

8. DERECHO PENAL - CORTE DE APELACIONES

MICROTRÁFICO

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES EN PEQUEÑAS CANTIDADES. VULNERA LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA SOSTENER, QUE CINCO KILOS DE DROGA ESTÁ DESTINADA AL CONSUMO PERSONAL Y PRÓXIMO EN EL TIEMPO. DOCTRINA PROCESAL PENAL ACEPTA LA IMPUGNACIÓN PARCIAL DE LA SENTENCIA

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia absolutoria respecto del delito de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades y sentencia condenatoria por el delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones. Ministerio Público recurre de nulidad contra la sentencia absolutoria, la Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de San Miguel*

ROL: *155-2015, de 27 de febrero de 2015*

PARTES: *“Ministerio Público con Pablo Parra Calvert”*

MINISTROS: *Sra. María Teresa Letelier R., Sra. Adriana Sottovia G. y Abogado Integrante Sr. Manuel Hazbún C.*

DOCTRINA

- Conforme a los hechos que se han tenido por establecidos resulta del todo equívoco y apartado de la lógica y de las máximas de la experiencia sostener, como lo hace el fallo, que la cantidad de droga incautada –cinco kilos– estaba destinada al consumo personal y próximo en el tiempo, teniéndose en consideración a este respecto lo sostenido en el considerando vigésimo segundo de la sentencia en que sin mayor fundamento se sostiene que “la naturaleza y peso de la droga incautada, además de las fotografías exhibidas fundamentan que el volumen de la misma se destina a un consumo como el señalado”. Ello en la medida que resulta alejado de la máxima de la experiencia que cinco kilos de cannabis sativa esté destinada a un consumo personal y próximo en el tiempo, por cuanto si con un gramo puede realizarse un papelillo, cinco mil gramos es una cantidad excesiva para ser consumida*

en un corto tiempo, si se considera que cada papelillo puede contener entre 0,5 a 1,0 gramos de droga y que el consumo máximo diario, según se establece por las pericias incorporadas, no excede de 10 papelillos (considerando 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *La doctrina procesal penal acepta la impugnación parcial de la sentencia, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, según lo sostiene ROXIN en su Tratado de Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 449-450 al sostener que la parte impugnada de la decisión se puede separar de aquella que no fue impugnada, lo que dependerá de que la sentencia decide sobre muchos objetos procesales, sea en un caso de un hecho con varios acusados o de varios hechos de un mismo acusado. Por último, en materia de casación, aún sin necesidad de norma expresa se sostiene por el tratadista Fernando de la Rúa, en su Libro La Casación Penal. El Recurso de Casación Penal en el nuevo Código Procesal de La Nación, Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2006, la nulidad de la sentencia no debe necesariamente ser total. Por razones elementales de economía procesal y el principio de interés jurídico como requisito para la procedencia de las sanciones procesales (...) la medida de su nulidad debe estar dada en primer lugar por el agravio admitido en la sentencia de casación, y se la debe anular parcialmente si el agravio acogido por el tribunal sólo afecta parcialmente su legalidad y estabilidad respecto del fondo de la causa (...) la posibilidad de anulación parcial está dada por la independencia de la parte viciada de la sentencia con relación a las demás (considerandos 12° y 13° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

Cita online: CL/JUR/1153/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 297, 374 letra e) del Código Procesal Penal; 4 de la ley N° 20.000

CORTE DE APELACIONES

San Miguel, a veintisiete días del mes de febrero del año dos mil quince.

VISTOS:

En estos autos RUC 1300408536-6 y RIT 0-117-2014 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, por sentencia de catorce de enero del año en curso, los Jueces don Gregory Rojas Cerda, doña Azeneth Aguilar Navarro y doña Marcela Miranda Cornejo absolviéron a PABLO PARRA CALVERT de

la acusación deducida en su contra la cual lo sindicó como autor de un delito de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades, y lo condenaron como autor del delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones, a la multa de 11 UTM, hechos supuestamente ocurridos el 23 de abril de 2013 en la comuna de Buin.

En contra de esta sentencia, don Gamal Massu Haddad, Fiscal Adjunto del Ministerio Público dedujo recurso

de nulidad, el que fue declarado admisible, procediéndose a su vista en la audiencia del día veinticuatro de febrero en curso, oportunidad en que alegaron el representante del Ministerio Público y la defensa del sentenciado.

