

4. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

MICROTRÁFICO

AGRAVANTE DE HABERSE COMETIDO EL DELITO EN EL INTERIOR DE UN RECINTO PENITENCIARIO, RECHAZADA. DETECCIÓN DE LA DROGA ANTES DE INGRESAR AL RECINTO PENITENCIARIO IMPIDE CONFIGURAR LA AGRAVANTE. IMPROCEDENCIA DE APLICAR AGRAVANTE AL NO VERSE AFECTADO VALOR RELEVANTE.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de drogas contemplado en el artículo 4° de la ley N° 20.000. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido y dicta sentencia de reemplazo.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *3485-2016, de 23 de diciembre de 2016*

PARTES: *“Ministerio Público con Ana Espejo Troncoso”*

MINISTROS: *Sr. Javier Moya Cuadra, Sra. Pilar Aguayo Pino y Abogado Integrante Sr. Jaime Guerrero Pavez*

DOCTRINA

Respecto de la agravante del artículo 19 letra h) de la Ley de Drogas –N° 20.000–, se ha uniformado la jurisprudencia nacional en términos que la finalidad de la norma es sancionar a las personas que se aprovechan de los recintos carcelarios para cometer los delitos de la ley N° 20.000, o que se realice por el agente prevaliéndose de una aglomeración de personas que se aprovecha del tumulto para pasar inadvertido. En este escenario, cobra fuerza y rigor legal el concepto explicitado en términos de que la agravante ocurre con ocasión de la distribución de la droga atento que el bien jurídico lo constituye la protección de la salud pública; lo anterior no ha ocurrido, pues se detiene a la imputada en los momentos en que se descubre la droga por detector de metales –antes de ingresar al recinto–, sin que se haya procedido a su distribución; a mayor extensión, el delito de autos se ha concretado bajo la hipótesis de porte y no de distribución. El sentido de toda agravación de pena asignada al delito lo es en relación a un

valor relevante, que no se vislumbra en el caso actual, precisamente, por cuanto la droga fue detectada antes de su distribución, es decir, el porte es absolutamente anterior. Así, el valor mayor afectado por la agravante lo constituye la distribución de la droga en la población penal, precisándose que aquélla debe considerarse en relación directa a los internos, que no se vieron expuestos a un quebrantamiento de la rehabilitación como tampoco que la actora haya materializado su acción con mejor opción de impunidad (considerandos 4° a 6° de la sentencia de nulidad penal).

Cita online: CI/JUR/8472/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 19 letra h) de la ley N° 20.000.*

CORTE DE APELACIONES:

I. Sentencia de nulidad

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que la Defensoría Penal Pública, a través de la abogada Marcela Araya Acuña, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el Cuarto Tribunal Oral Penal de Santiago, que condenó a Ana Espejo Troncoso como autora del delito de tráfico ilícito de drogas contemplado en el artículo 4° de la ley N° 20.000 a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales, sin beneficios.

La causal invocada refiere la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal sobre la base que se ha considerado en la sentencia la agravante de la letra h) del artículo 19 de la ley anotada, que se reproduce, argumentando al efecto que el ilícito de porte se cometió al interior del recinto carcelario, situación que constituye un error esencial pues tal calificante, que aumenta en un grado la pena asignada en abstracto al delito, debe cumplir con ciertos requisitos que

no aparecen acreditados en el actual caso.

Así, el hallazgo de la droga se produjo al momento de pasar la encausada por el detector de metales, esto es, antes de ingresar al recinto penitenciario, situación debidamente acreditada en los antecedentes.

Argumenta que varios autores, Matus y Aravena, refieren la aglomeración de persona que facilita la distribución y consumo de la droga, todo lo cual constituye un plus de reproche, pues se ha buscado la impunidad de la conducta del autor como la mayor lesividad que se ocasiona.

La norma aplicada es restrictiva por lo que no poder aplicarse por la mera peligrosidad, citando al efecto España que en su artículo 369 N° 1 de su Código Penal que conlleva la interpretación doctrinal en cuanto “perturba el proceso rehabilitador de reclusión provocando luchas internas entre los clanes... para el control de la población penal, produciéndose una alteración de la organización administrativa...”. (Citado por la Defensa en su presentación en referencia a Ganzenmuller). Es

decir, lo que se protege es el proceso de rehabilitación que se ve afectado cuando existe consumo de droga, por lo que el delito debió importar distribución y no una imputación como es la fijada por el Tribunal que implica tan sólo la tipificación bajo el contexto de porte.

