

Santiago, veintitrés de septiembre dos mil veintidós.

**VISTOS:**

Por sentencia de veintinueve de agosto del año pasado, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, condenó a Fidel Alejandro Arriagada Vidal, a las penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito consumado de porte ilegal de arma de fuego artesanal, tipificado en los artículos 2 -sic- y 14, y como autor del delito consumado de porte ilegal de municiones, tipificado en los artículos 2 y 9; todos de la Ley 17.798 sobre control de armas y explosivos, perpetrados el día 21 de septiembre de 2020, en la comuna de Carahue. Se le sanciona además con las penas accesorias de los artículos 29 y 30 del Código Penal y se dispone el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad impuestas, reconociéndole los abonos que indica.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de veinticuatro de agosto pasado, en la cual los intervinientes formularon sus alegaciones, convocándoseles a la lectura de la sentencia para el día de hoy, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el arbitrio deducido por la defensa de Fidel Alejandro Arriagada Vidal, se asila en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, “cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.



Por ella denuncia infringidos el artículo 19 N° 3, inciso quinto, y N° 7, todos de la Constitución Política del Estado, en relación a lo preceptuado en los artículos 85 y 83 del Código Procesal Penal, por haberse vulnerado las garantías del debido proceso y libertad ambulatoria del acusado.

Esgrime que en el procedimiento policial que culminó con la detención de su representado, se transgredieron las garantías constitucionales mencionadas, toda vez que al momento de ser sujeto a un control de identidad, lo fue con ausencia del necesario “indicio habilitante” al que se refiere el Código Procesal Penal. Afirma que los funcionarios policiales practicaron la diligencia luego de observar que el acusado junto con un tercero manipulaban un portón de acceso en un recinto cerrado al público, lo que constituye una apreciación subjetiva insuficiente y carente de un correlato fáctico, pues los policías -según se colige de sus propios dichos prestados en el juicio oral- no realizaron ninguna diligencia investigativa para corroborar que los imputados intentaban forzar el portón de entrada del hospital.

Por todo ello concluye que aquella diligencia, así como la incautación de la evidencia constituyen prueba ilícita derivada de la actuación ilegal de la policía, por lo que dada la trascendencia que estas infracciones han tenido en la especie, solicita la nulidad del juicio y de la sentencia, disponiéndose la exclusión de la prueba que detalla y que se remitan los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que disponga la realización de un nuevo juicio oral, excluyéndose del auto de apertura la evidencia que indica.

**SEGUNDO:** Que, como causal subsidiaria, el recurrente hizo valer la prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, “*cuando, en*



*el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.*

Arguye que se hizo una errónea aplicación del derecho al condenar a su representado como un concurso real, por los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida y tenencia ilegal de municiones y no conforme a un concurso aparente de leyes penales, el cual se debe resolver conforme al principio de consunción y en consecuencia ser sancionado únicamente por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida. En virtud de lo anterior, esgrime, que se le impuso al acusado una pena mayor a la que en derecho le correspondía, al sancionarlo además con una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio.

Por ello, se infringen los artículos 74 y 75, ambos del Código Penal, en relación con los artículos 3 y 9 de la Ley de Control de Armas, pues en el presente caso la detención de un arma de fuego fue acompañada de municiones, cuyo calibre resulta funcional al arma. Indica que por lo anterior, se debe estimar como un concurso aparente que se resuelve en base al principio de consunción, pues el contenido de injusto del tipo de porte ilegal de arma de fuego ha tomado en consideración, de forma implícita, los actos copenados que de acuerdo a la fenomenología criminal normalmente acompañan su realización. Precisa que por el contrario, municiones no destinadas al arma de fuego constituirían un excedente de injusto y por ende, un concurso ideal de delitos.

Explica que la tenencia de un arma de fuego prohibida de manera ilegal y el porte ilegal de municiones, si bien pueden entenderse como acciones distintas, no pueden separarse, al verificarse en una unidad de acción o en un solo hecho



delictivo, por cuanto el imputado tenía el arma, y municiones cometidas en un mismo tiempo.

