

## 7. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

### PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO

MARCO RÍGIDO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE LOS DELITOS DE LA LEY SOBRE CONTROL DE ARMAS. COMISIÓN DEL DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DEL ARMA DE FUEGO. PROSCRIPCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CONCURSO IDEAL Y CONCURSO APARENTE DE LEYES TRATÁNDOSE DE LOS DELITOS DE LA LEY SOBRE CONTROL DE ARMAS.

### HECHOS

*Se deduce recurso de nulidad contra sentencia condenatoria por el delito de robo con intimidación. Analizado lo expuesto, la Corte acoge el recurso.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *2890-2016, de 28 de octubre de 2016*

PARTES: *“Ministerio Público con Eusebio Rubio Torres”*

MINISTROS: *Sr. Miguel Vázquez Plaza, Sra. Elsa Barrientos Guerrero y Abogado Integrante Sra. Paola Herrera Fuenzalida*

### DOCTRINA

*El artículo 17 B inciso 2° de la Ley sobre Control de Armas señala que para sancionar los delitos de esta Ley, tanto cuando se sancione exclusivamente dicho ilícito, como cuando se haga en virtud de la aplicación de la norma de excepción del inciso 1°, que proscribire la relación concursal y dispone la sanción por separado del delito de porte ilegal de armas y, en la especie, del de robo con intimidación, el tribunal tendrá siempre marco rígido de determinación de pena para el delito contemplado en la Ley precitada. Otra interpretación no sólo importaría la afectación del principio de non bis in idem al proscribirse la aplicación de las normas sobre concurso ideal y aparente de leyes, sino, además, cambiaría las reglas de determinación de pena en ilícitos comunes regidos por las reglas de determinación generales del artículo 65 y siguientes del Código Penal, afectando además el principio de la proporcionalidad de las penas. En el caso de autos, se ha infringido la ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, ya que de haberse realizado una correcta aplicación del artículo 17 B de la Ley sobre Control de Armas haciéndola extensiva a ambos ilícitos, la pena*

en concreto a imponer al acusado se encontraría dentro del marco punitivo que parte del presidio mayor en su grado mínimo y no en el presidio menor en su grado máximo, como se resolvió en la sentencia. En consecuencia, corresponde acoger el recurso de nulidad y anular tanto el juicio oral como la sentencia (considerandos 3° a 6° de la sentencia de la nulidad)

Cita online: CL/JUR/7594/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 17 B del Decreto Supremo N° 400, de 1978, del Ministerio de Defensa Nacional.*

CORTE DE APELACIONES:

Santiago, veintiocho de octubre de dos mil dieciséis.

Visto:

En estos autos Rol I.C. N° 2890-2016, se han deducido sendos recursos de nulidad en contra de la sentencia de dieciséis de agosto pasado, pronunciada en los autos RIT O-107-2016 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, por medio de la cual se condena al acusado Eusebio Alejandro Rubio Torres en calidad de autor del delito de robo con intimidación en grado de tentado, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero, en relación a los artículos 432 y 439, todos del Código Penal, y de porte ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9° en relación al 2° letra b) de la ley N° 17.798, perpetrados el día 14 de agosto de 2015 en la comuna de la Lampa, a sufrir dos penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos mientras dure la condena, sin costas.

El día trece de octubre en curso se llevó a efecto la audiencia para conocer de los recursos, a la cual comparecieron

el Defensor Penal Privado, abogado don Claudio Salinas Irrarrázaval y la abogada del Ministerio Público doña Paula Falcón Cartes.

Oídos y considerando:

I. - Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público.

*Primero:* Que el Ministerio Público solicita se anule la sentencia y el juicio oral por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 17 B) de la Ley N° 17.798 de la Ley de Control de Armas, toda vez que en el pronunciamiento de la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. A juicio del Ministerio Público, el voto de mayoría ha errado en la aplicación del derecho, al estimar un marco rígido de determinación de la pena, consistente en no considerar lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal, no extendiéndola al delito de robo con intimidación de marras, por existir en ello una infracción al principio de *non bis in idem*, que además cambiaría las reglas generales de determinación de las penas del artículo 65 del mismo cuerpo legal.

*Segundo:* Que fundando el recurso expresa que la norma infringida artículo

17 B) de la Ley N° 17.798 de la Ley de Control de Armas, señala lo siguiente: “Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley N° 20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena”.

