

3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO

IMPROCEDENCIA DE APLICAR LOS ARTÍCULOS 65 A 69 DEL CÓDIGO PENAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DEL PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO. IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA REGLA SOBRE REBAJA DE LA PENA POR LA CONCURRENCIA DE UNA ATENUANTE MUY CALIFICADA.

HECHOS

Se deduce recurso de nulidad penal contra sentencia condenatoria por el delito de porte ilegal de arma de fuego. Analizado lo expuesto, la Corte acoge el recurso.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Iquique*

ROL: *233-2015, 20 de octubre 2015*

PARTES: *Ministerio Público con Manuel Plaza San Francisco*

MINISTROS: *Sr. Erico Gatica M., Sr. Pedro Güiza G. y Fiscal Judicial Andrés Provoste V.*

DOCTRINA

- 1. El artículo 17 B de la Ley sobre Control de Armas, incorporado por la ley N° 20.813, establece que para determinar la pena, entre otros, en el delito de porte ilegal de arma de fuego, no se tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, se determinará la cuantía dentro de los límites de la pena señalada por la ley al injusto, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, agregando la norma que el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al ilícito, salvo las excepciones que expresamente indica. En consecuencia, al rebajar la pena el tribunal aplicando lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, relativo a la rebaja de la pena por la concurrencia de una atenuante muy calificada, ha incurrido en una errónea aplicación del derecho, toda vez que aplicó una pena inferior a la legalmente establecida para la figura en análisis. (Considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones)*

Cita online: CL/JUR/6315/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 68 bis del Código Penal; 9º, 17 B del D.S. N° 400 (13/04/1978; Ministerio de Defensa Nacional; Fija texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N° 17798 sobre Control de Armas); 1º N° 21 de la ley N° 20.813.*

LAS REGLAS ESPECIALES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA
ANTE LA CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA
RESPONSABILIDAD EN LA LEY DE CONTROL DE ARMAS

GUILLERMO SILVA OLIVARES
Universidad de Chile

La sentencia Rol N° 233-2015 dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique el 20 de octubre de 2015 acoge un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público contra una sentencia condenatoria que impone al condenado una pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, en calidad de autor directo del delito de porte ilegal de arma de fuego convencional, establecida en el artículo 9º (en relación al artículo 2º letra b) de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas. La razón principal que sostiene la impugnación es que la sentencia recurrida no tomó en cuenta las (nuevas) reglas específicas de determinación de la pena que establece el artículo 17 B de dicha ley –respecto de los delitos ahí sancionados– luego de la modificación que a ella fuera efectuada por la ley N° 20.813, no obstante los hechos objeto del juicio tuvieron lugar con posterioridad (de dos días) a su entrada en vigencia.

La modificación legislativa introducida el pasado año 2015 establece a este respecto, para la mayoría de los delitos previstos en la ley N° 17.798, la inaplicabilidad de las reglas generales u ordinarias de determinación legal de la pena contenidas entre los artículos 65 a 68 del Código Penal, relativas a la alteración y concreción del marco penal abstracto por la concurrencia de una o varias circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Ahora se le entrega al juez la potestad de individualizar la pena dentro de todo el marco penal señalado “en abstracto” por la norma de sanción, haciendo uso de los mismos criterios generales de individualización que contempla el artículo 69 del Código Penal: el número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Con excepción de las rebajas que resultan de la aplicación de la concurrencia de atenuantes de efectos extraordinarios (como la atenuante por eximente incompleta del art. 73 o la media prescripción del art. 103), el artículo 17

B de la ley N° 17.798 impide la alteración del marco penal a este respecto, obligando al juez a determinar la pena siempre dentro del rango de penalidad señalado por la norma de sanción⁵. De esta forma, la determinación de la pena a ser impuesta sobre el condenado parecería dejar de ser el resultado de un “cálculo regido por normas legales obligatorias”⁶ en lo que a concurrencia de circunstancias modificatorias genéricas de la responsabilidad penal se refiere, dándose paso inmediato al nivel de la individualización judicial. Pero, como expondré más adelante, esta es una asunción que, asumida sin más, resulta algo ingenua.

