

COMETER EL DELITO EN LAS INMEDIACIONES O EN EL INTERIOR DE UN ESTABLECIMIENTO DE ENSEÑANZA

Por *Andrés Salazar Cádiz**

Abogado Asesor

Del análisis de la jurisprudencia relativa al delito de tráfico de drogas, hemos podido apreciar que no existe consenso en la aplicación de la agravante del artículo 19 letra f), según el cual la penalidad de los delitos de la Ley 20.000 deberá agravarse un grado si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que los escolares, acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales.

Así, nuestros tribunales han aplicado o rechazado esta adecuación en razón de dos criterios, uno que podríamos llamar de aglomeración de personas indeterminadas, y otro que podemos denominar como objetivo-geográfico. Sin embargo, creemos que ambos parámetros son insuficientes y que para su interpretación no pueden perderse de vista los fines de política criminal que conlleva, y las obligaciones internacionales suscritas por Chile en el marco de Naciones Unidas.

A continuación esbozamos un pequeño análisis de la agravante en cuestión, basados en una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel que aborda el ámbito de aplicación de esta agravante, en busca de nuevos criterios que nos ayuden a precisar cual es la verdadera razón de existencia de la modificatoria de responsabilidad penal y patrones que orienten su aplicación.

La aglomeración de personas como justificación de la agravación de la penalidad impuesta a los delitos de la Ley N° 20.000.

Este criterio, ha sido promovido por el profesor Jean Pierre Matus, quién ve en las agravantes comprendidas en las letras f), g) y h) del artículo 19 un criterio común que el legislador habría tenido en cuenta para considerar el acrecimiento de la sanción. Todas estas agravantes hacen referencia a lugares específicos, como por ejemplo instituciones deportivas, culturales, centros hospitalarios, de detención o reclusión, recintos militares, etc., y el fundamento común sería la aglomeración de personas que se produce en estos lugares, circunstancia que favorecería la comisión de estos delitos, pudiendo el sujeto activo “pasar inadvertido”, mientras realiza conductas de tráfico¹.

En este sentido el Sexto Tribunal Oral de Santiago, rechazó la agravante solicitada por el Ministerio Público, aun cuando se acreditó que las cercanías del lugar donde se traficaba droga existía un colegio. La distancia entre el domicilio donde se ejecutó el delito y la línea

* Abogado Asesor, Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.
asalazar@minpublico.cl

¹ Politoff/Matús/Ramírez. Derecho Penal Chileno, parte especial, pagina 618 y 619.

de construcción del colegio eran 9.0 metros y hasta la entrada del establecimiento no existían 150 metros de distancia².

Para fundamentar su rechazo, el tribunal hizo suya la doctrina sostenida por Matus, además de invocar un fallo de la Corte Suprema referente al antiguo 23 N° 3 de la Ley 19.366 según el cual *“la referida agravante de cometer el delito en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales busca sancionar con una mayor penalidad el que en el momento de cometerse el delito haya personas en su interior o en sus inmediaciones, ya que es precisamente la aglomeración de individuos la que facilita la distribución y consumo de droga. Lo que sanciona el legislador es valerse de la multitud de personas que dichos lugares suponen, para distribuir más fácilmente la droga, lo que implica por una parte la posibilidad de pasar inadvertido en el tumulto y por otra poner en riesgo la salud de un mayor número de personas”*³. Terminan concluyendo los sentenciadores que *“en efecto, no se probó que en el sitio se produjera una aglomeración de personas, situación que permitiría colegir que se estaba poniendo en riesgo la salud de un mayor número de ellas o que aseguraban la posibilidad del acusado de pasar inadvertido”*⁴.

La aglomeración de personas como punto central de la agravación, y el aprovechamiento del agente del delito de esta circunstancia para actuar a sobreeseguro, nos merece reservas como un criterio orientador en la aplicación de esta agravante, ya que pone el acento en la búsqueda que realiza el sujeto activo de una situación que beneficie la impunidad de su obrar ilícito, y se olvida de criterios de protección a potenciales víctimas que se encuentran en un especial estado de vulnerabilidad y la protección de procesos claves para la construcción de una sociedad como lo es la educación, agravando o incorporando un plus en el injusto de peligro realizado en otro contexto. Sobre este punto volveremos más adelante.

El criterio objetivo: cercanía espacial con lugares protegidos

En otras oportunidades, los tribunales han empleado un criterio geográfico para rechazar o acoger la circunstancia adecuatoria. Lo que prima para estas posturas es simplemente la cercanía (medida en metros) respecto de las instituciones dedicadas a la enseñanza.

Así por ejemplo el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago sentenció que *“habiéndose establecido que a la imputada le ha correspondido participación en calidad de autora en el delito de microtráfico investigado, y conforme a los antecedentes analizados precedentemente, y considerando que la misma imputada reconoce que su vivienda queda en medio de dos establecimiento educacionales, que la distancia del más cercano según informe técnico, es de 115 metros, esta juez concluye que el ilícito de autos se cometió en las inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, y en consecuencia perjudica a la acusada*

² 6° TOP Santiago, 13 de Marzo de 2006, RUC: 0500284912-9, RIT: 13-2006.

³ Sentencia de Corte Suprema de 01 de Octubre de 1996.

