrados en el sistema de audio.

Se puso término a la audiencia, quedando la causa en estado de acuerdo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la Defensora Penal Pública Licitada doña Paula Valdivia Diaz, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada con fecha veintidós de abril de dos mil veintitrés, que

condenó a su defendido a sufrir la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo; multa de 40 U.T.M., comiso y penas accesorias, por ser encontrados responsables de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el día 10 de junio de 2022.

Invoca como causal principal la errónea aplicación del derecho conforme al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que se manifiesta en la errónea aplicación del artículo 69, por lo que deberá anularse la sentencia y dictarse la correspondiente de reemplazo que imponga la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

Relata que en el considerando Undécimo de la sentencia recurrida el tribunal a quo dio por establecidos los hechos que fueron calificados como constitutivos del delito de tráfico de drogas, previsto en los artículos 1 y 3 de la Ley N° 20.000, aplicando la pena ya referida.

Entiende que también se ha realizado por parte del tribunal una errónea aplicación del artículo 69 del Código Penal, debido a que concurre respecto de su representado la circunstancia modificatoria de responsabilidad del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior, como consta en el considerando Decimoséptimo de la sentencia recurrida. Por tanto, correspondía que el tribunal fijara la pena concreta de acuerdo a los elementos previstos en el artículo 69 del Código Penal, esto es, al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes (en el presente caso, una circunstancia atenuante), y a la mayor o menor extensión del mal causado. Sin embargo, en el considerando Decimotercero se declaró, respecto de la determinación judicial de la pena: “Que para determinar el quantum de la pena en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ilícito que tiene una pena asignada de presidio mayor en su grado mínimo a medio, pero concurriendo dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, por lo que de conformidad al artículo 68 del Código Penal, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo señalado en la ley, y en este caso, el tribunal procederá a rebajar la pena en un grado, es decir en presidio menor en su grado máximo y considerando lo prevenido en el artículo 69 del Código punitivo, que permite estar a la extensión del mal causado, que en el caso de autos, atendido a la cantidad de droga incautada –más de 4 kilos-, su tipo, cocaína base, cocaína clorhidrato, levamisol y fenacetina, además a la alta pureza de las dos primeras, se estima de mayor extensión y

por lo tanto, por ser más condigno con los hechos y sus circunstancias, la pena no se impondrá en la parte más baja del cómo se dirá en la parte resolutive”.

Refiere que el tribunal determinó la pena concreta atendiendo al siguiente aspecto: la cantidad de la droga incautada, las circunstancias de la detención y su alta pureza. En consecuencia, prescindió del único requisito objetivo que concurría, a saber, la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior.

Al respecto, añade que, si bien en la determinación concreta de la pena el tribunal goza de un margen de discreción, ésta debe sujetarse, sin embargo, a los criterios contenidos en el artículo 69 del Código Penal ya expuestos: número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes; y la mayor o menor extensión del mal causado.

Afirma que en este caso hubo una errónea aplicación del artículo 69, porque el tribunal consideró aspectos ajenos a esta norma, como lo es la cantidad de la droga incautada, su alta pureza y las circunstancias de la detención, y agrega que el referido error se explica ya que, como ha sostenido unánimemente la doctrina, al tratarse de delitos de peligro abstracto, en los delitos de tráfico de drogas no puede existir un mal producido por el delito, el bien jurídico no se afecta, sino que tan solo se pone en peligro si la conducta típica es idónea.

Señala que, asimismo, debe considerarse que por tales motivos la misma Ley N° 20.000 excluye la aplicación de la atenuante de reparación celosa del mal causado en el artículo 20 y que finalmente debe considerarse que si bien el delito en el caso concreto se encuentra consumado, ello se explica por el artículo 18 de la Ley N° 20.000, que sanciona estas conductas como consumadas desde que existe principio de ejecución. En otras palabras, en el caso concreto dice que tampoco hubo afectación del bien jurídico, pues los acusados no fueron sorprendidos efectuando ventas a terceros.

