

4. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

TRÁFICO DE DROGAS

FACULTAD PRIVATIVA DE LOS JUECES DEL FONDO PARA PONDERAR LAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD. ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD DE COLABORACIÓN SUSTANCIAL AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS. COLABORACIÓN DEBE SER DETERMINANTE AL ESCLARECIMIENTO DEL HECHO DELICTIVO. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE NULIDAD POR LA SIMPLE DISCONFORMIDAD CON LA VALORACIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3°, en relación al artículo 1°, de la ley N° 20.000. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *2987-2015, de 6 de noviembre de 2015*

PARTES: *Ministerio Público con Ricardo Arantés Pérez*

MINISTROS: *Sr. Juan Antonio Poblete M., Sra. Gloria Solís R. y Abogada Integrante Sra. Cecilia Ramírez G.*

DOCTRINA

- 1. En relación a la no recalificación de la atenuante de responsabilidad penal que le fuere acogida al sentenciado por el tribunal a quo, esto, calificar la del artículo 11 N° 9 del Código Penal, basta para proceder a rechazar el recurso de nulidad deducido en base a ello, el decir, que lo pedido es una facultad de los juzgadores, que como tal, no están obligados a ejercerla y para el caso de que no hacer uso de dicha facultad, ello no resulta ser recurrible, y menos que lo decidido de este modo adolezca por ello de nulidad. Por lo demás, resulta conveniente dejar constancia, a mayor abundamiento, que tal como lo dicen los jueces a quo, no existe en autos antecedentes su-*

ficientes para que se puede obrar de la forma como lo pretende la defensa en este caso, recordando, que no basta que un inculpado acepte a sentarse en estrados a prestar declaración otorgando con ella cualquier información para que dicha circunstancia se tenga como minorante, sino que la ley exige que dicha información sea colaborativa con el esclarecimiento de un hecho delictivo (es decir que no esté ya aclarada por otros medios de prueba legales), sino, que, además, debe cumplir con el requisito de que se trate de una colaboración “substantial”, lo que de ninguna manera en este caso se cumple por parte del sentenciado. (Considerando 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones)

Los reproches de la defensa contenidos en su recurso, no es más que una visión parcial y particular de apreciar los hechos y por ello “no está de acuerdo con la calificación jurídica del tribunal”, entonces, no es más que un análisis de lo resuelto en la sentencia, bajo su prisma, denotando una simple disconformidad con la valoración, fundamentación y resolución que efectuó el a quo, siendo ello más propio de un recurso de apelación, que uno de derecho estricto, como lo es el de nulidad intentado; por lo que lo alegado corresponde más a una apelación encubierta, donde el recurrente hace ver, como ya se dijo, que está en desacuerdo con lo decidido por el tribunal oral en lo penal, pero ello no es bastante para configurar la causal invocada. (Considerando 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones)

Cita online: CL/JUR/6787/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 11 N° 9 del Código Penal; 373 letra b) del Código Procesal Penal.

PRERROGATIVAS FACULTATIVAS Y RECURSO DE NULIDAD
COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA ÍLTMA. CORTE DE APELACIONES DE
SANTIAGO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2015 EN CAUSA ROL N° 2987-2015

JAIME WINTER ETCHEBERRY
Universidad de Chile

La sentencia comentada, resuelta en el sentido correcto por la Íltma. Corte de Apelaciones de Santiago, nos lleva a poner el foco una vez más en aquello que es susceptible de conocerse y aquello que no es susceptible de conocerse mediante recurso de nulidad, en especial en relación con el art. 373 literal b) del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del Derecho.

En general, la discusión sobre el límite de la competencia de la Corte conociendo el recurso de nulidad ha tendido a oscilar en la jurisprudencia entre dos posiciones: aquella que considera que sólo es posible cuestionar la ausencia de un razonamiento justificatorio no contradictorio en relación a la valoración de la prueba y aquella que considera que se puede cuestionar la ausencia de concordancia entre el razonamiento justificatorio y los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados¹.

Como puede observarse, semejante razonamiento se centra en la valoración de la prueba. Ese no es propiamente el problema de la presente sentencia, sin embargo, el razonamiento respectivo sirve como forma apropiada de aproximación a lo que podríamos llamar el estatus del uso de potestades facultativas por parte del juzgador.

Antes de preguntarnos sobre la posibilidad de cuestionar el uso de potestades facultativas es importante revisar a qué estamos haciendo referencia con ello.