⁴ Considerando Décimo Segundo de la sentencia citada en pie de página 2.

la circunstancia agravante artículo 19 letra f)⁵". En el mismo sentido se pronunció TOP de Angol, señalando escuetamente que *"se acogerá la agravante prevista en la letra "f" de la misma norma legal citada toda vez que resulta un hecho cierto, en conformidad a las probanzas aportadas al juicio que los sucesos materia de este juicio se materializaron al interior de un establecimiento educacional"*⁶. Similar criterio adoptó el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago que al dar por acreditado que los hechos del caso se correspondían a la descripción típica del artículo 4° de la Ley N° 20.000 agravó la penalidad en un grado por haber sucedido frente a una Universidad⁷.

A nuestro juicio, si bien es cierto que este criterio se mantiene más apegado a la letra de la ley que el primero expuesto, creemos que puede ser complementado con fundamentos teleológicos, que le otorguen un sustento material y normativo, en aquellos casos que resulten de difícil resolución, donde ya no baste una inmediatez física para apreciar el riesgo de difusión incontrolable de drogas entre las personas que acuden a centros educacionales.

Tercera aproximación. Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel: término "inmediaciones" como concepto regulativo.

Ante todo este panorama, debemos destacar la reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 24 de julio de 2006, en la cual se hace un estudio en profundidad de la agravación de la conducta del traficante, a través del artículo 19 letra f)⁸.

La defensa recurrió a la Corte de nulidad en virtud de haber reconocido el Tribunal Oral en lo Penal la agravante en análisis. Para la defensa, la agravante no podía establecerse debido a que *"la distancia desde el domicilio de los imputados y el establecimiento educacional no estuvo precisada adecuadamente, por cuanto la prueba documental establece de manera lineal la distancia y, no se consideró lo por ella planteado que era la medición de la misma en relación al frontis del colegio"* en clara alusión a un criterio objetivo-geográfico.

Sin embargo la Corte de San Miguel rechazó este planteamiento estableciendo que *"la mención en la norma transcrita de en las inmediaciones, constituye un parámetro cuantitativo indefinido y que forma parte de lo que la doctrina llama principios o conceptos regulativos para diferenciarlas de las cláusulas normativas estrictas ... a través*

⁵ Tercer Juzgado de Garantía de Santiago 28-12-2005, considerando decimocuarto.

⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 19-08-2006, RUC 0500211973-2, RIT 43-2006, considerando decimosegundo.

⁷ Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, 19-10-2005, RUC N° 0500292711-1 y RIT N° 316-05, en su séptimo considerando señala: "...que relatan que en circunstancias que una de ellas se encontraba frente al ingreso de la Universidad Arcis, ubicada en calle Libertad, en Santiago Centro, fue sorprendido portando una mochila en cuyo interior traía casi 50 gramos de marihuana en pequeñas dosis listas, droga que era ofrecida en venta a los a los estudiantes de dicho establecimiento de enseñanza... concurrendo a la vez la circunstancia agravante especial contemplada en la letra f) del artículo 19 de la Ley N° 20.000".

⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de julio de 2006, RIT N° 40-2006, RUC N° 0500355422-k, Rol 608-2006

*de estos conceptos regulativos el legislador da la posibilidad de desarrollar la norma legal con un criterio judicial a partir del caso concreto de que se conoce...*⁹.

Luego, para completar el concepto regulativo a que hace alusión, los sentenciadores introdujeron criterios que tuvieron que ver más que con la impunidad que busque el sujeto activo con la aglomeración de personas, la protección de los educados. En este sentido, concluyó la Corte que la agravante quedó establecida al constatar la cercanía del domicilio donde se traficaba con la escuela (no más de 300 metros), tomando en cuenta que este domicilio se ubicaba en una zona que debía ser transitada por los escolares, frente a una plazoleta y una cancha de fútbol, y a que el imputado reconoció vender droga entre las 15:00 y las 22:00 horas, *“esto es, las primeras horas del tiempo que él dedicó a vender estupefacientes en las tardes, están dentro del horario escolar.*¹⁰”

Por último, en otro punto a destacar, es que el fallo otorga importancia hermenéutica a la frase final del artículo 19 letra f), lo que a juicio de la Corte, da a entender *“que el propósito del legislador fue someter a una pena más gravosa aquellas situaciones en que el tráfico de sustancias estupefacientes realizado por el sujeto activo es realizado en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los cuales los escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales”*¹¹.

Historia de la Ley y Derecho internacional:

No es mucho lo que nos puede aportar el análisis de la historia de la Ley N° 20.000, ni la de su antecesora, la Ley N° 19.366. Solamente podemos señalar que durante el debate de la Ley N° 20.000, siempre se invocó como preocupación primordial el acceso de los menores a las drogas, y la facilidad que estos tenían para obtenerlas, llegando a ellas incluso en los mismos colegios¹².

La única mención expresa que pudimos encontrar en la discusión de la Ley 20.000, fue la constancia que la antigua agravante del artículo 23 N° 3 de la Ley N° 19.366, se dividió en tres agravantes independientes quedando como letra f) del actual 19 la circunstancia calificante en estudio.

Lo que sí podemos apreciar, es que ambas legislaciones receptan importantes convenciones internacionales en la materia que tiene por objeto salvaguardar a sectores sensibles de la sociedad de los perniciosos efectos del narcotráfico. Así, al observar los tratados internacionales vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, podemos observar que el Estado Chileno se ha comprometido a proteger especialmente la esfera donde se desarrollan los procesos educativos de las personas.

⁹ Considerando Octavo.

¹⁰ Considerando Duodécimo.

¹¹ Considerando Decimotercero.

¹² Intervención del Senador Orpis en la 17° sesión del martes 09 de diciembre de 2003

El preámbulo de la Convención de Viena, establece que *“las Partes en la presente Convención... profundamente preocupadas asimismo por la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en los diversos grupos sociales y, particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable...”*.

