Santiago, cinco de enero de dos mil veintitrés.

Vistos:

En esta causa RUC N° 2000399529-1 y RIT N° 29-2022, el Primer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, por sentencia de veintisiete de octubre de dos mil veintidós condenó a **HERMAN ENRIQUE BUSTOS CARREÑO y a ELIZABETH DEYANIRA BUSTOS MARTINEZ**, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más multa y accesorias legales, como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en el artículo 1° en relación al 3° de la Ley N° 20.000, perpetrado el 20 de abril de 2020, en la comuna de Pudahuel.

Asimismo se condenó a **ALEXANDER GADIEL SCHENCKE HUENTO,** a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más multa y accesorias legales como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 1° en relación al 4° de la Ley N° 20.000, perpetrado el 20 de abril de 2020, en la comuna de Pudahuel.

Finalmente, el mismo fallo sancionó a **FRANCISCO ARRIAGADA VALENZUELA**, con la penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más sus respectivas accesorias legales, como autor de los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego bélica, de arma de fuego y de municiones, previstos y sancionados en el artículo 2 en relación a los artículos 3, 9 y 10 de la Ley N° 17.798, perpetrados el 20 de abril de 2020, en la comuna de Pudahuel.

TXCXXDLZMLC

En contra de esa decisión las defensas de los acusados interpusieron sendos recursos de nulidad en la forma que se indicará, los que se estimaron admisibles por este tribunal y fueron conocidos en la audiencia pública del día 16 de diciembre de 2022, fijándose para su comunicación el día de hoy.

Y considerando:

1) Que la defensa de **Hermán Bustos Carreño**, **Elizabeth Bustos Martínez** y **Alexander Schencke Huento** interpone arbitrio de nulidad únicamente por la causal contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 19 N° 3, inciso 6°, y N° 5 de la Carta Fundamental y 9, 36, 39 y 205, 207, 227 y 228 del Código Procesal Penal.

Reclama el recurso porque no se registran las actuaciones policiales que permiten determinar los domicilios respecto de los cuales se solicita la autorización judicial de entrada y registro, igualmente cuestiona la ausencia de fundamento de esa orden judicial, y la falta de habilitación horaria para su ejecución.

Solicita la nulidad del juicio oral y de la sentencia recurrida, realizándose un nuevo juicio oral del que se excluya la totalidad de la prueba de cargo.

2) Que el recurso deducido por la defensa de **Francisco Arriagada Valenzuela** se apoya, de manera principal, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 5º, inciso 2º, y 19 números 3 y 7, de la Constitución, 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1, 4, 5, 93, 98, 326, 329, 331, 332, 334 y 336 del Código Procesal Penal, por vulneración del debido proceso.

El arbitrio reclama, primero, que no se verificó una hipótesis de flagrancia

TXCXXDLZMLC

respecto de Arriagada Valenzuela que justificara su detención, al no ser sorprendido con el armamento ni las municiones en su poder. En segundo lugar, critica el ingreso y registro al domicilio desde el que huye Arriagada Valenzuela, porque no se ha explicado ni dejado constancia de cómo se vincula ese lugar con los hechos denunciados que dan inicio al procedimiento y, finalmente, ya que se ejecuta esa orden judicial de entrada y registro después de las 22:00 hrs., sin habilitación para ello.

Pide se anule el juicio oral y la sentencia, debiendo celebrarse una nueva audiencia de juicio oral, excluyéndose de ésta la prueba relativa al armamento y las municiones por las que se condenó a Arriagada Valenzuela.

3) Que en subsidio de la anterior, la defensa de Arriagada Valenzuela interpone la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación al artículo 342 del mismo cuerpo legal, toda vez que la sentencia adolece de una serie de vicios relacionados con la fundamentación, desde una absoluta falta de fundamentación en algunos aspectos, hasta una fundamentación incompleta, pasando por fundamentaciones aparentes, tanto en el establecimiento de los hechos, como en la desestimación de la concurrencia de las causales de justificación alegadas por la defensa.

Solicita anular el juicio oral y la sentencia condenatoria, para que se retrotraiga el procedimiento al estado de celebrase una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado.

TXCXXDLZMLC

4) Que en subsidio de las anteriores, se formula la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal**,** por no subsumir el fallo el delito de tenencia de municiones en el de tenencia de armas de fuego.

Pide por esta causal que se invalide sólo la sentencia definitiva, dictando una de reemplazo que absuelva a Arriagada Valenzuela del delito de tenencia ilegal de municiones.

