

C.A. de Temuco

Temuco, nueve de agosto de dos mil veintidós.

VISTOS:

Por sentencia de 10 de junio de 2022, dictada en causa RIT: 107-2021; RUC: 2100491316-4, por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, señora Cecilia Subiabre Tapia, presidenta de sala, don Jorge González Salazar y Roberto Enrique Herrera Olivos, se declaró:

i. Que se **CONDENA** a **CRISTÓBAL MANUEL ABARCA BARRIGA**, cédula de identidad N° 16.919.134-4, como **AUTOR** del delito **CONSUMADO** de tráfico ilícito de estupefacientes, descubierto el 20 de mayo del 2021, en la comuna de Perquenco, dentro del territorio jurisdiccional de este Tribunal, a una pena de **SIETE (7) AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, **MULTA** a beneficio fiscal de **CUARENTA (40) UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, y 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. Por las razones indicadas en el considerando décimo sexto, en caso de no pago de la multa, **NO** se le sustituye la misma por reclusión.

ii. Que de acuerdo con lo razonado en el considerando décimo octavo, **CRISTÓBAL MANUEL ABARCA BARRIGA**, cédula de identidad N° 16.919.134-4, deberá **cumplir efectivamente la pena corporal** ya indicada, considerándosele como abono para dicho fin un total de 386 días a esta fecha de expedición de la sentencia, considerando que según se refiere en el auto de apertura de juicio oral, a partir del día 20 de mayo de 2021 fue sometido a la medida cautelar de prisión preventiva, la que se ha mantenido vigente hasta este día, salvo lo que con mejores y mayores antecedentes determine el Juzgado de Garantía respectivo.



iii. Que deberá determinarse la huella genética del sentenciado, a través de la toma de muestras correspondientes, para ser incluida en el Registro de Condenados contemplado en la Ley 19.970.

iv. Que, considerando la pena asignada por la ley al delito por el que resultó condenado el acusado, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N.º 18.556, oficiándose al Servicio Electoral para comunicar lo pertinente, en su oportunidad.

v. Que no se condena en costas al acusado, por las razones expuestas en el considerando décimo sexto del presente fallo.

vi. Se decreta el comiso de la suma de dinero y especies indicadas en el motivo vigésimo primero. Cúmplase, en su oportunidad, con lo dispuesto en el inciso 4º, del artículo 46, de la Ley 20.000.

En contra de esta sentencia doña Verónica Aliaga Navarro, Abogada, Defensora Penal Pública, en representación del condenado don Cristóbal Manuel Abarca Barriga, interpone arbitrio de nulidad en virtud de la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues la sentencia recurrida ha hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al acoger la agravante de responsabilidad penal, establecida en el artículo 12 número 16 del Código Penal, imponiendo una pena privativa de libertad superior a la que legalmente corresponde, infringiendo principalmente lo dispuesto en los artículos 104 del Código Penal, en relación con los artículos 68 y 69 del mismo Código Punitivo, lo que es erróneo, por cuanto dicha agravante se encuentra prescrita para todos los efectos legales, ya que si bien el acusado había sido condenado por delito de la misma especie, la condena en concreto que le habría sido impuesta, fue por un simple delito, siendo esta además de larga data, como se indicó del año 2013, sin perjuicio de otros argumentos. Agrega que dicha alegación fue rechazada por los sentenciadores quienes hicieron suyo los argumentos



contenidos en un fallo de la Excelentísima Corte Suprema, de 16 de agosto de 2021 dictada en la causa Rol 31.209-2021 que en lo pertinente señala: *“el artículo 104 del Código Penal, para regular el tiempo durante el cual será aplicable la agravante de reincidencia, atiende no a la pena concreta aplicada en su momento por aquella infracción anterior, si no al delito mismo de que se tratare. Los delitos, ya se sabe, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas de acuerdo a su penalidad, pero se dividen así de acuerdo a la penalidad abstracta que tengan asignada en el código o ley de que se trate, conforme lo dice en forma expresa el artículo 3 del estatuto el examen (“según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21), y no según la pena que resulte finalmente aplicada una vez utilizadas todas las reglas de determinación concreta, en cada caso.”*

“Que, por consiguiente y siguiendo aquel artículo 3º, un homicidio es un crimen, y un hurto es un simple delito, aunque el autor del primero, por las particulares reglas de determinación de la pena del caso de que se trate, le corresponda finalmente una pena inferior al presidio mayor en su grado mínimo, y aunque al autor del hurto, por la cuantía de este y por alguna de las circunstancias del artículo 447 del Catálogo, se le terminan imponiendo una pena superior al presidio menor en su grado máximo.”