Cita Jurisprudencia en el sentido enunciado, que se reproduce.

Solicita se acoja el recurso de nulidad, se invalide la sentencia y se dicte la de reemplazo, condenando a su representada a la sanción inferior al grado que corresponde al ilícito del artículo 4° citado.

Segundo: Que la agravante en cuestión se perfila en un concepto literal, como lo prescribe la norma, en términos de consagrarse por el solo hecho de que la comisión del ilícito se concreta en el recinto penitenciario. Es el criterio adoptado por los Jueces de Grado quienes la consagran como tal y que aplican la sanción con tal efecto.

Tercero: Que es dable argumentar que, tal como lo afirma la Excm. Corte Suprema, el derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos, siendo ésta lo que constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad. Y a lo anterior, debe dirigirse toda interpretación respecto de una norma penal. “La acción humana sólo puede ser apreciada como agravante si se lesiona un bien jurídico” (Hassemas, Fund. PP, 1984, p. 37).

Cuarto: Que, concordante, es dable argumentar que respecto de la agravante de la letra h) del artículo 19 de la ley N° 20.000, se ha uniformado la jurisprudencia nacional en términos que

la finalidad de la norma es sancionar a las personas que se aprovechan de los recintos carcelarios para cometer los delitos de la ley N° 20.000, o, en palabras de Matus, Ramírez y Politoff, que se realice por el agente prevaliéndose de una aglomeración de personas que se aprovecha del tumulto para pasar inadvertido. (Lecciones Derecho Penal Chileno, tomo III, Parte Especial, pp. 618 a 620. Editorial Jurídica, 2005).

Quinto: Que, en este escenario, cobra fuerza y rigor legal el concepto explicitado en términos de que la agravante ocurre con ocasión de la distribución de la droga, atento que el bien jurídico lo constituye la protección de la salud pública; lo anterior, evidentemente, no ha ocurrido pues se detiene a la imputada en los momentos en que se descubre la droga por detector de metales—antes de ingresar al recinto—, sin que se haya procedido a su distribución; a mayor extensión, el delito de autos se ha concretado bajo la hipótesis de porte y no de distribución.

Sexto: Que, concordante, el sentido de toda agravación de pena asignada al delito lo es en relación a un valor relevante, que no se vislumbra en el caso actual, precisamente por cuanto la droga fue detectada antes de su distribución, es decir, el porte es absolutamente anterior.

Así, el valor mayor afectado por la agravante lo constituye la distribución de la droga en la población penal, precisándose que aquélla debe considerarse en relación directa a los internos, que no se vieron expuestos a un quebrantamiento de la rehabilitación como tam-

poco que la actora haya materializado su acción con mejor opción de impunidad.

Nada de eso ha ocurrido en autos y, concretamente, lo que se ha establecido es haberse detectado la droga en forma previa a su distribución, caso en el cual –de ocurrir– tendría lugar la agravante.

Séptimo: Que, lo anterior reseñado ha sido considerado en diversas sentencias, en especial, aquélla de esta I. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2857-2016 en términos que el lugar donde se detecta la droga, corresponde a un recinto anexo al lugar de reclusión donde se encuentra la población penal; así, se diluye la entrega de la droga incautada no cumpliéndose con el requisito esencial de la agravante en análisis.

En este escenario fáctico, es dable precisar que el porte de droga responde a un delito de emprendimiento en cuanto consiste en el adelantamiento de la sanción penal a formas imperfectas de ejecución y, por ende, se castiga como consumado desde los actos preparatorios. La agravante, entonces, no puede concretarse por el solo hecho de la perpetración del porte anunciado y acreditado.

Consecuencialmente, es evidente que el verdadero sentido de la norma que contiene la letra h) del artículo 19 de la ley N° 20.000 es aquel que se trasluce en la presente sentencia; al no haberse aplicado por la resolución recurrida, se ha concretado una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia; así, la causal necesariamente debe ser acogida

Por estas consideraciones, citas legales, lo dispuesto en el artículo 384

del Código Procesal Pena, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensora penal pública doña Marcela Araya Acuña en contra de la sentencia de tres de octubre de dos mil dieciséis, dictada por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, la que se invalida y reemplaza por la que, sin nueva vista, pero separadamente, se dicta a continuación.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro señor Moya Cuadra.