La Corte de Apelaciones de Iquique acierta en acoger el recurso de nulidad. La sentencia impugnada da por acreditada la realización punible del delito de porte ilegal de arma de fuego convencional, así como la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, la que tiene por muy calificada. El marco penal que contempla el artículo 9° de la ley N° 17.798 para el hecho punible descrito es de presidio menor en su grado máximo. El Tribunal hace uso de la regla del artículo 68 bis del Código Penal y rebaja la pena a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio (es decir, altera el marco penal “hacia abajo” en un grado, e impone la pena en la parte inferior del grado resultante por efecto de la atenuante muy calificada). Esta operación ya no resulta admisible en atención a la regla especial de determinación de la pena del artículo 17 B inciso segundo de la Ley de Control de Armas: el Tribunal ya no puede efectuar alteración alguna del marco penal señalado por la norma de sanción, y en este caso, que se trata de una pena de sólo un grado de una pena divisible, al Tribunal sólo le queda la labor de individualización dentro de ese grado. Por cierto, esto no vuelve irrelevante la constatación y valoración (o asignación de peso específico) de circunstancias

⁵ Por otro lado, el mencionado artículo zanja la cuestión concursal que aparece cuando, luego de haberse satisfecho el tipo de porte ilegal de arma de fuego, se comete un delito posterior utilizando esa misma arma, por ejemplo para dar muerte a la víctima de un delito de homicidio, o para intimidar a la víctima de un delito de violación. Una importante línea jurisprudencial reconocía en estos casos la existencia de un concurso aparente (para otra línea se trataba de un concurso medial) entre el delito de porte ilegal de arma y el delito posteriormente cometido, que se resolvía en la gran mayoría de los casos a favor de este último (el porte de arma se consideraba “inherente” a la comisión del segundo delito). El inciso primero del artículo 17 B de la ley N° 17.798 ordena interpretar el eventual concurso de delitos al modo de un concurso real o “material”, cuyas consecuencias son reguladas por el artículo 74 del Código Penal. En este sentido, el legislador parece adoptar una solución que identifica el porte ilegal de arma de fuego como un delito de peligro abstracto, cuyo desvalor no puede quedar absorbido por el desvalor de los (eventuales) delitos que se cometan con esa arma. Esto se ve reafirmado con la derogación de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 450 del Código Penal, efectuada por la ley N° 20.893, donde se establecía una agravante especial para los delitos de hurto y robo que elevaba la pena en un grado (alterando el marco penal “hacia arriba”) por el porte y/o uso de arma de fuego. Esta medida evita una desproporción crasa que hubiera llevado al desuso de esta agravante.

⁶ NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, tomo II, 3ª Ed. (Santiago, 2005), p. 353.

atenuantes y agravantes. Si el Tribunal reconoce previamente la concurrencia de una atenuante muy calificada resultaría sensato imponer una pena en este caso en el límite mínimo del grado máximo del presidio menor, es decir, una pena de tres años y un día. Nada obsta a que en el ámbito de discreción que le corresponde al juez al momento de la individualización, se vuelvan a utilizar los criterios o principios sistemáticos de determinación de la pena que admiten ser extraídos de las mismas reglas de determinación legal, como por ejemplo lo es el mayor peso e incidencia de las circunstancias atenuantes por sobre las agravantes. A favor de ello habla que es la misma ley la que indica volver a tomar en cuenta la concurrencia y “entidad” de las circunstancias modificatorias, ahora en el contexto de la individualización (judicial) de la pena. La labor de individualización cae dentro de una potestad discrecional, mas no arbitraria, del juez; potestad que debiese operar dentro de los límites impuestos por los principios que se dejan extraer del sistema de determinación legal de la pena.

Para finalizar, es interesante poner énfasis en una importante consecuencia que tendrá la imposición de una nueva pena, que *ceteris paribus* no podrá ser inferior a presidio menor en su grado máximo, respecto de la impuesta por el Tribunal que dictó la sentencia impugnada (presidio menor en su grado medio). La obvia consecuencia es que el condenado no podrá optar por la gran mayoría de las penas sustitutivas a la pena privativa de libertad que contempla el catálogo de la ley N° 18.216, o a la suspensión condicional del procedimiento. Éste es evidentemente el fin que busca el artículo 17 B, que ancla, en materia de las reglas que regulan los efectos de la concurrencia de circunstancias modificatorias genéricas, la determinación de la sanción a imponer a un mínimo de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo. Ello es muestra de una marcada ideología punitiva del legislador de los últimos años, como ya se hizo manifiesto en la incorporación del artículo 196 bis en la Ley de Tránsito (D.F.L. N° 1, de 27 de diciembre de 2007 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito) por la ley N° 20.770 de 16 de septiembre de 2014. De este modo, si bien aquí la determinación de la pena deja de ser el resultado de un “cálculo regido por normas legales obligatorias” en el limitado sentido antes expuesto, ello mismo es fruto de un cálculo muy bien pensado por el legislador. Con todo, la discusión sobre el encuadre de estas medidas legislativas en un paradigma de utilización del derecho penal como herramienta de una política populista, o bajo una ideología punitiva represiva (cabe agregar, transversal a casi todos los sectores políticos del país), así como la revisión de si resulta desproporcionado o no semejante grado de penalidad para un delito (de peligro abstracto) como el porte ilegal de arma,⁷ exceden los límites de este comentario.