Consecuente con esta declaración, en su artículo 3° (Delitos y sanciones) la misma Convención establece en su número cinco que los Estados partes deben tener en cuenta la agravación de la sanción en los casos en que se ponga en riesgo a determinados sectores de la población a través del siguiente texto:

“5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

*g) el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, **en una institución educativa** o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales;”*

A su vez, la Convención de Derechos del Niño en su artículo 33 demuestra su preocupación por la materia, y pretende velar por el proceso formativo de los menores señalando que “los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico de esas sustancias.”

Creemos que la consagración del antiguo artículo 23 N° 3 de la Ley N° 19.366 y el actual 19 letra f) de la Ley N° 20.000 vienen a ser una de las formas en que el Estado chileno plasma en su legislación los compromisos adquiridos en el ámbito internacional.

Asimismo podemos observar de la redacción de la norma, que ella no sólo se centra en la protección de las personas en edad escolar, sino que pretende abarcar todo el estadio de formación profesional de ellas.

Todo esto parece indicar, que la comunidad internacional a través de las convenciones citadas ha querido demostrar que existe un plus de injusto en la conducta de aquel delincuente que pone en riesgo el proceso educativo de las personas ante la proximidad del punto de oferta de la droga a los jóvenes que se encuentran en período de formación o desarrollo. Por el contrario, los tratados internacionales suscritos por Chile parecen no dar razones de agravar la conducta en razón de una mayor aglomeración de personas reunidas en un lugar determinado que permitan la impunidad del sujeto activo.

Derecho Comparado: agravante en el ordenamiento jurídico Español y Argentino.

Dentro de los subtipos agravados del tráfico de drogas establecidos en el artículo 369 del Código Penal Español encontramos en la circunstancia N° 8 una norma de similar redacción a la establecida en nuestro artículo 19 letra f)¹³.

Respecto a este tipo, la doctrina ha dicho que *“se sigue el criterio contemplado en los supuestos anteriores de protección de la juventud, impedir la iniciación en el ciclo y conversión en adictos de los usuarios de centros docentes, término éste, que a falta de especificación, debemos entender que abarca tanto los públicos como privados, de enseñanza media o superior y sea cual sea la docencia que se imparta”*¹⁴. Para el profesor Luis Rey Huidobro esta norma recoge una realidad: *“los traficantes, para incrementar el mercado, no dudan en hacer prosélitos entre los jóvenes de las enseñanzas inferiores o incluso de las elementales.”*¹⁵

Por su parte la legislación argentina contempla en el artículo 11 de la Ley 23.737 circunstancias agravantes del tráfico de drogas. Específicamente su letra e) aumenta la penalidad cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza. Coinciden los autores Falcone y Capparelli que esta agravante tiene su fundamento en la recepción por parte del ordenamiento jurídico argentino de los lineamientos del artículo 3.5 de la Convención de Viena de 1988 e inciso g del número 3 del Primer Protocolo incluido en el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos de 1973¹⁶, señalando que *“no debe circunscribirse su alcance a establecimientos donde concurren menores, sino que también deben contemplarse los casos en que se trata de establecimientos para adultos”*¹⁷.

Protección a sectores vulnerables de la sociedad: aumento del riesgo como criterio de agravación del injusto;

A nuestro juicio el objeto de la agravación es claro: adecuar la sanción al mayor injusto que implica el promover, difundir o exponer a este riesgo a un sector sensible de la sociedad como es aquel sector en formación.

¹³ “Se impondrá las penas superiores en un grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

8° Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades.”

¹⁴ C. Ganzemuller, J. Frigola y J.F. Escudero. Delitos Contra la Salud Pública (II), Drogas Sustancias Psicotrópicas y estupefacientes. Página 324.

¹⁵ Rey Huidobro, Luis. El delito de Tráfico de Estupefacientes. Página 183. Editorial Bosch. Barcelona, 1987.

¹⁶ Según éste tratado, que también se encuentra vigente en Chile, los Estado Partes deberán considerar como formas agravadas a los delitos de tráfico de drogas: *“Cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas”*.

¹⁷ Roberto Falcone, Facundo Capparelli, “Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal”, página 230. Editorial Ad-Hoc, Septiembre de 2002, Buenos Aires

Se basa esta agravante en la restricción de la disponibilidad de las sustancias prohibidas en grupos de riesgo esencialmente vulnerables y sensibles para la sociedad, el futuro de ésta y de ellos.

Obviamente el alcance del narcotráfico a los sectores en formación trae aparejado no sólo el riesgo de difusión incontrolable de las drogas y el peligro de la pérdida de libertad que ocasionan las adicciones o daños a la salud individual, sino que además incrementa los riesgos de deserción escolar o interrupción de carreras universitarias con la consecuente pérdida de potencial humano para el desarrollo de las sociedades.

A la misma conclusión llegan los autores Argentinos Falcone y Capparelli al analizar la agravante establecida en artículo 11 de la Ley 23.737 letra e) precisando que este aumento posee un doble fundamento material, que descansa por una parte en *“la mayor potencialidad lesiva respecto del bien jurídico protegido y, por otra en la mayor fragilidad de quienes están en formación, mayormente menores, frente a la perversa seducción que la droga opera”*¹⁸

Razones victimológicas que apoyan esta tesis

En primer lugar nunca podemos olvidar que hoy en día la victimología y el Derecho Penal moderno incluyen dentro de sí un espacio para las víctimas colectivas, abandonando la vieja concepción unívoca de la pareja penal y víctima individual. Actualmente, la protección penal alcanza a sectores amplios de población indeterminada, a través de la creación de delitos que atacan a bienes jurídicos de la colectividad, ello no quiere decir que nos encontremos ante delitos sin víctimas, *“simplemente que la victimización sufrida por grupos no es menos seria que la derivada de relaciones bipersonales”*¹⁹.