“Que, siendo así, basta atender al tenor literal del artículo 104 del Código Penal, perfectamente acorde con su espíritu, por lo demás, para comprender que llevan la razón los falladores de instancia, puesto que dicha norma señala que la reincidencia no se tomará en cuenta “tratándose de crímenes”, después de diez años. No dice “tratándose de la imposición anterior de penas de crímenes” sino, “tratándose de crímenes”; es decir, atiende a la naturaleza penal del hecho, y ello está necesariamente conforme a su pena asignada en forma abstracta, por mandato del ya citado artículo 3º.



La doctrina anterior, afirma la recurrente, ha sido superada tanto por los autores como por la jurisprudencia, sosteniéndose ahora que para los efectos de determinar el plazo de prescripción de una circunstancia agravante de responsabilidad penal aplicable al caso, debe estarse a la pena en concreto que se impuso en la sentencia que sirve como fundamento de la agravante del número 16 del artículo 12, en relación al artículo 104, ambos del Código Penal. Cita jurisprudencia de la Suprema Corte, causa Rol 135.383 -2020, y al autor Enrique Cury.

Añade que la infracción de ley denunciada ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que al considerar la agravante mencionada llevó al tribunal a imponer a su representado una pena mayor a la que legalmente le correspondía, de manera que de haberla ignorado y habiendo compensado racionalmente la circunstancia modificadorio petitoria del artículo 11 N°9, la pena impuesta debió ser más baja que la determinada en el fallo, esto es no superar cinco años y un día de presidió mayor en su grado mínimo.

Peticiona concretamente tener por interpuesto recurso de nulidad por la causal esgrimida, acogerlo, anular la sentencia impugnada y dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, sentencia de reemplazo declarando que en definitiva se condena a su representado como autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas a la pena de cinco años y un día de presidió mayor en su grado mínimo, más accesorias legales correspondientes.

En la vista del recurso, audiencia realizada el día 21 de julio de 2022, alegó sosteniendo el arbitrio de nulidad, fundamentos y peticiones concretas la abogada señora Verónica Aliaga Navarro, y, contra el recurso en representación del ministerio público el abogado señor Claudio Beratto, peticionando su rechazo, por cuanto no existe la errónea aplicación del derecho invocada que, en opinión de la



recurrente, consistiría en una errada interpretación del artículo 104 del Código Penal, que establece el tiempo de prescripción de las agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, señalando esta norma que no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de 10 años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos. Al condenado se le reconoció la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11Nº9; a su vez también se estimó concurrente a su respecto la agravante del artículo 12 Nº16 y por ello el tribunal lo que hizo fue una compensación racional y aplicó la pena de siete años. La defensa lo que señala es que esta agravante estaba prescrita y se basa en una condena que tiene el condenado por un delito similar, de tráfico, a la pena de tres años y un día, por lo tanto siendo los hechos a juicio de la defensa de fecha 17 de febrero de 2013, la sentencia de julio de 2013, debía contarse cinco años, porque era una pena de simple delito y por lo tanto ya estaba prescrita el año 2018. El tribunal, en forma clara, señala que eso no es así; establece en la sentencia, básicamente en el considerando DECIMO CUARTO en el que da una serie de explicaciones y sigue la jurisprudencia de la Corte Suprema mencionada en el recurso, para concluir que la de la defensa no es la interpretación adecuada, sino que debe atenderse a la naturaleza del delito, pues el artículo 104 del Código Penal es claro en señalar que no se tomarán en consideración tratándose de crímenes, después de diez años, no dice penas de crímenes ni penas de simples delitos, habla de crímenes o simples delitos, es decir atiende a la naturaleza penal del hecho y ello está necesariamente conforme a su pena asignada en forma abstracta, por mandato del artículo 3º del Código Penal, que claramente señala que los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que le está asignada en la escala general del artículo 21; de seguir la interpretación de la defensa se podía llegar al absurdo que un homicidio en un caso podría ser crimen en otro simple delito