Termina solicitando que se acoja el recurso por esta causal, se anule la sentencia recurrida y se dicte una de reemplazo que, aplicando correctamente el derecho, imponga a su representado solo la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales, por su responsabilidad como autor del ilícito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida, previsto y sancionado en el artículo 3 en relación al artículo 14 de la Ley N° 17.798.

**TERCERO:** Que en lo que concierne a los hechos que sustentaron la acusación del Ministerio Público, la resolución reprobada tuvo por acreditado en su fundamento décimo que:

*“El día 21 de septiembre de 2020, en la intersección de las calles Alcalde Floody con calle Santa Agustina de la ciudad de Carahue, un sujeto identificado como Fidel Arriagada Vidal portaba en el interior de su mochila marca Nike, color negro, un armamento de fuego artesanal, compuesto de dos partes de metal cubiertas con huincha aisladora color café, la cual mantenía un cartucho calibre 16 marca Tec color azul sin percutar en su cañón, junto a otra arma de fabricación artesanal, compuesta de dos partes de metal cubiertas con una huincha aisladora de color negro, y 15 cartuchos calibre 16 marca Tec de color sin percutar, sin contar con permiso de porte de arma ni de municiones, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 y siguientes de la ley 17.798”.*

Estos sucesos fueron calificados por los magistrados como los delitos de porte ilegal de arma de fuego prohibida y de tenencia ilegal de municiones, prescritos, respectivamente, el primero, en el artículo 14 inciso primero en relación



con el artículo 3 y, el segundo, en el artículo 9° inciso segundo, en relación al artículo 2° letra c), todos de la Ley 17.798, ambos cometidos en grado de consumado.

**CUARTO:** Que, por la principal causal expuesta, se señaló que las infracciones denunciadas se habrían producido porque el control de identidad practicado al imputado, su posterior detención y recolección de evidencia incriminatoria, fueron ejecutadas fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, infringiendo con ello el debido proceso y la libertad ambulatoria de Fidel Alejandro Arriagada Vidal.

**QUINTO:** Que en relación a los puntos abordados en el libelo, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión, los relatos contestes, de los funcionarios de Carabineros Francisco Matamala, y Manuel Eriz, quienes manifestaron que el día 21 de septiembre de 2020, aproximadamente a las 11:20 horas, en circunstancias que efectuaban un patrullaje preventivo por la calle Alcalde Floody de Carahue, vestidos de civil, se percataron que dos individuos manipulaban indebidamente el portón de acceso del hospital de dicha comuna que está en construcción, quienes al verlos huyen, siendo interceptados por otros carabineros que pasaban por casualidad por el sector. Añadieron que al ser fiscalizados no portaban sus cédulas de identidad y que en el interior de una mochila que llevaba Arriagada Vidal se encontró -en lo pertinente al presente arbitrio- un armamento de fabricación artesanal, con un cartucho TEC en su interior de calibre 16, además de 15 cartuchos TEC azul de igual calibre.

En base a tales atestados, los sentenciadores de la instancia afirmaron, en el motivo décimo cuarto -refiriéndose a la actuación policial- que “se pudo



*establecer que estos actuaron válidamente al cumplirse con una de las hipótesis que contempla el artículo 85 del CPP, que consagra el control de identidad, ordenando a los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 -Carabineros, en este caso-, sin orden previa de los fiscales, que soliciten la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta o de que se dispusiere a cometerlo, [...] al percatarse que manipulaban indebidamente un portón de acceso a un recinto cerrado al público como era el destinado a la construcción del hospital de Carahue, del que se tenía noticia que ya había sido afectado por delitos contra la propiedad, siendo aquella concreta conducta en los controlados el indicio que habilitaba para proceder como lo hicieron”.*

Acto seguido los sentenciadores concluyeron que “durante este procedimiento, sin necesidad de nuevo indicio, se procedió al registro de las vestimentas o equipaje del sujeto de que se trate, culminando finalmente la policía con la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, al sorprender, a propósito de ese autorizado registro, al individuo ya controlado en alguna de las hipótesis del artículo 130, como se colige de los relatos, sin lugar a dudas, ante el hallazgo de artefactos que la ley califica como armas prohibidas en poder de ese imputado y que los funcionarios aludidos, por su preparación y actividad, estaban en condiciones de apreciar adecuadamente como tales”.