Además la situación concreta nos enfrenta a un grupo de “víctimas colectivas especialmente vulnerables”. La victimología moderna reconoce que *“la probabilidad de convertirse en víctima de un delito no está igualmente distribuida entre todos los miembros de la colectividad social”*, ya que algunos sujetos, “en función de circunstancias de muy diversa naturaleza, ofrecen una predisposición victimógena específica”²⁰. La victimología coincide en que estos factores pueden ser sociales o personales, como por ejemplo edad, sexo, profesión que ejerce la persona, situación de marginalidad, ubicación de su domicilio, etc. La edad juega un rol básico a considerar que influye como factor de riesgo de drogodependencia, así por ejemplo, la *“preadolescencia y la adolescencia son las edades más frecuentes en el inicio de los consumos alcohol y otras drogas, pues de por sí el individuo sufre una serie de cambios físicos y emocionales que se caracterizan por la confusión y la angustia”*²¹

¹⁸ Roberto Falcone, Facundo Capparelli, “Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal”, página 230. Editorial Ad-Hoc, Septiembre de 2002, Buenos Aires

¹⁹ Ladrove Díaz, Gerardo. La Moderna Victimología. Página 46. Editorial Tirant Lo Blanch. 1998.

²⁰ Ladrove Díaz, Gerardo. Op Cit. Pág 47.

²¹ Nató, Alejandro y Rodríguez, Gabriela. Las Víctimas de las Drogas. Página 60. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2001.

Otro factor importante y muy atingente a nuestra realidad, asociado a la edad como factor de riesgo de drogodependencia, es la marginalidad en una sociedad de consumo. Así se ha constatado que en nuestras poblaciones *“la ingestión de drogas, produce una felicidad artificial que se convierte en un antídoto frente a la depresión reactiva que sufre el joven por las presiones económicas y sociales... la necesidad de no ser uno mismo, trocándose en otra persona, poderosa, alegre, fuerte y potente, es una franca negación de su identidad pobre, melancólica y dependiente de inhaladores”*²².

Estos elementos no son sólo el simple fruto de especulaciones teóricas o de antojos legislativos, sino que su influencia ha sido constatada en la práctica por múltiples estudios. El último de ellos, fue dado a conocer en Septiembre del año 2006, correspondiendo su elaboración a la Oficina Contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas, y lleva por título *“Jóvenes y Drogas en Países Sudamericanos: Un Desafío Para las Políticas Públicas”*. Aquel informe realizó un estudio comparativo sobre uso de drogas en la población escolar secundaria de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, y sus conclusiones demuestran una preocupante realidad para nuestro país, ya que los escolares chilenos lideran todos los indicadores de prevalencia y precocidad en el consumo de drogas ilícitas en Sudamérica²³⁻²⁴.

Al igual que estos factores mencionados, podríamos citar muchos más ejemplos otorgados por la victimología del narcotráfico, sin embargo lo importante es rescatar un hecho, la ley chilena recoge una realidad social, el especial estado de vulnerabilidad que presentan las personas en procesos de desarrollo (en este caso educativo), donde el legislador es capaz de percibir ámbitos especialmente riesgosos, en los cuales es más probable la proliferación y consecuencias de esta criminalidad, con la amenaza de un gran impacto social.

Conclusiones:

De todo lo expuesto, podemos concluir que la aplicación del artículo 19 letra f), en casos problemáticos, donde no baste sólo el criterio geográfico para determinar su procedencia²⁵, podría orientarse hacia la agravación por el aumento del riesgo de las potenciales víctimas, en este caso escolares, universitarios, y otros estudiantes, que como hemos visto,

²² Asún, Alfaro, Alvarado y Morales. Drogas Juventud y Exclusión Social. Página 19. Universidad Diego Portales. Santiago, 1991.

²³ Así por ejemplo, en relación al consumo de drogas ilícitas, *“La prevalencia año más alta de marihuana la registran los estudiantes de Chile con 12,7%, seguido de Uruguay con 8,5%... En ambos países más del 60% de los estudiantes consume sólo marihuana: un 62,3% en el caso de Chile...”*. Asimismo el estudio concluye respecto de la marihuana que, *“el uso más precoz de esta droga lo realizan los estudiantes de Chile, con prevalencias año de 4,1% en escolares de 14 años de edad o menores, seguido por los estudiantes argentinos con prevalencias de 3,3%”*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) *“Jóvenes y Drogas en Países Sudamericanos: Un Desafío Para las Políticas Públicas”*, página 9.

²⁴ *“Las mayores tasas de consumo reciente de cocaína y pasta base la registran los estudiantes de Argentina y Chile. El consumo de cocaína presenta tasas de consumo reciente similares entre estos países: 2,5% en Argentina y 2,4% en Chile. Sin embargo, en el caso de pasta base la prevalencia año de Chile es de 2,1% y la de estudiantes argentinos de 1,6%. Ambos países también registran el mayor uso precoz de estas drogas. Sin embargo, en este último caso las tasas de consumo reciente son más altas entre los estudiantes de Argentina, con 2,1% en cocaína y 1,6% en pasta base, mientras que en Chile el consumo precoz registra tasas de 1,4% y 1,5% en cocaína y pasta base respectivamente”*. Informe citado, páginas 14, 15 y 16.