Pronunciada por la Séptima Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Javier Aníbal Moya Cuadra e integrada por la Ministra señora Pilar Aguayo Pino y por el Abogado Integrante señor Jaime Guerrero Pavez.

Rol N° 3485-2016.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis.

Visto:

Se reproduce la sentencia recurrida dictada por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con excepción de su motivo séptimo letras a) y b), que se elimina.

Y se tiene presente:

Primero: Que se reproducen las consideraciones y fundamentaciones de los motivos segundo a séptimo de la sentencia que acoge el recurso de nulidad.

Segundo: Que, en este escenario, no concurriendo circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que favorezcan o perjudiquen a la encausada,

permite recorrer toda la extensión de la pena asignada al delito de porte ilícito de droga cuya cuantía se ubica en la de presidio menor en su grado medio que el Tribunal de Nulidad fijará en su parte alta dentro del grado, atento a la dinámica fáctica acreditada por los jueces de fondo.

Por estas consideraciones, lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se condena a la encausada Ana Alejandra Espejo Troncoso a la pena de ochocientos veinte días de presidio menor en su grado medio en su calidad de autoría del delito de tráfico ilícito de drogas anotado en el artículo 4° de la ley N° 20.000, perpetrado en esta ciudad de Santiago el cinco de febrero de dos mil dieciséis.

Se le condena, además, a la pena de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena y a la multa de tres unidades tributarias mensuales, la

que se tiene por cumplida con seis días de abono con que cuenta la sentenciada.

Le sirve de abono a la encausada todo el tiempo que ha permanecido privada de libertad en este procedimiento, esto es, desde el día de cometimiento del ilícito que ocurrió el cinco de febrero último.

Sin beneficio sustitutivo de la pena aplicada atento se indica en la ley N° 18.216 en términos de no cumplirse con los requisitos respectivos de algunas de las medidas que dicha ley contempla.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro señor Moya Cuadra.

Pronunciada por la Séptima Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Javier Aníbal Moya Cuadra e integrada por la Ministra señora Pilar Aguayo Pino y por el Abogado Integrante señor Jaime Guerrero Pavez.

Rol N° 3485-2016.

COMISIÓN DE UN DELITO DE NARCOTRÁFICO EN UN CENTRO DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN. DISCUSIÓN SOBRE LA AGRAVANTE DE LA LETRA H) DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY N° 20.000

ÍTALO REYES ROMERO
Universidad de Chile

La sentencia en cuestión discute sobre la aplicabilidad de la agravante establecida en la letra h) del artículo 19 de la ley N° 20.000, a saber, “si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial”. La Corte de Apelaciones de Santiago decide acoger el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, pues el tribunal de primera instancia habría hecho uso de la mencionada agravante cuando, en efecto, no se daban las circunstancias para su aplicación. El problema es que no quedan suficientemente claras las razones por las cuales la Corte llega a esa determinación. En lo que sigue intentaré brevemente esclarecer los motivos de una decisión que considero correcta.

El conflicto radica, en mi opinión, en que la Corte utiliza argumentos de diferente naturaleza y sin profundizar adecuadamente en ninguno de ellos. En primer lugar, la Corte alude en su segundo considerando a un criterio meramente espacial (o, en sus palabras, literal): la agravante debiera aplicarse por el solo hecho de que la comisión del delito se concrete dentro del recinto. A pesar de que la posterior argumentación pareciera establecer que la Corte reniega de este criterio espacial, debe hacerse notar que la decisión final se fundamenta en este sentido: el delito en cuestión fue detectado en un recinto anexo al lugar donde se encuentra la población penal, de manera que no se cometió dentro del lugar que indica la agravante.

En segundo lugar, la Corte apunta a un criterio de aprovechamiento del lugar para la comisión del ilícito. El mismo argumento se sostenía respecto de la agravante equivalente de la anterior Ley de Drogas (ley N° 19.366)¹ que fusionaba las letras f), g) y h) de la ley actualmente vigente. Así, el fundamento común de tales agravantes es que el autor se aprovecha de una multitud o aglomeración de personas para distribuir más fácilmente la droga.² Sin embargo, la modificación legislativa permite suponer una voluntad del legislador en orden a establecer criterios diferenciados para cada una de las nuevas agravantes. Ello se evidencia, por ejemplo, en que la letra f) amplía la agravante también a la comisión del delito en las “inmediaciones” de un determinado lugar, cuestión que no se verifica respecto de las demás letras.