CONSIDERANDO:

1º) Que la primera causal de nulidad invocada por el Ministerio Público es la prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, haberse omitido en la sentencia alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 del mismo Código, en este caso, el señalado en su letra c) relativo a “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. Se solicita se invalide el juicio oral y la respectiva sentencia definitiva a fin de que se efectúe un nuevo juicio oral por el Tribunal no inhabilitado que corresponda;

2º) Que fundando el recurso por la causal invocada, el recurrente indica que el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo, y que la valoración de la prueba en la sentencia requiere el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, de forma tal que dicha fundamentación permita la reproducción del

razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Refiere que si bien el legislador estableció un sistema de libre valoración de la prueba, exige de los jueces un trabajo meticulado y cuidadoso, debiendo fundamentar las sentencias a fin de que sea posible un control posterior del razonamiento utilizado.

Agrega que de esta manera, la libre apreciación valoratoria no es absoluta, ya que reconoce como límites los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que en doctrina se denomina “sistema de la sana crítica o persuasión racional”, y que la infracción a éstos trae aparejada la anulación de la sentencia y del juicio, existiendo un control del tribunal *ad quem* en relación a la forma que se dieron por acreditados los hechos.

Añade que en la especie se infringió la máxima de la experiencia que indica que lo que se obtiene de 8 plantas de entre 62 centímetros y 2 metros y 522 gramos de hojas de hierba a granel en estado de secado no puede estar destinado a un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Al efecto señala que tal como mencionó en juicio el perito Sergio Sánchez Bustos, médico especialista en salud pública, un cigarrillo de marihuana puede estar en el orden de 0,5 a 1 gramo de sustancia, lo que de acuerdo a un simple análisis permite concluir que sólo con los 522 gramos netos de cannabis (que corresponde a lo encontrado en la caja, y sin considerar lo que se puede obtener de las plantas) se pueden tener

entre 522 a 1.044 cigarrillos o dosis de marihuana, cantidad que no es posible de consumir en un tiempo cercano por una sola persona.

Menciona que la experiencia prescribe que el consumidor problemático o dependiente de la marihuana puede consumir, a lo sumo, 8 a 10 cigarros al día, de modo tal que efectuando una proyección, sólo lo encontrado en la caja le permitiría el consumo por 2 a 4 meses, cuestión que claramente excede el consumo próximo en el tiempo, el que se entiende como un período de tiempo corto, acotado, limitado e inmediatamente posterior a la tenencia.

Manifiesta que la cantidad de droga encontrada, esto es, 522 gramos más 8 plantas exceden con largueza lo que podría considerarse un período “próximo en el tiempo”, denotando más bien un acopio de droga. Infringiéndose así la máxima de la experiencia ya referida.

Arguye que de no haber mediado la infracción a la máxima de la experiencia ya señalada, los sentenciadores debieron arribar a un veredicto condenatorio por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, y que el único modo de reparar el perjuicio es la anulación tanto del fallo como del juicio oral en que se pronunció, a fin de hacer posible un nuevo juzgamiento;

3º) Que en subsidio de la causal referida el ente persecutor funda el recurso deducido en la causal de nulidad contenida en el artículo 373 del Código Procesal Penal, aduciendo que en la sentencia se ha efectuado una errónea aplicación del derecho en relación al artículo 4º de la ley N° 20.000.

Indica que los sentenciadores establecieron como supuesto fáctico que “en el domicilio ubicado en Parcela N° 20, camino Padre Hurtado, de la comuna de Paine, el acusado habría mantenido 8 plantas de color verde de cannabis sativa, al interior de un cuarto, a cuyo costado habría mantenido una caja de cartón con cannabis sativa en proceso de secado”.

Refiere también que los sentenciadores estimaron que la droga que el acusado mantenía guardada la destinaba a su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, desestimado así la calificación jurídica formulada en la acusación de tráfico de pequeñas cantidades de drogas del artículo 4º de la ley N° 20.000.

Agrega que la sentencia ha efectuado una errónea aplicación del artículo 4º de la ley N° 20.000, la que se da por tres vías: primero, al asimilar un elemento integrante del tipo penal microtráfico, esto es, “pequeñas cantidades”, con otro elemento, esto es, “consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”; segundo, al considerar como suficiente para acreditar el consumo personal exclusivo y próximo y la calidad de consumidor, los dichos del acusado, sin que exista ningún otro antecedente científico, serio, contundente, que dé cuenta del consumo realizado por el imputado, y menos que éste pudiera ser considerado próximo en el tiempo; y tercero, al estimar que la calidad de consumidor habitual de drogas es óbice para la actividad de traficante de las mismas.