Hace presente jurisprudencia, señalando que lo indicado en ella se aplica a este caso en concreto, ya que si bien el tribunal refiere que se tomará en consideración la extensión del mal causado, esto es, la naturaleza de la droga incautada y la cantidad, es del caso que, como se señaló anteriormente, este es

un delito de peligro abstracto y no de lesión o daño; por tanto, no hay extensión del mal causado y no se debe tomar en consideración, como erróneamente se hizo en la sentencia al considerar la cantidad de droga, su pureza o las circunstancias de la detención, ya que no tienen relación alguna con la extensión del mal causado.

En conclusión, añade que hubo errónea aplicación del artículo 69, por cuanto el tribunal consideró elementos ajenos a los previstos por el legislador, por lo que correspondía aplicar la pena en su mínimo en su tramo inferior, de manera específica, de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, atendida la concurrencia de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6, único elemento previsto en la ley y que dicho error influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que el tribunal, considerando la concurrencia de elementos ajenos a los previstos en el artículo 69 del Código Penal, aplicó a su representado la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, en lugar de la pena de 3 años y un día.

Solicita que se acoja la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b), anulando la sentencia y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, condenando a su representada a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, decretando la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva respecto del acusado ----.

SEGUNDO: Que el abogado Asesor del Ministerio Público, don Nelson Díaz Cisternas, solicitó el rechazo del recurso, toda vez que al fijar el quantum de la pena el tribunal no prescindió del artículo 69 del Código Penal.

TERCERO: Que el recurso de nulidad está concebido para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, cuando concurren las causales expresamente señaladas en la ley, respecto de errores que son capaces de generar una nulidad y que influyen en la parte dispositiva de la sentencia, las que están taxativamente indicadas en los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que el recurso se fundamenta en la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra

b) del Código Procesal Penal, por haberse considerado elementos ajenos al artículo 69 del Código Penal al momento de aplicar la pena, ya que aplicó una pena mayor a la que correspondía.

QUINTO: Que al invocar la causal de errónea aplicación del derecho se debe considerar que los hechos fijados por el tribunal se mantienen inalterables y para una correcta comprensión, ha de tenerse presente que los sentenciadores establecieron en el considerando Undécimo como hechos acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes: “El día 10 de junio de 2022, aproximadamente a las 10:10 horas, en circunstancias que personal policial de la sección OS7 de Carabineros efectuaban diligencias de la especialidad y controles vehiculares en el sector de garita La Negra, ubicada en el km. 1355 de la ruta 5 norte de esta ciudad, fiscalizaron el bus interurbano de la empresa “Cometa”, PPU HFSV.84, con itinerario Iquique – Santiago, realizando una ronda olfativa al interior del salón del bus con el ejemplar canino detector de drogas, el que dio alerta positiva, marcando al pasajero que ocupaba el asiento N°1, identificado como ----, y luego dio otra alerta positiva, marcando a la pasajera que viajaba en el asiento N°14, que fue identificada como ----

A continuación, el personal policial solicitó a ambos acusados descender del bus, marcando nuevamente el can detector de drogas a ambos individuos y a la revisión de vestimentas, se verificó que ---- portaba y transportaba en su espalda entre sus ropas, dos paquetes rectangulares envueltos en cinta adhesiva color café, contenedores de 2 kilos 81 gramos de cocaína base y fenacetina. A su turno, se verificó que ---- portaba y transportaba en su espalda entre su vestimenta, dos paquetes de similares características a antes mencionadas, contenedores de 2 kilos 174 gramos de clorhidrato de cocaína y levamisol.

Acto seguido, se procedió a incautar a ---- la suma de \$20.000.- y 120 bolivianos, y a ---- se incautó el monto de \$20.000.-, 180 bolivianos y un teléfono celular marca Xiaomi, modelo Redmi, color negro-calipso.”