*Tercero:* Que, en consecuencia, lo que se dice en el inciso segundo del artículo 17 b) es que para sancionar los delitos de esta ley, por ejemplo, el porte ilegal de armas de fuego del artículo 9°; tanto cuando se sancione exclusivamente dicho ilícito, como cuando se haga en virtud de la aplicación de la norma de excepción del inciso primero, que proscribiera la relación concursal y dispone la sanción por separado del delito de porte ilegal de armas y, en este caso del de robo con intimidación, el tribunal tendrá siempre marco rígido de determinación de pena para el delito contemplado en la ley N° 17.798.

*Cuarto:* Que, tal como señala el Ministerio Público, otra interpretación no sólo importaría la afectación del principio de *non bis in idem* al prescribirse la aplicación de las normas sobre concurso ideal y aparente de leyes, sino que además, cambiaría las reglas de determinación de pena en ilícitos comunes regidos por las reglas de determinación generales del artículo 65 y siguientes, afectando además el principio de la proporcionalidad de las penas.

*Quinto:* Que, el error de aplicación del Derecho materia de esta impugnación influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que de haberse realizado una correcta aplicación del artículo 17 b) ley N° 17.798 haciéndola extensiva a ambos ilícitos, la pena en concreto a imponer al acusado se encontraría dentro del marco punitivo que parte del presidio mayor en su grado mínimo, y no en el presidio menor en su grado máximo como se resolvió en la sentencia, por la que se condenó respecto del robo con intimidación a una pena de 3 años y un día y no a la de presidio mayor en su grado mínimo que es la que corresponde.

*Sexto:* Que, en consecuencia, se deberá acoger el recurso de nulidad del Ministerio Público y se anulará tanto el juicio oral como la sentencia, a fin de que se realice un nuevo juicio por un Tribunal no inhabilitado para ello.

II. - Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa del imputado.

*Séptimo:* Que la defensa del imputado Rubio Torres sostiene que la sentencia se encuentra viciada por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código

Procesal Penal la que relaciona con el artículo 17 B) de la ley N° 17.798 de la Ley de Control de Armas, toda vez que en el pronunciamiento de la sentencia se hizo una errónea aplicación de la ley, y se condenó a su representado por el delito de porte ilegal de arma de fuego, debiendo haber sido absuelto. Por lo que pide que anule parcialmente la sentencia de fecha 16 de agosto del 2016 y absuelva al sentenciado por el delito de Porte Ilegal de Arma de Fuego y conceda al condenado la pena sustitutiva de Libertad Vigilada Intensiva por el Delito de Robo con Intimidación.

*Octavo:* Que el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal señala que “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”. Luego, si el recurso de nulidad se interpone por esta causal, los hechos fijados por los jueces del fondo son inamovibles para esta Corte.

*Noveno:* Que, el recurrente expresa que en la audiencia de preparación de juicio oral se presentó un perito determinado para que se pronunciara sobre el Informe Pericial Balístico emanado del Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile. Sin embargo, antes de iniciar la audiencia de Juicio Oral, el Ministerio Público incidentó con la finalidad de hacer presente que el perito ofrecido se encontraba imposibilitado de asistir al juicio y, que en aplicación del inciso final del artículo 329 del Código Procesal Penal, modi-

ficado por la ley N° 20.931, resultaba procedente el reemplazo del perito por otro profesional de la misma institución y con la misma especialidad.

Agrega que la defensa se opuso a la solicitud planteada por el Ministerio Público indicando que la utilización del nuevo artículo 329 del Código Procesal Penal no era aplicable en este caso, debido a que no resulta más favorable al reo.

Finalmente, el tribunal a quo resolvió que resultaba procedente la aplicación del inciso final del artículo 329 del Código Procesal Penal y, por tanto, permitió la declaración del nuevo perito balístico, prueba que finalmente resultó fundamental para condenar a su representado.

*Décimo:* Que, el hecho en que funda la infracción el recurrente no existe, toda vez que el tribunal del grado aplicó correctamente la norma del artículo 329 del Código Procesal Penal, por cuanto cambió un perito por otro, ambos con la misma experiencia, lo que no puede estimarse como un perjuicio para los derechos de su representado.

Lo anterior, porque la defensa estima que existe una vulneración al principio de irretroactividad de la ley penal, porque el tribunal a quo al resolver que era procedente la aplicación del inciso final del artículo 329 del Código Procesal Penal, permitió la declaración del nuevo perito balístico, que de no haberla aplicado, y al no existir el peritaje balístico su representado habría sido absuelto.