²⁵ Por ejemplo, en el caso en que el foco de tráfico de drogas se encuentre a cinco cuadras del colegio, pero los escolares deben pasar siempre y necesariamente por ese lugar por ser el único camino para llegar a él.

presentan caracteres victimógenos especiales en un área de particular sensibilidad para la sociedad, como es el proceso educativo.

Para elaborar esta interpretación podemos recurrir no sólo a la letra de la ley (que protege a los educados tanto en lugares donde desarrollan sus actividades escolares, como más allá de los límites del centro de estudios), sino que también debemos considerar las convenciones internacionales celebradas por nuestro país, que fijan como interés primordial la protección de estos sectores estimados vulnerables al flagelo de la drogodependencia.

Todo ello, sumado a la utilidad del criterio interpretativo esbozado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, nos puede llevar a aplicar la norma de acuerdo a su finalidad, esto es, alejar de los jóvenes del peligro que conlleva la difusión de estas sustancias en aquellos lugares donde acuden para su desarrollo personal y social.

ANEXO Sentencia, Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 24 de julio 2006

San Miguel, veinticuatro de julio de dos mil seis.

VISTOS.

En estos autos RIT N° 40-2006, RUC N° 0500355422-k del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, sobre procedimiento Oral en lo Penal, con fecha nueve de junio de dos mil seis, se condenó a cada uno, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a JUAN ENRIQUE ZÚÑIGA VELIZ y a doña JEANNETTE ALADINA ZÚÑIGA CUBILLOS acogiendo el cargo formulado por el Ministerio Público de ser autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en grado de consumado, ilícito descrito y sancionado en los artículos 1° y 3° de la Ley N° 20.000, cometido el 19 de agosto de 2005. En contra de dicho fallo el abogado Defensor Privado, dedujo recurso de nulidad por los fundamentos y causales que se describirán más adelante, realizándose con fecha 04 de julio de 2006, ante este Tribunal la audiencia respectiva para el conocimiento del recurso. En estrados se presentó el Abogado Asesor de la Fiscalía Regional don Patricio Rosas Ortiz quién se opuso a la nulidad plateada y por el recurso de nulidad don Reynerio García de la Pastora Zavala, Defensor Privado. Se citó para la lectura del fallo a la audiencia del día 24 de julio de 2006.

OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad se ha concedido como un recurso de derecho estricto al que se accede solamente en virtud de las causales y para los fines consagrados en la ley. No constituye una instancia en que se puedan revisar los hechos establecidos en el juicio, ni extenderse a otros aspectos criticables del fallo.

SEGUNDO: Que como se estableció en la Audiencia realizada ante esta Corte con fecha 4 de julio del presente, el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Privado se funda en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, e invoca dos razones que, en su concepto, fundamentan la errada aplicación del derecho: La primera, dice relación con haber dado reconocimiento a la concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad penal del artículo 19 letra f) de la Ley 20.000 y; La segunda, con el hecho que se haya rechazado la solicitud de la defensa en orden a reconocer la concurrencia de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 N°9 del Código Penal.

TERCERO: Que del mérito de los antecedentes de autos se desprende que el recurrente formuló en el Juicio Oral los mismos argumentos en que funda la nulidad del fallo, defensas que fueron oportunamente analizadas, ponderadas y rechazadas.

CUARTO: Que a juicio de esta Corte, los hechos largamente descritos en los considerandos tercero, cuarto, quinto y séptimo del fallo en alzada, permitieron a los sentenciadores llegar a la conclusión que tipifican el delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 1° y 3° de la Ley N° 20.000.- A su

vez el Tribunal a quo para tener por establecido esos sucesos consideró la prueba de testigos, declaración pericial y documental agregada, la que al Tribunal a quo le resultó verosímil, contundente y congruente.

QUINTO: Que en cuanto al primer razonamiento sostenido por la defensa, para impetrar el recurso de nulidad, dice relación con que el fallo estimó procedente la concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad penal del artículo 19 letra f) de la Ley N° 20.000, lo que llevó al hecho que al momento de dictar sentencia el Tribunal recurrido cometiera un error al aplicar el derecho, el cual ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Funda su alegación en razón de la manera por la cual el Tribunal a quo se hizo cargo de la prueba aportada al proceso, tanto la documental como la testimonial.

Sostiene la Defensa que la distancia desde el domicilio de los imputados y el establecimiento educacional no estuvo precisada adecuadamente, por cuanto la prueba documental establece de manera lineal la distancia y, no se consideró lo por ella planteado que era la medición del a misma en relación al frontis del colegio.

También, sostiene que las actividades ilícitas de los imputados siempre se realizaron en un horario absolutamente incompatible con las labores del establecimiento educacional. Sosteniendo que es altamente improbable que un menor de edad concurriera a adquirir droga a las 2 de la madrugada, o bien que en plena noche abandonara su hogar para adquirir algún tipo de estupefaciente, por lo que considera, que dado el hecho que no se acreditó suficientemente la concurrencia de la agravante ella no debió ser aceptada como lo hizo el Tribunal recurrido.

SEXTO: Que se podrá disentir o estar de acuerdo con la valoración que el Tribunal Oral otorgó a la prueba rendida en la causa, mas ello no hace que su razonamiento sea susceptible de anular, sobre todo si, como en el caso de autos, no se falta a los principios básicos que envuelven la forma en que un sentenciador puede apreciar los medios de prueba rendidos en este tipo de casos. De otro modo, estaríamos en presencia de una especie de recurso de apelación, cuestión que evidentemente ha sido desestimada por el nuevo sistema de recursos del proceso penal.