El tercer argumento apunta al bien jurídico y se basa en la diferenciación entre el porte y la distribución de drogas. Así, la Corte plantea que los hechos del caso sólo permiten configurar un delito de porte de drogas (art. 4°, ley N° 20.000). En ese sentido, el delito de porte es un delito permanente, es decir, se consuma en el instante en que el autor lleve consigo la sustancia ilícita, pero el delito se sigue realizando mientras el autor no deje de portarlas. De tal forma, es posible establecer una diferencia espacio-temporal entre la consumación y la terminación del delito. Por ello, la Corte afirma que “el porte es absolutamente anterior”, puesto que se ha consumado con anterioridad del ingreso del autor al recinto penitenciario. Sin embargo, el delito de porte continúa realizándose hasta el momento en que

¹ La norma señala: “art. 23. Las penas contempladas en esta ley para crímenes y simples delitos serán aumentadas en un grado: 3.- Si el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, recinto militar o policial, institución deportiva, cultural o social, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas”.

² Dicho argumento queda explicitado en POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* (Santiago, 2005), pp. 618 y s., con ulteriores referencias a SCS 1.10.1996 y a ARAVENA (“Evolución jurisprudencial del tratamiento penal del delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”, Tesis de Grado, U. de Talca, 1998).

los guardias del recinto lo detectan, de modo que este argumento no basta por sí mismo para excluir la aplicación de la agravante.³

Es necesario, además, tomar en consideración que sólo un delito de distribución de drogas dentro del recinto podría llegar a afectar la salud pública de los internos, la cual constituiría el objeto de protección de la agravante. Por tanto, el aumento de la pena establecido por la letra h) del art. 19 se justifica en un incremento del injusto de la conducta delictiva por poner en peligro a los privados de libertad, pero siempre tomando en cuenta un comportamiento que sea idóneo al efecto, a saber, la distribución de sustancias dentro del recinto.

Finalmente, y en relación con lo anterior, la Corte apunta a un criterio rehabilitador, es decir, que la agravante pretende proteger el proceso de rehabilitación social de los internos dentro del centro carcelario. Este argumento tiene su origen en la discusión española sobre una norma de agravamiento similar a la nuestra, en donde se han enarbolado explicaciones de índole criminológica para justificar la mayor penalidad.⁴ Así, el ingreso de drogas a una cárcel genera luchas entre las bandas de reclusos, exacerbando brotes de criminalidad interna que vendrían a alterar el buen funcionamiento de una prisión y la eventual rehabilitación del condenado.

Desde la perspectiva de la prevención especial, un aumento de la pena por el entorpecimiento del afán resocializador de la misma resulta más que sensato.⁵ Prueba de ello son las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, las que ponen énfasis en que la privación de libertad debe permitir forjar una voluntad de vivir conforme a la ley a los reclusos.⁶ En el mismo camino, existen algunos programas sociales implementados por Conace cuya finalidad es combatir la drogodependencia dentro de prisión. Evidentemente cualquier ingreso de estupefacientes al recinto carcelario pone en riesgo la pretensión de que los internos se convertirán en ciudadanos fieles a derecho.

En mi opinión, los argumentos ofrecidos por la Corte son tan heterogéneos que no resultan enteramente convincentes. El criterio espacial no se pronuncia sobre la razón del agravamiento de la conducta, dejando sin responder la pregunta relevante; mientras que el criterio del aprovechamiento de una multitud para la comisión del ilícito parece haberse quedado con la anterior redacción de la ley. El criterio de la

³ Sería posible asumir una interpretación radicalmente restringida que equiparara “fue cometido” con el solo momento de la consumación. Empero, tal solución contraviene la definición usual de un delito permanente, a saber, que éste se sigue “cometiendo” hasta el momento de su terminación.

⁴ Véase SALAZAR, Andrés, Fundamento de agravación de la pena en razón de cometerse el delito en el interior o en las inmediaciones de un centro penitenciario, Ministerio Público, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, p. 3, con ulteriores referencias.