**SEXTO:** Que en las condiciones expuestas cabe estudiar si los hechos y circunstancias que tuvieron por acreditados los jueces del grado permiten tener



por concurrentes los extremos que el artículo 85 del Código Procesal Penal demandaba para habilitar en el caso sub lite a las policías para controlar la identidad del imputado.

Dicho examen, no está de más recordar, debe efectuarse en base al cimiento fáctico determinado por los propios sentenciadores como resultado de la apreciación directa e inmediata de la prueba, operación ejecutada bajo el escrutinio y control de los contendientes del litigio.

En este contexto, las circunstancias referidas en el considerando que antecede, constituyen un conjunto de indicios suficientes de que éste habría cometido o intentado cometer un delito, pues ante denuncias previas de robo al hospital en construcción de la comuna de Carahue, la observación por parte de los funcionarios policiales de que dos sujetos se encontraban manipulando el portón de acceso del lugar, que se encontraba cerrado y la huida efectuada por ellos al percatarse de su presencia, resultaba del todo pertinente, razonable y perentorio incluso, proceder a su control de identidad, diligencia producto de la cual se le encontró en su mochila un armamento de fabricación artesanal, con un cartucho TEC azul en su interior y 15 cartuchos TEC azul calibre 16.

Bajo este prisma interesa tener presente que diligencias intrusivas como el registro de vestimentas, no podrán estimarse conculcadas si en su práctica se han respetado las formas que la ley ha introducido en pos de una real persecución penal que proteja tales prerrogativas esenciales, como aconteció en la especie.

**SÉPTIMO:** Que, en conclusión, en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba dada la apreciación de los funcionarios, controlar la identidad del imputado, por concurrir las circunstancias objetivas contempladas en



el artículo 85 del Código Procesal Penal, que permiten descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de determinados presupuestos para llevar a cabo dicha diligencia policial.

Que, de esta manera, queda desprovista de sustento la impugnación que descansa en el cuestionamiento de la legalidad de la diligencia practicada al acusado, al resultar suficientemente justificado el proceder policial sobre la base de los elementos ya referidos y ponderados en su conjunto, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en los números 3° inciso sexto y 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental por lo que la causal principal será desestimada.

**OCTAVO:** Que, en relación a la causal subsidiaria invocada por el arbitrio, referida a la errónea aplicación del derecho, se debe precisar para resolver este problema jurídico, que el primero de los delitos referidos, se encuentra sancionado en el artículo 14 inciso primero, en relación al artículo 3 de la ley de armas. Por su parte, el delito de porte ilegal de municiones se castiga en el inciso segundo del artículo 9, en relación a los artículos 2 letra c) de la misma normativa.

Ahora bien, en cuanto a la institución denominada “concurso aparente de leyes penales”, respecto de la cual el impugnante reclama aplicación, la doctrina señala que *“... se habla en cambio de concurso de leyes cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un **bis in ídem**. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo*





*el desvalor del hecho o hechos concurrentes. Concorre entonces un solo delito”* (Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, séptima edición, pág. 646).

Por su parte Roxin indica que *“de concurso de leyes se habla cuando, aunque es cierto que formalmente se han realizado varios tipos, empero mediante el castigo por uno de esos tipos ya se ha retribuido y saldado completamente el contenido de injusto o ilícito y de culpabilidad del suceso”* (Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, tomo II, pág. 997).