SEPTIMO: Que el artículo 19° letra f) de la Ley 20.000 prescribe Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: f) Si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales

OCTAVO: Que la mención en la norma transcrita de en las inmediaciones, constituye un parámetro cuantitativo indefinido y que forma parte de lo que la doctrina llama principios o conceptos regulativos para diferenciarlas de las cláusulas normativas estrictas (Heinrich Henkel y Claus Roxin). Se ha sostenido, que a través de estos conceptos regulativos el legislador da la posibilidad de desarrollar la norma legal con un criterio judicial a partir del caso concreto de que se conoce, atendiendo para ello a una variedad de factores indeterminados y cambiantes que no permiten una generalización normativa adecuada. Un

desarrollo más acabado de este tema se verifica en la sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 19 de julio de 2005, en los autos ingreso N°2005-05 de ese Tribunal y es reiterado en fallo de 10 de agosto de 2005 en la causa ingreso N°2592-2005.

NOVENO: Que en este orden de ideas, tales cláusulas regulativas orientadoras de la actividad jurisdiccional, pueden resultar lesionadas, al vulnerar con su aplicación inadecuada la propia norma de derecho que las contiene y ello ocurre cuando los tribunales se apartan de las directrices ofrecidas por la cláusula regulativa e incluso lo hagan de manera tan manifiesta que puede llegar a configurar una verdadera falta o abuso grave, como ocurriría cuando la decisión contradice incluso el sentido de la orientación (fallo de 19 de julio de 2005 de la Excma. Corte Suprema antes citado).

DÉCIMO: Que en consecuencia, ha de analizarse si los jueces del grado contravinieron el texto legal formal al definir la formula en las inmediaciones en el caso concreto que nos ocupa, de modo tal, si ello ocurrió, su decisión sería susceptible de anularse por la vía del presente recurso de nulidad.

UNDECIMO: Que, según el Diccionario de la Lengua Española, señala que Inmediación 1º. f. Cualidad de inmediato. 2º. f. pl. Proximidad en torno a un lugar.

DUODECIMO: Que conforme a lo establecido en el considerando Noveno, el Tribunal a quo tiene por acreditado que la comercialización de la droga se hacía en presencia de dos niños menores de 5 y 10 años, hijos de los acusados, y que además se realizaba ciertamente en las inmediaciones de una Escuela de Enseñanza Básica y además de Educación Parvularia.

En cuanto a la alegación planteada por el recurrente en esta instancia, que esta agravante no estaría probada, estos sentenciadores la rechazarán por cuanto, consta fehacientemente según lo enunciado en el considerando noveno, que la agravante se encuentra acreditada de manera suficiente al encontrarse la vivienda de los sentenciados en las proximidades del establecimiento educacional, esto es dicen los jueces- una distancia no superior, en todo caso a trescientos metros, ruta que debe ser para muchos estudiantes obligada para llegar a éste o retirarse de él una vez cumplida su jornada educacional, lo que sumado a lo establecido en el artículo 19 letra f) de la Ley N° 20.000, que alude también a sitios donde los estudiantes y escolares acuden a realizar actividades deportivas o sociales, y quedó establecido precisamente en la causa que la vivienda donde se comercializaba droga queda enfrente de una plazuela (registrada en el vídeo) y en forma contigua se ubica una cancha de fútbol, según lo consigna el considerando señalado. Lo anterior, armoniza con lo establecido en el considerando quinto del fallo recurrido, en el que se hace constar que el acusado declaró que vendía droga todas las tardes, entre las 15.00 y las 22.00 horas, esto es, las primeras horas del tiempo que él dedicó a vender estupefacientes en las tardes, están dentro del horario escolar.

DÉCIMO TERCERO: Que en este contexto cabe recordar que el propósito del legislador fue someter a una pena más gravosa aquellas situaciones en que el tráfico de sustancias estupefacientes realizado por el sujeto activo es realizado en las inmediaciones o en el

interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los cuales los escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales.

DÉCIMO CUARTO: Que en consecuencia, cuando en el caso sublite, el Tribunal del Juicio Oral de San Bernardo resolvió que procedía aplicar la agravante contemplada en el artículo 19 letra f) de la Ley N° 20.000, no ha incurrido en un error de derecho, lo que llevará a estos sentenciadores a rechazar este motivo de nulidad.

DÉCIMO QUINTO: Que, en cuanto al segundo motivo de nulidad alegado por la defensa éste dice relación con haber realizado el fallo recurrido una falsa aplicación de la ley cuando rechaza la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, por cuanto, considera que se han pasado por alto una serie de elementos que probaron la concurrencia fáctica de la atenuante. Por ello estima la Defensa que se configura en la especie la segunda causal de nulidad.

DÉCIMO SEXTO: Que, ha sostenido el Tribunal a quo que la circunstancia atenuante señalada no la estima concurrente por no encontrarse ajustada al mérito del proceso, razonando al respecto que no es suficiente la confesión de los imputados, ya que se requeriría además que su contribución fuese determinante a la hora de aclarar los hechos, sea por medio de aquella confesión o bien aportando otros antecedentes probatorios necesariamente calificados, como instrumentos, evidencias materiales o testigos, sin los cuales la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa.