Hay ámbitos en los que el legislador ha dejado criterios relativamente amplios para el uso de las facultades de los tribunales, pero donde, al menos, los criterios se expresan con claridad. En la presente sentencia estamos frente a un caso de esos en el primer aspecto cuestionado, esto es, la distinción entre tráfico y microtráfico en base al art. 4° de la ley N° 20.000. En efecto, dicha distinción se refiere a “pequeñas cantidades”, siendo necesario que el intérprete determine a qué se refiere el legislador con pequeñas cantidades. En ese sentido, el criterio puede variar geográficamente, no siendo lo mismo una pequeña cantidad en Arica o en Coyhaique. En cualquier caso, resulta esencial que el juzgador razone respecto a los criterios que lo llevan a tomar la decisión. Si bien los criterios específicos no están expresados con claridad en la ley, eso no significa que el tribunal pueda aplicarlo de forma arbitraria, sino que debe construir un criterio para la distinción.

En ese sentido, nada obsta, como se ha hecho en esta causa, que se cuestionen por vía de recurso de nulidad los criterios utilizados o el resultado final al que se llega. Así es correcta la forma en que razona el tribunal, en el Considerando 5°, en cuanto señala que *“en el motivo duodécimo del fallo que se revisa, los jueces de fondo dan razones suficientes para desechar la recalificación de los hechos que fuere pedida en su oportunidad por la defensa durante el juicio oral y que ahora reitera para fundar este recurso de nulidad. Como dicen los sentenciadores, todos ‘los antecedentes inculpatorios no se condicen con las de un pequeño traficante’”*.

¹ ACCATINO, Daniela, Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad de la pena, en *Revista de Derecho (Valparaíso)* XXXII (2009), p. 350.

Como puede observarse, en dicho Considerando no hay una referencia a que la subsunción en un tipo u otro sería una facultad privativa del tribunal de instancia, por corresponderle a él la construcción de los criterios, sino que razona respecto a la suficiencia de los antecedentes.

Es interesante contrastar esto con lo que sucede con las prerrogativas propiamente facultativas, que son aquellos casos en que el legislador le da una facultad al tribunal, pero no expone criterio alguno para su aplicación. Esto es algo recurrente en las normas sobre determinación de la pena. Esto sucede en los artículos 65, 66, 67 y 68 donde, existiendo multiplicidad de atenuantes, se permite (“podrá”) al sentenciador rebajar la pena en uno o más grados. No se explicita ahí cuál es el criterio para elegir la extensión de la rebaja (o la procedencia de la rebaja misma, dependiendo la posición que se siga al respecto). Lo mismo sucede con el artículo 68 bis, discutido en esta causa, que permite una rebaja extraordinaria, existiendo una sola atenuante, siempre que esta sea “muy calificada”. Es del caso que no se expresan los criterios para determinar que alguna atenuante sea muy calificada.

La tentación, en estos casos, es considerar que dado que no se expresan los criterios, no es necesario expresarlos y, consiguientemente, que no pueden ser cuestionados por vía del recurso de nulidad. Sin embargo, tiene que entenderse en estos casos que, si bien el legislador ha dado un amplio campo de discrecionalidad al juez, no le ha permitido actuar de manera arbitraria. En ese sentido, como toda decisión trascendente en la sentencia, ésta debe fundamentarse adecuadamente. De este modo, dicho razonamiento puede ser cuestionado posteriormente en términos de que la regla que genera el sentenciador a partir de la norma del artículo 68 bis puede constituir perfectamente una norma jurídicamente errónea, si es que se considera que los criterios utilizados no son compatibles en general con los principios generales y la finalidad de las normas del sistema jurídico-penal.

En ese sentido, no es posible coincidir (solo) con lo expresado en la primera parte del Considerando 6º de la sentencia en cuanto a que *“basta para proceder a rechazar el recurso de nulidad deducido en base a ello, el decir, que lo pedido es una facultad de los juzgadores, que como tal, no están obligados a ejercerla y para el caso de que no hacer uso de dicha facultad, ello no resulta ser recurrible, y menos que lo decidido de este modo adolezca por ello de nulidad”*.

Semejante razonamiento representa precisamente lo que se ha cuestionado aquí: que no haya obligación de utilizar una facultad no quiere decir que ella se pueda utilizar arbitrariamente. En ese sentido, requiere de una justificación que pueda ser seguida –y por tanto– cuestionada, por el tribunal que conoce del recurso.

Sin embargo, en el caso en cuestión, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago sí realiza, en el mismo Considerando 6º, un razonamiento en base a hacer

referencia a la fundamentación del tribunal de instancia referido a la no procedencia de considerar muy calificada la circunstancia atenuante.