Para otros autores el concurso de leyes *“se da cuando una acción u omisión está comprendida en varios tipos delictivos pero sólo se puede aplicar uno de ellos, porque comprende ya la totalidad de lo injusto de la conducta realizada por el sujeto”* (Cerezo Mir, José, Derecho Penal, Parte General, Pág. 1.036).

En la doctrina nacional, Cury señala que *“hay un concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, solo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”* (Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal, Parte General, pág. 667).

**NOVENO:** Que no es materia de controversia, en el caso en análisis, que la conducta que se reprochó al encausado por parte del Ministerio Público, es el hecho de haber portado en su mochila un arma de fuego artesanal con un cartucho calibre 16 sin percutar en su interior, junto con 15 cartuchos del mismo calibre también sin percutar, todos adaptados con una huincha para el calibre 12, compatibles con el arma de fuego artesanal encontrada en su poder, el cual a juicio del Tribunal Oral en lo Penal, configura dos ilícitos distintos.



**DÉCIMO:** Que pese a lo concluido por los sentenciadores, se aprecia, no obstante, una sola conducta, o al menos una “unidad de acción” en términos jurídicos, siendo coincidente en este caso con “un hecho” en términos naturalísticos, ya que el encartado portaba en la mochila una escopeta recortada y 16 cartuchos calibre 16, por lo que desde este punto de vista, no es posible escindir el suceso en cuestión.

**UNDÉCIMO:** Que, ahora bien, para una adecuada interpretación del tipo penal a aplicar, no solo se debe atender al elemento antes referido, sino que también es necesario analizar la clase de delitos por los cuales se dictó la condena, en relación al bien jurídico protegido por ellos.

Así, la doctrina entiende que estamos en presencia de delitos de peligro abstracto, esto es, aquellos en que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. En otras palabras, lo que se sanciona es la peligrosidad de la conducta, que se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano.

Relevante también resulta que en el caso concreto la munición sea del calibre del arma pesquisada, esto es, funcional a ella, que hayan sido portadas en el mismo acto y cómo no, el número de éstas.

**DUODÉCIMO:** Que, por tanto, más allá de la existencia del tipo que sanciona aisladamente la tenencia y porte de municiones, se debe determinar si en el caso concreto dicho porte contiene un exceso de injusto que deba castigarse además con otra pena o en otras palabras, hemos de analizar no la tipicidad, pues desde luego que hay dos hechos típicos que aparecen como independientes, sino



la antijuridicidad material. Se trata, en efecto, de figuras de peligro abstracto, pero la pregunta es ¿por qué es peligrosa la tenencia de armas sin municiones, o de municiones sin armas, si ni unas ni otras por sí solas resultan aptas para operar como su naturaleza pretende y por ende no son, en principio, peligrosas por sí solas?. La respuesta es que el peligro de cada una de estas categorías de elementos, por separado -armas y municiones- está dado precisamente porque cada cual necesita de la otra para tener utilidad, y por ende el tenedor del arma -para darle sentido a su tenencia- buscará tener municiones para poderla disparar, y el tenedor de municiones buscará tener un arma para que sea posible dispararlas. He ahí el peligro de cada una de estas categorías de tenencia: son peligrosas por sí mismas porque obligan a complementarse y por ende suponen esa complementación.

**DÉCIMO TERCERO:** Que si lo anterior es así, el que efectivamente se complementen arma y municiones, no aumenta el peligro que el legislador prevé: esa antijuridicidad material ya está contemplada en los tipos por separado, o éstos carecerían de antijuridicidad y rebasarían el límite del *ius puniendi* estatal, consistente en la exigencia de que los tipos penales se refieran a conductas que afecten a bienes jurídico relevantes. La tenencia de un arma sin municiones, o de una munición sin arma, no puede afectar bien jurídico alguno, ni aún en grado de peligro, si no es porque se advierte su complementariedad. Si en el hecho se complementan, porque el acusado tiene en su poder armas con sus municiones propias, lo que hay es exactamente el peligro que el legislador consideró, y por ende no hay un aumento de la antijuridicidad, sino la expresión de la única posible,



para los tres casos: arma sin municiones, municiones sin arma o arma con sus respectivas municiones.