dependiendo de la pena que en concreto se le aplique al acusado; lo que ocurre en este caso es que la defensa señala que la doctrina y la jurisprudencia han variado y cita en su recurso un fallo de la Corte Suprema y la opinión del profesor Cury, pero esas opiniones y ese fallo hablan de la prescripción de la pena, que es distinta, porque el artículo 97 que la regula, se refiere a las penas impuestas por sentencias ejecutoriada prescriben, en los plazos que se indica, pero el artículo 104 referido a la prescripción de las agravantes, no. En el caso de autos el delito por el cual fue condenado, en el año 2013, el acusado, tenía asignada pena de crimen por lo tanto la agravante de reincidencia específica prescribe en 10 años. Finalmente, en relación a la sustancialidad, agrega que en el evento de existir el vicio se requiere que este influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y no aplicaría la alegación de la defensa, puesto que el delito de tráfico tiene asignada una pena compuesta de dos grados, presidió mayor en su grado mínimo a medio, esto es, de cinco años y un día a 15 años, y como le compensó racionalmente la atenuante del número nueve del artículo 11 con la agravante del número 16 del artículo 12, quedó facultado, conforme lo dispone el artículo 68 del Código Penal, para recorrer la pena en toda su extensión y estimando la cantidad de droga aportada por el acusado, lo que exacerba la potencial lesividad de su conducta a la salud pública, le impuso la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo; y en el evento de haber existido solo una atenuante y ninguna agravante el tribunal no podía aplicar el máximo, y la pena impuesta está en el rango mínimo. Por ende, de existir vicio – que estima no concurre -, no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo..

Finalizada la vista, la causa quedó en acuerdo, una vez logrado este, se procede a redactar la presente sentencia.

CONSIDERANDO:



Primero: Que el recurso de nulidad interpuesto se funda, por la impugnante, en la supuesta concurrencia de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, el haber sido pronunciada la sentencia con una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, haciéndola recaer la recurrente en la infracción al artículo 104 del Código Penal, erradamente interpretado en su opinión, norma que dispone que las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de 10 años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos, y si bien es cierto que su representado fue condenado por el delito de tráfico el año 2013, lo fue a una pena de tres años y un día es de presidió menor en su grado máximo, es decir a una pena, en concreto, de simple delito, no de crimen, por ende prescrita como agravante en cinco años, y no podía, por ende, ser considerada como tal al sentenciar el nuevo delito cometido en el mes de mayo del año 2021; y al quedar su representado con una sola atenuante y ninguna agravante, el tribunal debía aplicar el mínimo, es decir cinco años y un día de presidió mayor en su grado mínimo; al no hacerlo así el tribunal, el vicio denunciado influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. La recurrente cita en apoyo de su tesis que para la prescripción de las agravantes señaladas debe estarse a la pena en concreto aplicada y no la señalada en abstracto, para el delito de que se trata, jurisprudencia de la Corte Suprema y doctrina de don Enrique Cury.

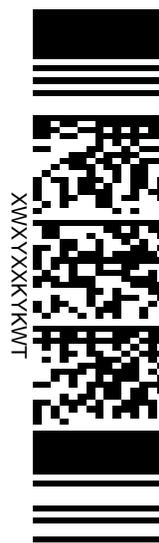
Peticiona concretamente tener por interpuesto recurso por la causal esgrimida, acogerlo y anular la sentencia impugnada y dictar, sin nueva audiencia, separadamente, sentencia de reemplazo declarando que en definitiva se condena a su representado como autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas a la pena de cinco años y un día



de presidió mayor en su grado mínimo, más accesorias legales correspondientes.

Segundo: Que, al alegar en estrados, contra el recurso, el abogado del ministerio público, señor Claudio Beratto, solicita el rechazo de este, por cuanto no es efectivo que la sentencia este afectada por la causal de nulidad invocada por la defensa. En efecto no existe la errada interpretación de la norma contenida en el artículo 104 del Código Penal, la que, como claramente se explica en el Considerando Decimocuarto de la sentencia impugnada, dispone que las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15:16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes después de 10 años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho ni después de cinco, en los casos de simples delitos y sabido es que, conforme lo dispone el artículo 3° del Código Punitivo, los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les esté asignada en la escala general del artículo 20:01. En dicha escala se consigna que son penas de crímenes las de presidió mayor. El delito por el cual fue condenado el año 2013 el defendido de la abogada recurrente, tráfico de drogas, tiene asignada pena de crimen, presidió mayor en su grado mínimo a presidió mayor en su grado medio. Por ende el plazo de prescripción de la circunstancia agravante específica es de 10 años, y así lo entendió y explicó, citando y haciendo suyo, fallo de la Corte Suprema el tribunal oral en lo penal de Temuco. La jurisprudencia citada por la defensa se refiere a la prescripción de la pena, la que si efectivamente como se lee en el artículo 97 del Estatuto Punitivo, debe entenderse a la pena en concreto aplicada a un condenado.