No obstante aquello, el artículo 329 del Código Procesal Penal modificado en su inciso final por la ley N° 20931, es una ley ordenatoria litis y, por tanto,

como expresa el artículo 24 de la Ley de Efecto Retroactivo de la Ley: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”. En consecuencia, tal aserto debe ser desestimado, por cuanto el tribunal al decidir incluir el perito que se cuestiona, lo ha hecho con arreglo a la ley.

*Decimoprimero:* Que, por otra parte, y a fin de resolver el recurso, cabe considerar lo que prescribe el artículo 372 del Código Procesal Penal, “El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley”. Luego, el artículo 373, que trata de las “causales del recurso”, establece que “Procederá la declaración del juicio oral y la sentencia:...b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

*Decimosegundo:* Que, resulta pertinente en el presente caso añadir que el artículo 378 del Código de la especialidad estatuye que “En el escrito en que se interpusiere el recurso de nulidad se consignarán los fundamentos del mismo y las peticiones concretas que se sometieren al fallo del tribunal”.

*Decimotercero:* Que, expresado lo anterior, corresponde ahora afirmar categóricamente que el recurso de nulidad de que se trata no cumple con requisitos mínimos de formalidad, desde que sus planteamientos son confusos,

contradictorios y desde luego, erróneamente formulados, y por último, el petitorio es también inadecuado, ya que sólo se pide anular parcialmente la sentencia.

*Decimocuarto:* Que, en definitiva, el recurso resulta insuficiente, y no hace falta ningún otro análisis para desestimarlo, salvo consignar que los reproches que le formula a la sentencia impugnada no tienen base ni fundamento, pues el fallo sí está adecuadamente expedido, cumpliendo con el estándar que para dicha clase de actuación requiere el Código Procesal Penal, según quedó previamente explicado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 376 inciso segundo, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se declara que:

1.- Se acoge el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público y, consecuentemente, se invalida la sentencia de dieciséis de agosto de dos mil dieciséis del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, dictada por las magistrados Gloria Calvo Godoy, Carolina Baroncini Gálvez y Katherine Román Delfabbro, y del juicio oral a fin de que se realice un nuevo juicio por un Tribunal no inhabilitado para ello.

2.- Se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal privado don Claudio Salinas Irrarázaval en representación de Eusebio Alejandro Rubio Torres.

Regístrese y comuníquese.

Redactó la Abogada Integrante Sra. Paola Herrera Fuenzalida.

Pronunciada por la Quinta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santia-

go, presidida por el Ministro señor Miguel Vázquez Plaza e integrada, además, por la Ministro señora Elsa Barrientos Guerrero y por la Abogado Integrante señora Paola Herrera Fuenzalida. Rol Corte N° 2890-2016 (RPP).

COMENTARIO AL FALLO ROL 2890-2016 DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE  
 APELACIONES DE SANTIAGO SOBRE EL ROBO CON INTIMIDACIÓN TENTADO CON  
 EMPLEO DE ARMAS SEÑALADAS EN ARTÍCULO 17 LETRA B) INCISO PRIMERO DE LA  
 LEY N° 17.798

ALEJANDRO GARCÍA CUBILLOS  
*Universidad Adolfo Ibáñez*

El fallo que merece ahora nuestra atención tiene una arista del todo relevante no sólo por el caso particular, sino también por la configuración que ha adquirido nuestro ordenamiento jurídico punitivo en algunas áreas específicas de la llamada parte especial, tanto de política criminal como de técnica legislativa. Por motivos de extensión principalmente sobre estas últimas realizaré algunas consideraciones, sin perjuicio de señalar las cuestiones centrales de la sentencia.

El recurso de nulidad objeto de conocimiento, en lo acogido por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, trata sobre una interposición del Ministerio Público para anular la sentencia y juicio oral seguido en contra de E.A.R.T. En dicho pronunciamiento se le impusieron dos penas de tres años y un día, de presidio menor en su grado máximo, por los delitos de robo con intimidación en grado de tentado, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal y el delito de posesión o tenencia de armas, previsto y sancionado en el artículo 9°, inciso primero, de la ley N° 17.798, ya que en la sentencia el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina habría infringido lo dispuesto en el artículo 17 letra B) inciso segundo de esta última ley, en tanto no extendió las reglas de determinación de pena, aquí reguladas, al delito de robo con intimidación.