⁷ Nótese que la penalidad asignada a la comisión de este delito es equivalente a la asignada a la realización en autoría directa de una tentativa de homicidio.

CORTE DE APELACIONES

Iquique, veinte de octubre de dos mil quince.

Visto y oído:

En los autos RUC 1510004571-8, RIT O 233-2015, el Fiscal Regional Sr. Raúl Arancibia Cerda (s), recurre de nulidad en contra de la sentencia dictada el primero de septiembre pasado, por una sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, compuesta por los jueces srs. Franco Repetto Contreras, Felipe Ortíz de Zárate Fernández y Juan Ibacache Cifuentes, que condena a Manuel Alejandro Plaza San Francisco, como autor de un delito de porte ilegal de arma de fuego a una pena inferior a la establecida en la ley.

Teniendo presente:

Primero: El recurrente sostiene su impugnación en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, una errónea aplicación del derecho en la sentencia que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de ella, en relación a lo dispuesto en el artículo 17 letra B) de la ley N° 17.798.

Explica que el Ministerio Público acusó a Plaza San Francisco por el delito de porte ilegal de arma de fuego convencional, el que se encuentra descrito y sancionado en el artículo 11, en relación al artículo 2° de la Ley de Control de Armas, agregando que al no concurrir circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, solicitó una pena corporal de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

El Tribunal, al establecer el hecho punible en el motivo octavo del fallo

examinado, encuadró los hechos en el referido ilícito, aludiendo a los artículos 9° y 2° de la ley N° 17.798, para luego en el motivo décimo reconocer al enjuiciado la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 6 del Código del ramo, estimándola muy calificada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 bis del mismo cuerpo legal, aplicando en definitiva, en los motivos undécimo y décimo cuarto, una sanción de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio.

Agrega que con fecha 6 de febrero de 2015, esto es, dos días antes de la perpetración del ilícito, se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.813, que modifica la ley N° 17.798, sobre control de armas, introduciendo un nuevo artículo 17 B), que en su inciso segundo, señala que en los casos de los delitos previstos y sancionados 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 primero, el tribunal no considerará las reglas contenidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará la 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 causado por el injusto.

En consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto expresamente por la ley, el Tribunal no pudo imponer una pena menor a la señalada por ella al delito, pues al condenar al enjuiciado como autor de un delito de porte ilegal de

arma de fuego convencional, conforme al artículo 9° de la ley N° 17.798, debía aplicar lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 17 letra B) del citado cuerpo legal y en virtud de ello, imponer una pena de presidio menor en su grado máximo, sin posibilidad de bajar de dicho grado.

Afirma que lo resuelto influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, porque de aplicarse correctamente la normativa aludida, los jueces debieron sancionar al encausado con una pena no inferior a 3 años y un día de presidio menor en grado máximo.

Finaliza pidiendo se acoja el presente recurso, se invalide la sentencia y el juicio y se ordene la realización de uno nuevo por un Tribunal no inhabilitado

Segundo: En la audiencia de vista del recurso compareció también la Defensa que sostuvo, en síntesis, que existe un vicio irreparable en la fundamentación del libelo y en lo peticionado por el Ministerio Público. Ello, por cuanto si bien el recurso alude a la causal del artículo 373 letra B) del Código Procesal Penal, en relación al nuevo artículo 17 letra B) de la ley N° 17.798, el acusador expone sus argumentos haciendo referencia al artículo 11 de este último cuerpo legal, en circunstancias que dicha norma no fue modificada por el nuevo artículo 17 letra B) también citado, agregando que además el Persecutor yerra en lo peticionado al discurrir, finalmente, sobre la base del artículo 9° de la ley N° 17.798, norma que sí encuadra en la modificación del aludido artículo 17 letra b), pero cuyo contenido es diverso

al ya citado en el cuerpo del recurso. Solicita, en definitiva se rechace el presente recurso a la luz de lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal.

Haciendo uso de su derecho a réplica, el Ministerio Público afirmó que en su oportunidad acusó erradamente por el artículo 11 de la ley N° 17.798, pues en realidad los hechos encuadraban en la hipótesis del artículo 9° de la referida ley, lo que entiende se corrigió en la audiencia de juicio, pues el propio Tribunal condenó de conformidad a la última norma, ya que en caso contrario habría absuelto fundado precisamente en la incongruencia citada.