**DÉCIMO CUARTO:** Que entonces resulta acertado el reproche de la defensa a este respecto, particularmente cuando dice que en un caso tal la detentación de un arma suele acompañarse de municiones, que por su calibre resultan funcionales al arma, y por ende no pueden dar origen a un delito separado.

De esta forma, el presente concurso aparente de leyes penales se resuelve a la luz del principio de consunción, en virtud del cual el precepto penal más amplio o complejo, absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, procediendo aplicar solo aquella sanción correspondiente al porte ilegal de arma de fuego prohibida, en que el legislador ha tomado en cuenta la gravedad o el desvalor de otras conductas punibles que la acompañan ordinariamente, como antecedentes, medios o etapas de desarrollo, en específico, que un arma de fuego tenga o porte municiones, situación de normal ocurrencia.

La interpretación errada de los jueces se refiere al artículo 9 inciso segundo, con relación al artículo 2 letra c), todo de la Ley 17.798, pero particularmente a la primera norma con relación al artículo 1° del Código Penal, que define el delito, norma que lleva implícita la exigencia de antijuridicidad y por ende impide condenar por dos ilícitos respecto de hechos típicos constituidos por una acción que refleja una sola y misma antijuridicidad material, radicada aquí en la tenencia de las armas como elementos completos, esto es, las armas con sus proyectiles asociados.



**DÉCIMO QUINTO:** Que la influencia de este error en lo resolutivo del fallo es esencial, porque determina la imposición de una condena adicional a la impuesta por tenencia ilegal de arma de fuego prohibida, condena que conlleva una pena también anexa que, cualquiera fuera su naturaleza y extensión, sería ya suficientemente esencial en cuanto a lo gravoso, para determinar la nulidad pedida, pero con mayor razón lo es si su cuantía alcanzó a los quinientos cuarenta y un días de presidio, además de su cumplimiento efectivo.

Todo lo anterior determina que este capítulo del recurso deba ser acogido, anulándose el fallo únicamente en la parte a que este reclamo se refiere, esto es, en cuanto a la negativa de subsumir el porte ilegal de municiones en el delito de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida, y en cuanto a la condena y consiguiente aplicación de una pena separada, por el porte de aquellas municiones, debiendo dictarse, una sentencia de reemplazo a continuación, pero separadamente de ésta.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letras a) y b) y 384 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que **se acoge** el recurso de nulidad intentado por la defensa de Fidel Alejandro Arriagada Vidal **solo en cuanto** se refiere a su reclamo subsidiario basado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y en consecuencia se anula parcialmente la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, dictada con fecha 29 de agosto del 2021, RUC N° 2000967211-8, RIT N° 058-21, ello en tanto condenó a Fidel Alejandro Arriagada Vidal, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias legales, como autor de un delito de porte ilegal de municiones,



procediéndose a dictar al respecto, a continuación y separadamente, sentencia de reemplazo.

**II.-** Que **se rechaza**, en lo demás, el recurso de nulidad promovido por la defensa del sentenciado.

**III.-** Que, en consecuencia, el juicio desarrollado ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco RUC N° 2000967211-8, RIT N° 058-21, **es válido**, y la sentencia recaída en él, de fecha 29 de agosto del 2021, lo es parcialmente, con la sola anulación de lo referido en el acápite **I** de esta decisión.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del fallo a cargo de la Abogada Integrante Sra. Tavorari.

Rol N° 69530-21

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavorari G. No firma la Abogada Integrante Sra. Tavorari, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.





En Santiago, a veintitrés de septiembre de dos mil veintidós, se incluyó en 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. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.



BYZXXBNFLHM