En concreto, el Ministerio Público alegó que de aplicarse correctamente el artículo 17 letra B) de la ley en comento no se habría podido rebajar la pena señalada en el artículo 436 del Código Penal, la cual es de presidio mayor en su grados mínimo a máximo, toda vez que dicha regla, que hace inaplicables los artículos 65 a 69 del Código Penal, no es solamente atingente a los delitos previstos en la Ley sobre Control de Armas, sino también a los delitos que con ocasión del empleo de armas se cometan, específicamente, de las armas señaladas en el inciso primero del artículo 17 letra B).

El primer punto a rescatar del fallo es que los hechos corresponden a agosto de 2015, fecha en la cual ya se encontraba vigente el artículo 17 letra B), por mo-

tivo de la ley N° 20.813 de febrero del mismo año, pero no se encontraba vigente el artículo 449 del Código Penal, el cual fue resultado de la Ley N° 20.931 sobre la “aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos” de julio de 2016.

La mención de este último artículo no es por ser atingente al fallo, de hecho, desde ya se debe aclarar que acá no está en discusión la aplicación intertemporal de la ley penal. Sino porque el artículo 17 letra B) puede ser visto como un germen de una aplicación más generalizada, tomada por el artículo 449, de aquella restricción a la aplicación de normas sobre determinación de pena contenidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal chileno, las cuales versan sobre la disminución y aumento en grados de los marcos punitivos. Lo que sí se debe destacar es que si los hechos materia de este recurso fuesen actuales esta ley sí sería aplicable (el artículo 449 del Código Penal).

Este primer punto nos lleva al segundo. El cual da cuenta sobre lo peculiar que pueden resultar nuestras normas punitivas actuales en ciertos supuestos, a saber, hechos constitutivos de tentativa de robo con intimidación empleando alguna de las armas enumeradas en el artículo 17 letra B) inciso primero de la ley N° 17.798.

Aun tratándose de una tentativa la pena a imponer es la del delito consumado en virtud del artículo 450 del Código Penal, excepción del artículo 52 del mismo Código; además, como se trata de un arma de las descritas en la referida ley, se suma el delito del artículo 9° de dicho cuerpo normativo; se añade a esto que como se trata de uno de los delitos de la Ley de Control de Armas se aplica la primera excepción, que es la aplicación expresa del artículo 74 del Código Penal, en desmedro de lo señalado en el artículo 75 del mismo Código; a lo cual se adiciona que no se puede escapar del marco punitivo señalado en la norma de sanción, ni del delito de tenencia o posesión ni del delito de robo con intimidación.

Con todo, ahora en el caso particular, un primer argumento de una eventual defensa puede ser que la sola presencia de un arma no es relevante, sino cuando exista una conexión específica entre ésta y el delito, lo cual está dado por el término “cometan empleando” o “cometa un delito o cuasidelito empleando” utilizados en el artículo 17 letra B) de la Ley de Control de Armas. Ya que se podría entender que el “empleo” del arma sólo acaece cuando efectivamente el arma ha sido utilizada y no cuando en su tenencia no ha sido empleada por encontrarse el delito en una fase imperfecta de ejecución. Por tanto, si se entiende que el arma no se “empleó”, no podría ser aplicable la norma, ya que pareciese penalizarse, si así fuese, en doble medida un porte o tenencia de armas. Sin embargo, esta interpretación sólo sería viable en sus resultados al día de hoy en aquellos delitos en que con empleo de armas no sea aplicable igualmente el artículo 449 del Código Penal, por ejemplo, en los delitos contra las personas.

Un segundo argumento que rápidamente se puede vislumbrar que se alegrará, es una eventual infracción o vulneración de garantías o normas constitucionales,

cuando se trate de delitos en que efectivamente no se haya empleado armas, a pesar que para el delito sea relevante la presencia de un arma. Sin embargo, esta pareciese ser una cuestión que escapa a la discusión constitucional.

Lo anterior muestra fehacientemente lo complicado e intrincado que pueden resultar normas específicas excepcionales sobre determinación de pena que intentan vincular tipos penales disimiles que no presentan estructuras conmensurables, toda vez que las normas de concursos y determinación son establecidas, finalmente, en el caso particular. A pesar de lo anterior, revisados los hechos de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, no es aplicable lo que eventualmente se podría sostener.