Añade que estas tres afirmaciones señaladas, las que se desprenden del

fallo impugnado, son equivocadas a la luz de la doctrina nacional y la jurisprudencia.

En cuanto a la primera vía denunciada señala que el fallo recurrido prescribe “que en relación al elemento pequeñas cantidades, se estima por tal aquella cantidad necesaria para el uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”, incurriendo en una confusión respecto de dos exigencias distintas, a saber, el objeto material sobre el cual debe recaer la conducta y un elemento subjetivo de la posesión que excluye la tipicidad de aquella, haciendo presente que una cosa es acreditar que estamos ante una “pequeña cantidad de droga”, pero otra muy distinta es señalar que esa pequeña cantidad está destinada al consumo personal, exclusivo y próximo, agregando que no es factible entender que 522 gramos de cannabis y lo que se pueda obtener de 8 plantas vivas puedan ser consumidos por una persona en un tiempo próximo.

Respecto de la segunda vertiente expuesta en el recurso, esto es, la relativa al carácter de adicto del acusado, menciona que para que la más mínima tenencia de drogas pueda reputarse para un autoconsumo, el poseedor debe ser adicto, o al menos un consumidor habitual de las sustancias prohibidas, resultando indispensable que el imputado acredite estas calidades en el proceso a través de las pruebas que corresponda, no bastando las meras afirmaciones en este sentido.

Manifiesta que en la especie el Tribunal, para concluir la calidad de consumidor del encartado, considera sólo su

declaración, sin que exista ningún otro antecedente que dé cuenta del consumo realizado por el imputado y menos que éste pudiera ser considerado próximo en el tiempo, lo que reviste la mayor gravedad por cuanto, entre otras cosas, desconoce dos de las típicas formas del tráfico consagradas en el propio artículo 4° de la ley N° 20.00, esto es, la posesión y guarda de la droga.

En cuanto a la tercera vía denunciada, esto es, que la calidad de consumidor habitual descarta la hipótesis de tráfico, indica que la doctrina y jurisprudencia han asentado que calidad de consumidor o adicto a las sustancias cuyo tráfico se prohíbe no excluye por sí misma la comisión del delito de que se trata, pero permite sentar una base para presumir si concurren otros elementos que la droga de que se trata está destinada al consumo personal y próximo en el tiempo.

Refiere que el defecto denunciado está dado por la inexistencia de la causal de justificación que permitiría entender que, en el caso específico, nos encontramos ante droga guardada por el acusado para su consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

Agrega que la errónea aplicación del artículo 4° de la ley N° 20.000 ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que aun cuando el tribunal tiene la facultad para valorar y ponderar la prueba y determinar en base a ésta el tipo penal aplicable, no encontrándose probada la calidad de consumidor y que en tal condición pudiese haber sido posible el consumo exclusivo y próximo en el tiempo de toda la droga

que resultó ser de su propiedad, dictó sentencia absolutoria, en circunstancias que de haberse aplicado correctamente la normas referidas, necesariamente debió dictar sentencia condenatoria por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

En definitiva pide que se acoja la causal de nulidad invocada de manera subsidiaria, por haber incurrido el Tribunal *a quo* en error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, invalidando el juicio oral y la sentencia, y ordenando la remisión de los autos al Tribunal no inhabilitado que corresponda, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

4º) Que respecto de la primera causal deducida, esto es, aquella consignada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, para su análisis habrá de considerarse si efectivamente los sentenciadores del grado infringieron, en la apreciación de la prueba, las máximas de la experiencia al no tener por establecido que la droga encontrada en poder del sentenciado se trata de una cantidad que no puede estar destinada a consumo personal y próximo en el tiempo como se sostiene en el recurso;

5º) Que es un hecho de la causa haberse encontrado en poder del encausado la cantidad de 5.522 gramos de cannabis sativa, la que se desglosa en 522 gramos de hierba a granel y ocho plantas en proceso de secado con raíz, tallo y hojas con un peso bruto de cinco kilos;