En ese sentido, en estos casos la pregunta vuelve hacer aquella referida a la valoración de la prueba: si la mera expresión de un razonamiento no contradictorio es suficiente o no para entender que se ha utilizado correctamente la prerrogativa facultativa. La respuesta es que una correcta comprensión del ejercicio que debe hacer el tribunal que juzga una causa debe implicar que la mera expresión de un razonamiento nunca puede ser suficiente, sino que debe revisarse la corrección de éste. Cualquier otra cosa, es aceptar la posibilidad de avalar construcciones jurídicamente improcedentes.

CORTE DE APELACIONES:

Santiago, seis de noviembre de dos mil quince.

Oídos los intervinientes.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, dentro de plazo, don Santiago Hernández Serrano, abogado Defensor Privado, por el condenado Ricardo Osvaldo Aranís Pérez, en causa RIT N° 379-2015, RUC N° 1.301.227.593-K, del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 25 de septiembre de 2015, en cuanto, por unanimidad, condenó a su representado, en calidad de autor del delito consumado de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3°, en relación al artículo 1°, de la ley N° 20.000, perpetrado el día 4 de diciembre de 2013, en la comuna de Independencia, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y multa a beneficio fiscal de diez UTM, más accesorias legales.

Hace presente que el tribunal acogió a favor de su defendido la atenuante de

responsabilidad penal del artículo 11 N° 9, del Código del ramo, según se dice en el motivo 16° del fallo, que reproduce en su libelo.

Deduca su recurso de nulidad fundado en la causal del 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, "... Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo".

Expresa que su reproche de nulidad que ha invocado emana del hecho que dicha "parte no está de acuerdo con la calificación jurídica que se le dio a los hechos materia de la investigación..." ya que en ella se determina que "...estamos ante la presencia de la infracción de los artículos 1° y 3° de la ley N° 20.000 y no ante la infracción del artículo 4° de la ley N° 20.000, como lo alegó en su oportunidad"

Explica que las intervenciones telefónicas que fueron descritas por el detective Claudio Moscoso Campusano, como las conductas desplegadas por su representado dan cuenta del delito de microtráfico, agrega, que lo mismo se puede deducir de los otros elementos

del delito que se encontraron en poder del condenado, consistentes en una balanza digital para dosificar la droga, en bolsas plásticas de pequeño tamaño y en trozo de papel cuadriculado, todos según la defensa, destinados claramente a la comercialización de estupefacientes de pequeñas cantidades y que son coincidentes con la droga y contenedores incautados a su defendido entre sus ropas al momento de su detención, por ello el tribunal se ha equivocado en la calificación jurídica de los hechos, infringiendo con ello la ley y causando un grave perjuicio a su defendido, quien de otra forma habría accedido a una menor pena, ya que estamos en presencia del delito del artículo 4° de la ley ya citada y, además, como se le reconoce una atenuante –la del N° 9 del artículo 11 del Código Penal– debió aplicarle una pena de “...tres años y un día”, sin decir de que naturaleza sería dicha pena.

Pide, por un lado, que por lo anterior se dicte la nulidad que señala y que en virtud del artículo 385 del Código Procesal Penal, se anule solo la sentencia y dicte una sentencia de reemplazo por esta Corte, donde se recalifique el delito como de aquellos contemplados en el artículo 4°, en relación al artículo 1° de la ley N° 20.000 y que conforme a la declaración auto inculpatória de su representado durante el juicio, se califique la circunstancia del artículo 11 N° 9 del Código Penal, ya reconocida y, en consecuencia, se le rebaje la pena aplicada como en derecho corresponda; termina solicitando lo ya expresado o que se acoja lo uno o lo otro, y que

el recurso sea elevado a la I. Corte de Apelaciones de San Miguel (sic) para que dicho tribunal lo resuelva.

Segundo: Que por su parte el Ministerio Público, pide el rechazo del recurso, por no configurarse en la especie la causal invocada, y que, además, se ha invocado una causal que es equivocada, ya que impugna una valoración de fondo que debe primar por ser privativa del tribunal, y en el caso, de la calificación pedida de la atenuante acogida, ello es facultativo del tribunal de fondo, por lo que al no ejercer dicha facultad, en ello no puede haber error de derecho.

Agrega, que de acuerdo a la prueba rendida y los hechos establecidos no estamos en presencia de un caso del artículo 4° de la ley N° 20.000, ya que en este caso se le decomisó al sentenciado un “ladrillo” o “trozo de marihuana prensada” de 850 gramos de peso, más 85 gramos de cocaína, junto a elementos de dosificación y venta de la misma, como contenedores plásticos, pesa digital y trozos de papel cuadriculado, y que reconoce que a veces se “hacía diariamente hasta \$ 30.000”; agrega, que todo ello configura un delito de tráfico y no microtráfico como lo sostiene la defensa y todo está acreditado con el mérito de las intervenciones telefónicas efectuadas por la policía.