⁵ SALAZAR, ob. cit., p. 4.

⁶ SALAZAR, ob. cit., p. 5.

salud pública va en mejor camino, pero resulta sumamente poco preciso al definir los límites de aplicación del precepto; y el criterio de la rehabilitación depende de la asunción de una justificación especial preventiva de la pena.

Pienso que la confusión se origina en no observar cuidadosamente la norma. La agravante no alude simplemente a los recintos de detención sino también, en general, a los centros hospitalarios y a los militares. Para ser coherentes, entonces, la razón de la agravación debiese ser la misma para todos los lugares descritos por el precepto. Y, en ese sentido, todos ellos comparten la característica general de ser recintos que concentran un número de personas bajo una especial relación de protección.⁷ Ya sea mediante obligaciones legales o meramente contractuales, el recinto tiene una obligación de protección y cuidado de sus residentes. El hospital o clínica respecto de los pacientes, el centro militar respecto de los reclutas y, por supuesto, el recinto carcelario respecto de los internos. Simplemente basta pensar en casos en que algún residente sufra un accidente que involucre su integridad física por negligencia de los encargados o del propio lugar: existiría responsabilidad civil por infracción de mínimos deberes de prudencia.

De esta forma, la agravante viene a amparar esta especial relación de protección que los recintos tienen respecto de sus ocupantes, de manera que la comisión de un delito de narcotráfico que signifique una afectación o puesta en peligro de los sujetos protegidos lleva consigo un incremento de la pena. Esto no implica que argumentos de salud pública o de rehabilitación queden descartados de plano, sino que son meramente complementarios a la protección de una determinada relación entre el recinto y el interno. Y debido a que las conductas que pueden tener tal efecto no se encuentran circunscritas a un determinado lugar de comisión, el legislador establece específicamente un límite físico para dichos comportamientos, a saber, que sean cometidos dentro del recinto.⁸

Esta justificación de la agravante tiene dos consecuencias para la comisión de delitos dentro de un centro penitenciario. En primer lugar, sólo se agravará aquellas conductas que tengan alguna posibilidad de poner en peligro a los sujetos especialmente protegidos. Así, cualquier distribución de drogas entre un guardia y un interno, por ejemplo, afecta directamente al sujeto especialmente protegido. Sin embargo, si un interno dirige una red de narcotráfico que actúa fuera del recinto penitenciario, no existe posibilidad de que tal comportamiento ponga en riesgo

⁷ En un sentido similar, DELGADO, Sylvia y SALAZAR, Andrés, *Agravante especial del artículo 19 letra h): “Cometer el delito en un lugar de detención o reclusión”*, Ministerio Público, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, p. 5, citando a doctrina española.

⁸ Nótese que esta situación cambia respecto de la agravante de la letra f) del mismo artículo 19, respecto de la cual puede defenderse la misma justificación de agravante, pero ahora respecto de establecimientos de enseñanza. Allí el legislador amplía la protección no sólo a la comisión del ilícito dentro del recinto sino también a sus “inmediaciones”.

la relación de protección entre el recinto y los reclusos, de *manera que no puede aplicarse la agravante*.⁹

En segundo lugar, el espacio físico dentro del cual la agravante puede tener efecto sólo es aquél al que los individuos especialmente protegidos puedan tener acceso. En ese sentido, aunque las áreas de registro de las visitas se encuentran físicamente dentro del recinto penitenciario, ellas son totalmente inaccesibles para los reclusos, de manera que la detección de un delito de porte en ese lugar no puede justificar la aplicación de la agravante. Por el contrario, si el delito de porte se detecta ya dentro de una zona accesible para los reclusos, entonces tal conducta pone en riesgo a sujetos especialmente protegidos y se justifica la aplicación de la agravante.

En conclusión, la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago es acertada, pues la comisión del delito de porte de estupefacientes detectada antes del ingreso a áreas accesibles para internos no afecta ni pone en peligro a los sujetos en relación de protección por el recinto penitenciario.

⁹ Explícitamente en contra, DELGADO y SALAZAR, ob. cit., p. 7, en donde asumen una postura no enfocada en la relación de protección entre el recinto y el sujeto, sino simplemente en si el sujeto ha menoscabado el bien jurídico de salud pública con su conducta.