SEXTO: Que tales hechos fueron calificados jurídicamente como constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley N° 20.000.

SÉPTIMO: Que en cuanto al fundamento de la causal invocada, la recurrente estima que el tribunal al momento de aplicar la pena consideró elementos ajenos al artículo 69 del Código Penal, al tomar en consideración la extensión del mal causado, esto es, la naturaleza de la droga incautada y la cantidad, aseverando que se trata de un delito de peligro abstracto y no de lesión o daño, por lo que no hay extensión del mal causado y no se debe tomar en consideración, como erróneamente se hizo en la sentencia al considerar la cantidad de droga, su pureza o la circunstancia de la detención, ya que no tienen relación alguna con la extensión del mal causado.

OCTAVO: Que el artículo 69 del Código Penal establece una discrecionalidad judicial para que dentro de los límites de cada grado el tribunal determine la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

En este caso, se trata de un delito de tráfico ilícito de drogas, y no hay discusión que efectivamente la droga incautada era más de 4 kilos del tipo cocaína base, cocaína clorhidrato, levamisol y fenacetina, con un alto grado de pureza las dos primeras, lo que se estimó por el tribunal de mayor extensión y concurriendo dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal y ninguna agravante, los jueces de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 del citado cuerpo legal, estimaron de mayor extensión y por lo tanto, por ser más condigno con los hechos y sus circunstancias, resolvieron imponer la pena, no en la parte más baja del grado.

En este sentido, debe estarse al bien jurídico protegido, esto es, la salud pública, la que se vio con mayor afectación y que llevó a los sentenciadores a imponer la pena cuestionada.

NOVENO: Que como se señaló en el motivo precedente, los jueces consideraron las atenuantes y, por lo tanto, según la facultad concedida por el citado artículo 68 del Código Penal, discrecionalmente podían aplicar la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y de eso no hay discusión, de manera que el solo hecho de considerar la pena asignada al delito, y las atenuantes concurrentes, bastaba para fijar la pena en la forma como lo hicieron los sentenciadores, y desde este punto de vista el recurso respecto de la errónea aplicación del derecho, no es influyente en lo dispositivo del fallo.

No obstante lo anterior, y de una mayor interpretación de los hechos, es posible afirmar que constituye una razón de justicia considerar la extensión del mal causado en cuanto a la cantidad de droga descubierta, a propósito del delito, porque si bien se trata de delitos de peligro, la afectación potencial a la salud es completamente distinta, si se habla de más de 4 kilos de cocaína base, cocaína clorhidrato, levamisol y fenacetina, además de la alta pureza de las dos primeras, por lo tanto, la decisión de los jueces, independientemente de las demás circunstancias anotadas, se enmarca en la discrecionalidad judicial permitida por el artículo 69 del Código Penal y, por lo mismo, no cabe sino rechazar el recurso.

DÉCIMO: Que por lo demás, de considerar la concurrencia de 2 o más circunstancias atenuantes, conforme a lo prescrito en el artículo 68 del Código Penal, es facultativo para el juez imponer una pena inferior según el número y entidad de las circunstancias, y determinar la cuantía de la pena en los términos que señala el referido artículo 69 del Código Penal.

UNDÉCIMO: Que atento a lo razonado, al resolver como lo hicieron los jueces del fondo, en cuanto a aplicar una pena no en la parte más baja del grado en atención a lo dispuesto en los artículos 68 y 69 del Código Penal, no han realizado una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por lo que el recurso de nulidad interpuesto no puede prosperar.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por la Defensora Penal Pública Licitada doña Paula Valdivia Diaz, en contra de la sentencia de fecha veintidós de abril de dos mil veintitrés, dictada en causa RUC 2200566600-0, RIT 116-2023, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, la que, en consecuencia, no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Rol 646-2023 (Penal)

Redacción de la Ministra Titular Sra. Virginia Soublette Miranda.

12

8