La Defensa, a su vez, insistió en su posición.

Tercero: Que la impugnación del recurrente consiste, en síntesis, en el error en que incurre el Tribunal al no aplicar las normas reguladoras de la pena respecto del delito de porte ilegal de arma de fuego, a la luz de la modificación introducida por la ley N° 20.813, de 6 de febrero de 2015, arribando de este modo a una solución sancionatoria contraria a derecho.

Cuarto: Que tras un detenido examen de los motivos octavo al undécimo del fallo impugnado, resulta posible observar que efectivamente los Juzgadores de primer grado incurrieron en el error aludido, configurándose la causal de nulidad alegada por el Ministerio Público.

Quinto: En efecto, en el motivo octavo el Tribunal tuvo por establecido que "...el 8 de febrero de 2015, aproximadamente las 5:40 horas, Manuel Alejandro

Plaza San Francisco fue sorprendido por personal de Carabineros en la vía pública, específicamente en calle Santa Rosa de Huara a la altura del 4046, de la comuna de Alto Hospicio, cuando mantenía en su poder un arma de fuego tipo revólver calibre 22 corto, marca Italo Gra de industria argentina, serie 4338 G, apta para el disparo, respecto del cual carecía de autorización para su porte o tenencia...”, hechos que calificó como un delito de porte ilegal de arma de fuego, descrito y sancionado en los artículos 9° y 2° de la ley N° 17.798, agregando que en éstos correspondió al enjuiciado “...una autoría directa e inmediata de conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal...”.

Luego, en los motivos noveno y décimo expone y resuelve las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, acogiendo la atenuante del artículo 11 N° 6 del código del ramo como muy calificada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 bis del mismo cuerpo legal, procediendo en el motivo undécimo a rebajar la sanción establecida en el artículo 9° de la ley N° 17.798 en un grado al mínimo, esto es, desde el presidio menor en su grado máximo al presidio menor en su grado medio, condenando a Plaza San Francisco, en definitiva, a una pena corporal de quinientos cuarenta y un días, más las accesorias legales del caso, sin costas.

Sexto: De este modo, al rebajar el Tribunal la pena en el sentido antedicho, infringió lo dispuesto en el artículo 17 B) de la ley N° 17.798, incorporado por la ley N° 20.813, publicada en el Diario Oficial el 6 de febrero de 2015, que en

su inciso segundo señala que para determinar la pena en el delito señalado en el motivo anterior, entre otros casos, no se tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, se determinará la cuantía dentro de los límites de la pena señalada por la ley al injusto, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, agregando la norma que el Tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al ilícito, salvo las excepciones que expresamente indica, donde no se incluye el caso de la especie.

Así las cosas, existiendo un claro error en la aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que el Tribunal aplicó una pena inferior a la legalmente establecida para la figura en análisis, de conformidad a la modificación legal vigente a la fecha de los hechos, se acogerá el presente recurso de nulidad.

Séptimo: Se rechazará, en consecuencia, la pretensión de la defensa por infundada, toda vez que de un atento análisis del presente recurso de nulidad fluye que la invocación del artículo 11 de la ley N° 17.798, responde únicamente al relato que el acusador hace del modo en que presentó la acusación en esta causa, para luego citar el artículo 9° del mismo cuerpo legal, que es aquél que en definitiva recogió el fallo de primer grado, que no fue cuestionado por la Defensa, para condenar a su representado, lo que en definitiva no vulnera derecho alguno de ésta ni torna contradictorio

lo expuesto ni lo solicitado por el recurrente.

Por estas consideraciones, y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 360, 372 y siguientes del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, representado por el Fiscal Regional Sr. Raúl Arancibia Cerda (s), en contra de la sentencia de primero de septiembre último, dictada en los autos RUC 1510004571-8, RIT O-233-2015, invalidándose también el juicio en que incide, debiendo realizarse uno nuevo

por el Tribunal no inhabilitado que corresponda.

Regístrese, y comuníquese a los intervinientes, sin perjuicio de su incorporación al sistema, devolviéndose a través del mismo sistema informático.

Redacción del Fiscal Judicial Subrogante Sr. Andrés Provoste Valenzuela.

Pronunciada por los Ministros Sr. Erico Gatica Muñoz, Sr. Pedro Gúiza Gutiérrez y Fiscal Judicial Subrogante Sr. Andrés Provoste Valenzuela.

Rol IC. 233-2015 Reforma Procesal Penal.