DÉCIMO SEPTIMO: Que en el análisis de la procedencia de la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, correspondería determinar como se señaló al revisar el motivo de nulidad, si concurre el concepto regulativo de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos en cuya definición se produciría infracción de ley solo cuando existen antecedentes fácticos de su configuración que los mismos jueces han desatendido, al exigir un parámetro de aplicación que no se encuentra contemplado en la directriz de la norma.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en este caso nos encontramos en presencia de un delito cuya autoría y participación se encuentran acreditadas y lo que existe a juicio de esta Corte es la errónea aplicación del derecho por parte del Tribunal a quo, al no reconocer una atenuante de responsabilidad que beneficia a los sentenciados. En efecto, los imputados en sus declaraciones consignadas en el motivo quinto reconocen la perpetración del ilícito ya sea desde hace meses Juan Enrique Zúñiga u ocasionalmente Jeannette Zúñiga; asimismo los horarios de venta que ellos señalan han permitido entre otros elementos probar la existencia de la causal de agravación del delito como ya se dijo anteriormente- y además, entregaron la información que tenían a la Policía, todo lo se reconoció por el Tribunal a quo y al parecer de estos sentenciadores acredita efectivamente la existencia de la atenuante de responsabilidad invocada por su defensa, lo que llevará a esta Corte a acoger el recurso de nulidad por este motivo.

DÉCIMO NOVENO: Que el error mencionado influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues resultando que favorecen a los imputados dos minorantes de responsabilidad

sin agravantes, el Tribunal esta en condiciones de hacer uso de lo prevenido en el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal; situación en la que no estaban los jueces de grado y que les permitió la imposición de la condena aplicada de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

VIGESIMO: Que en consecuencia, produciéndose la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, y la trasgresión señalada en el considerando Décimo Séptimo, estos sentenciadores harán uso de la facultad que concede el inciso 2º del artículo 384 del Código Procesal Penal, para declarar que la sentencia recurrida es nula por una errónea aplicación del derecho, al no reconocer otra circunstancia atenuante que a juicio de estos sentenciadores se encuentra acreditada, dado lo cual, esta Corte hará uso de lo establecido en el artículo 395 del Código Procesal Penal, invalidando la sentencia recurrida por cuanto impuso una pena a los sentenciados superior a la que legalmente les correspondía.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en concordancia con los argumentos desarrollados precedentemente se debe tener en cuenta que para que pueda la Corte enmendar directamente un error sustancial que influya en lo dispositivo del fallo dictado, sin necesidad de una nueva vista, se requiere que el recurso de nulidad haya sido interpuesto en favor de los imputados, porque lo que se permite enmendar directamente es una sentencia de carácter condenatorio, en que se den las hipótesis de no haberse calificado de delito un hecho que la ley considere tal, no haberse aplicado pena o haber impuesto una pena superior a la que legalmente corresponda, por lo que esta Corte dictará la sentencia de reemplazo correspondiente. Y visto además lo dispuesto por el artículo 358, 384 y 385 del Código Procesal Penal SE ACOGE el recurso de nulidad en cuanto al motivo 2º de la citada presentación, interpuesto por Reynerio García de la Pastora Zavala, Abogado, Defensor Privado y, en consecuencia SE ANULA LA SENTENCIA DE NUEVE DE JUNIO DE DOS MIL SEIS, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, en los autos RIT N° 40-2006, RUC N° 0500355422-k y a continuación y por separado se dicta la sentencia de reemplazo correspondiente. Acordada, en la parte que acoge el recurso de nulidad por no haberse aceptado por el Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo la minorante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Punitivo,

con el voto en contra del Ministro Sr. Ricardo Blanco Herrera, quien no comparte los fundamentos 17, 18, 19, 20 y 21 del presente fallo y por las razones que expresará a continuación, estuvo por rechazar el recurso de nulidad en todas sus partes.

1.- Que el disidente comparte los fundamentos de este fallo que se refieren específicamente al rechazo de la causal de nulidad invocada por el recurrente, relativa a la concurrencia de la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 19 letra f) de la Ley N° 20.000, que afectó punitivamente a los imputados de autos.

2.- Que, ahora bien, en lo referente a la causal de nulidad invocada por el recurrente contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal por errónea aplicación de la ley por no haberse acogido la atenuante de responsabilidad penal prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Punitivo, este disidente fue de opinión de desestimar también esta causal y,