Con relación a la sustancialidad que debe tener el vicio para invalidar la sentencia, esta no concurre a un en el evento de considerar existente dicho vicio, que niega, por cuanto al quedar el acusado con sólo una atenuante y sin agravante según dispone el artículo 68 del



Código Penal, el tribunal sólo estaba impedido de aplicar el máximo, y no lo hizo ya que fue condenado a siete años, es decir al mínimo de la pena. No existiendo entonces sustancialidad, en el evento de considerar concurrente el vicio, la causal de nulidad igualmente debe ser rechazada.

Tercero: Que el tribunal Oral en lo Penal de Temuco, se refirió a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en el CONSIDERANDO DÉCIMOCUARTO de la sentencia en los siguientes términos: *“Que, este Tribunal estima que, conforme a las circunstancias de hecho apreciadas en la audiencia, beneficia a Abarca Barriga la minorante de haber colaborado sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos, pues confesó directamente ante estos sentenciadores su participación en el delito, aportando datos concretos de la identidad que quién le encargó el transporte de la droga, como la modalidad de transporte de droga, lo que constituyó una contribución efectiva al esfuerzo probatorio del fiscal y lo liberó significativamente del alea asociado a la rendición de la prueba en juicio. Además, impresionó a estos sentenciadores como verídica la explicación dada para no haber prestado declaración durante la etapa de investigación, sobre todo considerando la modalidad con que operan quienes se dedican a este tipo de ilícitos y disponen de los medios económicos para organizar estas operaciones y también, proveer de asesoría letrada a los que como Abarca Barriga son descubiertos cometiendo alguno de estos delitos, asesoría que tiene por objeto evitar que el imputado entregue a la Fiscalía mayores detalles que puedan comprometer penalmente a otros que hayan participado en los hechos, más que realmente intentar ayudar en términos procesales a quién ya ha sido identificado y formalizado en una investigación penal, mediante la búsqueda de la menor sanción penal posible.*

De otra parte, el Tribunal estima que sí concurre la agravante de reincidencia específica invocada por la Fiscalía, teniendo presente



para ello los antecedentes de hecho indicados por el persecutor, especialmente la fecha de comisión del ilícito contemplado en el artículo 3° de la Ley N° 20.000 que la configura y que corresponde al 17 de febrero de 2013. Para ello, estos sentenciadores hacen suyos los argumentos contenidos en el fallo de la Excma. Corte Suprema de fecha 16 de agosto de 2021, dictado en causa Rol 31.209-2021 de ese Tribunal, que rechazando un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un condenado respecto del que se reconoció la misma agravante en comento, y a propósito de idéntica alegación a la que en esta causa se ha hecho, establece esa sentencia en lo pertinente que “... el artículo 104 del Código Penal, para regular el tiempo durante el cual será aplicable la agravante de reincidencia, atiende no a la pena concreta aplicada en su momento por aquella infracción anterior, sino al delito mismo de que se tratare. Los delitos, ya se sabe, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas de acuerdo a su penalidad, pero se dividen así de acuerdo a la penalidad abstracta que tengan asignada en el Código o Ley de que se trate, conforme lo dice en forma expresa el artículo 3° del Estatuto en examen (“según la pena que les está asignada en la escala general del art. 21”), y no según la pena que resulte finalmente aplicada, una vez utilizadas todas las reglas de determinación concreta, en cada caso.

Que, por consiguiente y siguiendo aquel artículo 3°, un homicidio es un crimen, y un hurto es un simple delito, aunque al autor del primero, por las particulares reglas de determinación de la pena del caso de que se trate, le corresponda finalmente una pena inferior al presidio mayor en su grado mínimo, y aunque al autor del hurto, por la cuantía de éste y por alguna de las circunstancias del artículo 447 del Catálogo, se le termine imponiendo una pena superior a presidio menor en su grado máximo.