Tercero: Que, analizada por esta Corte la causal de nulidad invocada por la defensa en este juicio, estima que no reúne el estándar suficiente para tenerla por establecida en este caso y que por ello se deba proceder a la anulación del fallo impugnado, como lo pretende la recurrente.

Cuarto: Que, así las cosas, la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la existencia de una errónea aplicación del derecho en el fallo, fundada en no haberse calificado los hechos como constitutivos del delito del artículo 4° de la ley N° 20.000 y en no haber tenido como muy calificada la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, que se le reconoció, en los términos del artículo 68 bis del mismo cuerpo legal, debe ser rechazada.

Quinto: Que el rechazo, –tal como lo dijo el Ministerio Público en su alegato– es en virtud del mérito de los antecedentes consignados en el fallo impugnado, donde como se razona en los motivos noveno, décimo y décimo primero, los hechos claramente caen dentro de la figura del delito de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la ley N° 20.000. Por lo demás, en el motivo duodécimo del fallo que se revisa, los jueces de fondo dan razones suficientes para desechar la recalificación de los hechos que fuere pedida en su oportunidad por la defensa durante el juicio oral y que ahora reitera para fundar este recurso de nulidad. Como dicen los sentenciadores, todos “los antecedentes inculpatorios no se condicen con las de un pequeño traficante”.

Sexto: Que, además, en relación a la no recalificación de la atenuante de responsabilidad penal que le fuere acogida al sentenciado por el tribunal a quo, esto, calificar la del artículo 11 N° 9 del Código Penal, basta para proceder a rechazar el recurso de nulidad deducido

en base a ello, el decir, que lo pedido es una facultad de los juzgadores, que como tal, no están obligados a ejercerla y para el caso de que no hacer uso de dicha facultad, ello no resulta ser recurrible, y menos que lo decidido de este modo adolezca por ello de nulidad. Que, por lo demás, resulta conveniente dejar constancia, a mayor abundamiento, que tal como lo dicen los jueces a quo, no existe en autos antecedentes suficientes para que se puede obrar de la forma como lo pretende la defensa en este caso, recordando, que no basta que un inculpado acepte a sentarse en estrados a prestar declaración otorgando con ella cualquier información para que dicha circunstancia se tenga como minorante, sino que la ley exige que dicha información sea colaborativa con el esclarecimiento de un hecho delictivo (es decir que no esté ya aclarada por otros medios de prueba legales), sino, que, además, debe cumplir con el requisito de que se trate de una colaboración “substancial”, lo que de ninguna manera en este caso se cumple por parte del sentenciado.

Séptimo: Que, así resulta que los reproches formulados a la sentencia impugnada en este aspecto, no tienen un estándar suficiente para configurar la causal invocada, y anularla.

Octavo: Que por el contrario, los reproches de la defensa contenidos en su recurso –tal como ella lo reconoce– no es más que una visión parcial y particular de apreciar los hechos y por ello “no está de acuerdo con la calificación jurídica del tribunal”, entonces, no es más que un análisis de lo resuelto en

la sentencia, bajo su prisma, denotando una simple disconformidad con la valoración, fundamentación y resolución que efectuó el a quo, siendo ello más propio de un recurso de apelación, que uno de derecho estricto, como lo es el de nulidad intentado; por lo que lo alegado corresponde más a una apelación encubierta, donde el recurrente hace ver, como ya se dijo, que está en desacuerdo con lo decidido por el Tribunal Oral en lo Penal, pero ello no es bastante para configurar la causal invocada.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara que se rechaza el recurso de nulidad interpuestos por don Santiago Hernández Serrano, abogado Defensor Privado, por el condenado Ricardo Osvaldo Aranís Pérez, en causa RIT N° 379-2015, RUC N° 1.301.227.593-K, del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha veinticinco de septiembre

de dos mil quince, que condenó a su representado, en calidad de autor del delito consumado de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° , en relación al artículo 1° , de la ley N° 20.000, perpetrado el día 4 de diciembre de 2013, en la comuna de Independencia, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y multa a beneficio fiscal de diez UTM, más accesorias legales, la que no es nula.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Poblete, quien no firma por encontrarse en comisión de servicio.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez y conformada por la Ministra señora Gloria Solís Romero y por la Abogada Integrante señora Cecilia Ramírez Guzmán.

Rol N° 2987-2015.