6º) Que conforme a los hechos que se han tenido por establecidos resulta del todo equívoco y apartado de la lógica y

de las máximas de la experiencia sostener, como lo hace el fallo, que la cantidad de droga incautada –cinco kilos– estaba destinada al consumo personal y próximo en el tiempo, teniéndose en consideración a este respecto lo sostenido en el considerando vigésimo segundo de la sentencia en que sin mayor fundamento se sostiene que “la naturaleza y peso de la droga incautada, además de las fotografías exhibidas fundamentan que el volumen de la misma se destina a un consumo como el señalado”. Ello en la medida que resulta alejado de la máxima de la experiencia que cinco kilos de cannabis sativa esté destinada a un consumo personal y próximo en el tiempo, por cuanto si con un gramo puede realizarse un papelillo, cinco mil gramos es una cantidad excesiva para ser consumida en un corto tiempo, si se considera que cada papelillo puede contener entre 0,5 a 1,0 gramos de droga y que el consumo máximo diario, según se establece por las pericias incorporadas, no excede de 10 papelillos;

7º) Que por lo razonado, la sentencia incurre en la causal de nulidad invocada de manera principal al valorar erradamente y con infracción a las leyes de la sana crítica, particularmente las máximas de la experiencia, la prueba incorporada en el procedimiento;

8º) Que habiéndose acogido la causal de impugnación antes referida se hace innecesario pronunciarse sobre aquella invocada en forma subsidiaria;

9º) Que atendida la circunstancia que en el juicio en que incide este recurso se formuló acusación por dos hechos distintos y separados uno de

otro, y habiéndose deducido recurso de nulidad solo respecto de la decisión absoluta por el delito de tráfico de estupefacientes del artículo 4° de la ley N° 20.000, es que se procederá a invalidar parcialmente la sentencia, y el juicio oral subsecuente lo será solo por la acusación que se formula respecto de éste último ilícito, esto sobre la base de los siguientes fundamentos;

10°) Que para sostener los efectos parciales objetivos del recurso de nulidad, necesario resulta tener en consideración que las normas especiales que rigen este recurso no contradicen el efecto relativo del fallo sobre los recursos. Los artículos 385 y 386 del Código Procesal Penal, que regulan los efectos del fallo de nulidad, refieren que si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, determinará el estado en que deba quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que este disponga la realización de un nuevo juicio oral;

11°) Que del texto antes citado se advierte que no se discrimina respecto de ningún enjuiciado no recurrente, y que la nulidad parcial no es una hipótesis expresamente desestimada por las normas sobre el recurso de nulidad, y en consecuencia, no entran en colisión con el artículo 360 del Código Procesal Penal, que en su carácter de norma general debe integrarla;

12°) Que por su parte, la doctrina procesal penal acepta la impugnación parcial de la sentencia, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, según lo sostiene ROXIN en su Tratado

de Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp 449-450 al sostener que la parte impugnada de la decisión se puede separar de aquella que no fue impugnada, lo que dependerá de que la sentencia decide sobre muchos objetos procesales, sea en un caso de un hecho con varios acusados o de varios hechos de un mismo acusado;

13°) Que por último, en materia de casación, aun sin necesidad de norma expresa se sostiene por el Tratadista Fernando de la Rúa, en su Libro La Casación Penal. El Recurso de Casación Penal en el nuevo Código Procesal de La Nación, Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2006, la nulidad de la sentencia no debe necesariamente ser total. Por razones elementales de economía procesal y el principio de interés jurídico como requisito para la procedencia de las sanciones procesales (...) la medida de su nulidad debe estar dada en primer lugar por el agravio admitido en la sentencia de casación, y se la debe anular parcialmente si el agravio acogido por el tribunal sólo afecta parcialmente su legalidad y estabilidad respecto del fondo de la causa (...) la posibilidad de anulación parcial está dada por la independencia de la parte viciada de la sentencia con relación a las demás;

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 352, 372, 374, 378 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por don Gamal Massu Haddad Fiscal Adjunto del Ministerio Publico, contra la sentencia de catorce de enero de dos mil catorce

dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo y se declara la nulidad del juicio y de la sentencia solo en la parte que absuelve al encausado como autor del delito de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades del artículo 4° de la ley N° 20.000, debiendo remitirse los antecedentes a tribunal no inhabilitado para el conocimiento del nuevo juicio oral respecto de este hecho.

Regístrese y comuníquese.

Redactó Manuel Hazbún Comandari, Abogado Integrante.

Pronunciada por la Segunda Sala de verano de la Corte de Apelaciones de San Miguel, presidida por la Ministra señora María Teresa Letelier Ramírez e integrada por la Ministra señora Adriana Sottovia Giménez y el Abogado integrante señor Manuel Hazbún Comandari.

En San Miguel, a veintisiete de febrero de dos mil quince, notifiqué por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol Corte N° 155-2015.