Que, siendo así, basta atender al tenor literal del artículo 104 del Código Penal, perfectamente acorde con su espíritu, por lo demás,



para comprender que llevan la razón los falladores de instancia, puesto que dicha norma señala que la reincidencia no se tomará en cuenta “tratándose de crímenes”, después de diez años. No dice “tratándose de la imposición anterior de penas de crímenes” sino, “tratándose de crímenes”; es decir, atiende a la naturaleza penal del hecho, y ello está necesariamente conforme a su pena asignada en forma abstracta, por mandato del ya citado artículo 3º.

Cuarto: Que esta Corte comparte lo razonado por el tribunal de la instancia en orden a que la recta interpretación del artículo 104 del Código Penal, apoyado en doctrina asentada por la Corte Suprema, es la que indica que éste, para regular el tiempo durante el cual será aplicable la agravante de reincidencia, atiende no a la pena concreta aplicada en su momento por el ilícito anterior, sino al delito mismo de que se tratare. Los delitos, y lo sabemos, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas de acuerdo a su penalidad, pero se dividen así de acuerdo a la penalidad abstracta que tengan asignada en el Código o Ley de que se trate, conforme lo dice en forma expresa el artículo 3º del Código Punitivo, según la pena que les está asignada en la escala general del art. 21, y no según la pena que resulte finalmente aplicada, una vez utilizadas todas las reglas de determinación concreta, en cada caso.

Se comparte, asimismo, lo razonado por el Tribunal Oral en lo Penal y el Ministerio Público en que, siguiendo el artículo 3º, un homicidio es un crimen, y un hurto es un simple delito, aunque al autor del primero, por las particulares reglas de determinación de la pena del caso de que se trate, le corresponda finalmente una pena inferior al presidio mayor en su grado mínimo, y aunque al autor del hurto, por la cuantía de éste y por alguna de las circunstancias del artículo 447 del Estatuto Penal, se le termine imponiendo una pena superior a presidio menor en su grado máximo.



Quinto: Que, así entonces, estima esta Corte que no existe errada interpretación del citado artículo 104 del Código Penal, y por ende, no se configura una errónea aplicación del derecho, y no concurre la causal de invalidación del fallo invocada por la defensa.

Sexto: Que, por otro lado, tal como sostuvo el ministerio público al alegar en estrados, aún en el evento de estimarse concurrente el vicio alegado por la defensa, y que no correspondiera aplicar al acusado la circunstancia agravante de responsabilidad penal de reincidencia específica, no existe influencia sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto al quedar el encartado con sólo una atenuante reconocida y sin agravante según dispone el artículo 68 del Código Penal, el tribunal sólo estaba impedido de aplicar el máximo, y no lo hizo, dado que fue condenado el acusado a siete años, de presidio mayor en su grado mínimo, es decir cumpliendo el mandato legal, no aplicó el máximo.

Séptimo: Que, por lo razonado, se rechazará el recurso de nulidad interpuesto por la defensa.

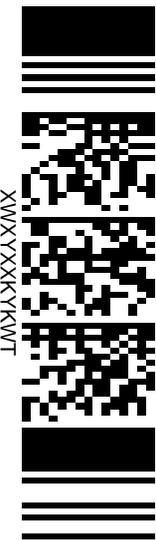
Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373, y 385 del Código Procesal Penal y demás normas legales pertinentes, **SE RECHAZA EL RECURSO DE NULIDAD** deducido por doña Verónica Aliaga Navarro, Abogada, Defensora Penal Pública, en representación del condenado don Cristóbal Manuel Abarca Barriga en contra de la sentencia de 10 de junio de 2022, dictada en causa RIT: 107-2021; RUC: 2100491316-4, dictada por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, señora Cecilia Subiabre Tapia, presidenta de sala, don Jorge González Salazar y Roberto Enrique Herrera Olivos, la que, en consecuencia, no es nula.

Regístrese, notifíquese y agréguese a la carpeta digital.

Redactada por don Carlos Gutiérrez Zavala, ministro titular.



NºPenal-527-2022. (sac)



XXXXXXXXXX

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco integrada por el Ministro Carlos Gutiérrez Z., Fiscal Judicial Juan Bladimiro Santana S. y Abogado Integrante Roberto Antonio Fuentes F., se previene que el Ministro Sr. Gutiérrez no firma, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse ausente. Temuco, nueve de agosto de dos mil veintidós.

En Temuco, a nueve de agosto de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>