en consecuencia rechazar la invalidación del fallo propuesta por el recurrente, en razón de los siguientes argumentos: 2.a.- Que los jueces del Tribunal Oral son soberanos para valorar jurídicamente las circunstancias fácticas que constituyen la materialidad del proceso en su conjunto, tanto en los aspectos objetivos como subjetivos y en ese contexto la regla básica ya enunciada sólo admite como limitación el respeto a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, inobservancia que en el caso sub-iúdice no se advierten. 2.b.- Que por el contrario, la sentencia impugnada en concepto de este discrepante, en su fundamento undécimo acápite 2, 3 y 4 al desechar la circunstancia atenuante alegada contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, ha hecho una adecuada interpretación y correcta ponderación de dichos antecedentes, por lo que el debate jurídico abierto por el recurrente no es ni conceptual ni en la práctica sostenible, desde que ha quedado suficientemente acreditado en esta causa el apego por los jueces del Tribunal Oral a la normativa legal, a los estándares de garantía y a los mecanismos de control establecidos en el proceso penal. 2.c.- Que a fortiori en este ámbito es imperativo consignar que los elementos descriptivos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal suelen ser proposiciones dotadas de muchos referentes empíricos y en consecuencia en ese plano heurístico son apreciados discrecionalmente por el tribunal de mérito y por ello no son por regla general censurables si se realiza apropiadamente la inducción fáctica y la deducción jurídica, propias de la motivación y de la fundamentación de la sentencia, dentro del marco legal. 2.d.- Que a mayor abundamiento, tampoco puede invocarse por el recurrente infracción de derecho por la no aplicación del artículo 68 inciso tercero del Código Penal, puesto que en el evento de hipotéticamente haberse acogido la atenuante alegada y favorecer eventualmente a los imputados dos minorantes de responsabilidad penal no ha habido un supuesto error sustancial con influencia en lo dispositivo del fallo al aplicar a éstos la sanción de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales, toda vez que la rebaja de pena constituye para el Tribunal del grado una facultad que adoptará o no dependiendo de la ponderación de antecedentes fácticos y contextuales que hagan los jueces sopesando y relacionando todos los datos que arroja el proceso, pero la concurrencia de dos atenuantes, per se no imponen al Tribunal Oral, en caso alguno, la obligación de rebajar la sanción punitiva en uno o más grados. 3.- Que en mérito de lo expuesto, no advierte el disidente que los señores jueces del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo en la sentencia recurrida hayan hecho una errónea aplicación del derecho y que ésta haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, motivo por el cual en opinión del discrepante no puede prosperar la nulidad impetrada y al no darse los presupuestos que exigen las causales invocadas, el recurso de invalidación, en concepto del disidente, debe ser desestimado. Regístrese y devuélvase. Redacción de la Abogado Integrante Sra. María Patricia Donoso Gomien y del voto disidente del Ministro señor Ricardo Blanco herrera. Rol N° 608-2006 REF. Pronunciada por los integrantes de la Segunda Sala, Ministros Sr. Ricardo Blanco Herrera, Sr. Roberto Contreras Olivares y la Abogado Integrante Sra. María Patricia Donoso Gomien. b San Miguel, veinticuatro de julio de dos mil seis. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo. VISTOS: Se reproducen los considerandos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno párrafos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno, Décimo, Undécimo párrafos primero, quinto, sexto, séptimo, octavo y Décimo Tercero de la sentencia definitiva

recurrida de nulidad de fecha nueve de junio de dos mil seis. Y TENIENDO ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que en relación a la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es haber colaborado sustancialmente a la investigación de los hechos, consta que los sentenciados no sólo renunciaron a su derecho a guardar silencio, sino que prestaron declaraciones que sirvieron al esclarecimiento de los hechos y sus circunstancias, como a determinar su participación y también, al momento de su detención, declararon oportunamente, proporcionaron antecedentes e incluso se habría trabajado con ellos por la policía previa comunicación a la Fiscalía.

SEGUNDO: Que dado lo precedentemente señalado, a juicio de esta Corte, concurre la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal.

TERCERO: Que al regular el quantum de la pena, esta Corte tendrá presente lo siguiente, que encontrándose agravada la responsabilidad criminal de los encausados, por encontrarse en la situación prevista en el artículo 19 letra f) de la Ley N° 20.000, esta Corte elevará la pena en un grado sobre el máximo. Hecho lo anterior por favorecerles dos circunstancias atenuantes de responsabilidad, este Tribunal hará uso de la facultad concedida en el artículo 68 inciso tercero del Código Penal, por lo que la rebajará en un grado de la sanción ya aumentada, condenándoles a presidio mayor en su grado mínimo. Por estas consideraciones y, visto lo dispuesto en los artículos 1°, 3, 5, 11N° 6 y N° 9, 14 N° 1, 15 N° 1°, 18, 21, 24, 25, 28, 50, 68, del Código Penal, artículos 4°, 45°, 342°, 346°, 348°, 384° y 385° del Código Procesal Penal y artículos 1°, 3° y 19 letra f) de la Ley N° 20.000 se CONDENA a JUAN ENRIQUE ZUÑIGA VELIZ y JEANNETTE ALADINA ZUÑIGA CUBILLOS como autores del delito tráfico ilícito de estupefacientes, en grado de consumado, ilícito descrito y sancionado en los artículos 1° y 3° de la Ley N° 20.000, cometido el 19 de agosto de 2005, en la ciudad de San Bernardo, a sufrir -cada uno- la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado mínimo, multa de cuarenta 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 y al pago de las costas de la causa. Se dispone el comiso de los instrumentos del delito referidos en el auto apertura como prueba material o evidencia. No se concede a los sentenciados algunos de los beneficios de la Ley 18.216. Las penas impuestas, las cumplirán desde el 19 de agosto de 2005, fecha desde la que se encuentran ininterrumpidamente privados de libertad. Acordada con el voto en contra del señor Ministro Ricardo Blanco Herrera, quién por los fundamentos esgrimidos en el voto de minoría que se contiene en el fallo en que se acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los imputados Juan Enrique Zúñiga Véliz y Jeannette Aladina Zúñiga Cubillos, del cual se infiere que el disidente sostuvo la posición de no acceder a la invalidación de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, de nueve de junio del año en curso, y en consecuencia estuvo por no dictar sentencia de reemplazo en esta causa. Regístrese y devuélvase. Redacción de la Abogado Integrante Sra. María Patricia Donoso Gomien y del voto disidente del Ministro señor Ricardo Blanco Herrera. Rol N° 608-2006 REF. Pronunciada por los integrantes de la Segunda Sala, Ministros Sr. Ricardo Blanco

Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

Herrera, Sr. Roberto Contreras Olivares y la Abogado Integrante Sra. María Patricia Donoso Gomien. En San Miguel, a veinticuatro de julio de dos mil seis, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. Carolina Toledo López