5) Que la sentencia impugnada, dio por establecidos los siguientes hechos:

"Hecho 1

El día 20 de abril del año 2020 aproximadamente a las 22:40 horas funcionarios de carabineros de Chile, en virtud de una orden de entrada y registro otorgada por el magistrado Fernando Guzmán del Primer Juzgado de Garantía de Santiago, ingresaron al domicilio de Pasaje Corinto 749 de la comuna de Pudahuel, encontrando en el interior a los acusados Herman Enrique Bustos Carreño y Elizabeth Deyanira Bustos Martínez, quien guardaban y mantenían en el interior del inmueble, para su comercialización, la cantidad de:

i.- 84 envoltorios de nylon contenedores de 125 gramos de clorhidrato de cocaína, incautados mediante NUE 4703774,

ii.- 03 bolsas de nylon y 36 envoltorios de nylon contenedores de 498 gramos de clorhidrato de cocaína, incautados mediante NUE 4703775,

iii.- 01 bolsa y 43 envoltorios de nylon contenedores de 224 gramos de marihuana, incautados mediante NUE 4703776,

iv.- 01 bolsa contenedora de 24 gramos de clorhidrato de cocaína, incautados mediante NUE 4703768,

TXCXXDLZMLC

v. 01 bolsa contenedora de 51,1 gramos de c clorhidrato de cocaína, incautados mediante NUE 4703769,

vi. 01 bolsa contenedora de 246 gramos de clorhidrato de cocaína, incautados mediante NUE 4703777.

Además de 1.812.010, más 257.000, más 360.000 pesos en dinero efectivo, los que estaban guardados en distintas partes al interior del inmueble.

Hecho 2:

El día 20 de abril del año 2020 aproximadamente a las 22:40 horas funcionarios de carabineros de Chile, en virtud de una orden de entrada y registro otorgada por el magistrado Fernando Guzmán del Primer Juzgado de Garantía de Santiago, ingresaron al domicilio de Pasaje Corinto 756 de la comuna de Pudahuel, encontrando en el interior al acusado Alexander Gabriel Gadiel Schenque Huento, quien mantenía y guardaba al interior del inmueble y para su comercialización:

i.- 20 bolsas contenedoras de 24 gramos 300 miligramos de clorhidrato de cocaína, incautadas mediante NUE 4703762,

ii.- 40 bolsas contendoras de 42 gramos 900 miligramos de clorhidrato cocaína, incautadas mediante NUE 4703763.

iii.- Dinero en efectivo correspondiente a la suma 84 mil 700 pesos.

Hecho 3:

El día 20 de abril del año 2020 aproximadamente a las 22:40 horas en circunstancia que funcionarios de carabineros de Chile, en virtud de una orden de entrada y registro otorgada por el magistrado Fernando Guzmán del Primer Juzgado de Garantía de Santiago, se encontraban ingresando al domicilio de

Pasaje Corinto 756 de la comuna de Pudahuel, observan al imputado Francisco Andrés Arriagada Valenzuela, quien huye del inmueble hacia calle Samotracia, siendo observado por personal policial el momento en que el acusado lanza debajo de un automóvil estacionado en Samotracia frente al número 723 de la comuna de Pudahuel:

i. 01 subametralladora de fogueo, marca Ekol, calibre 9mm, adaptada para el disparo.

ii. 01 arma de fuego tipo pistola marca Star calibre 9mm, con 07 municiones marca águila, 01 munición marca CBC, 02 municiones marca CBC, 01 munición marca FC, 01 munición, marca Maxx Fech y 01 munición marca CBC. Arma y municiones que se encontraban aptas para ser disparadas y utilizadas como armas de fuego

En circunstancias que el acusado no contaba con permiso para el porte o tenencia de armas de fuego o municiones. "

Estos hechos fueron calificados por la sentencia impugnada de la siguiente forma: El hecho N°1 como delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en los artículos 1° y 3° de la Ley N° 20.000. El hecho N°2 como delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000 en grado de desarrollo consumado. Y el hecho N°3 como los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida de uso bélico, tenencia ilegal de arma de fuego y tenencia ilegal de municiones, previstos y sancionado en los artículos 2, 3, 9 y 10 de la Ley N° 17.798

6) Que, como se dijo, la defensa de **Hermán Bustos Carreño, Elizabeth Bustos Martínez** y **Alexander Schencke Huento** interpone arbitrio de nulidad

TXCXXDLZMLC

únicamente por la causal contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

7) Que sobre el primer cuestionamiento argüido mediante esa causal, esto es, la falta de registro de las actuaciones policiales que permiten determinar los domicilios respecto de los que después se solicita la autorización judicial de entrada y registro y en cuyo interior se detiene a los recurrentes, como se tiene por cierto en el basamento 15 del fallo, ante la denuncia recibida, los policías contactan al fiscal de turno y éste "*les instruye para que verifiquen la numeración de las casas que corresponden a las directrices dadas por la denunciante",* por lo que, como correctamente concluye el mismo fallo, *"se descarta desde ya la existencia de una diligencia autónoma de la policía".*

Ahora, en lo concerniente a las actuaciones policiales desarrolladas para determinar los domicilios de los imputados que el denunciante había referido entregando sus características, en un pasaje sí determinado, el recurrente no ha explicado de modo alguno cómo el desconocimiento de esas actuaciones durante la etapa de investigación impidió o dificultó el ejercicio de su derecho de defensa o de otra garantía fundamental, sin precisar tampoco cómo de haber conocido esa información previamente, su estrategia o línea de defensa habría sido distinta e igualmente diferente habría sido la decisión adoptada por la sentencia definitiva.

Lo anterior refleja la total falta de sustancialidad y trascendencia del defecto alegado, desde que el recurrente no plantea perjuicio real alguno en la omisión denunciada que justifique la invalidación del juicio y la sentencia, razón suficiente para desestimar este reclamo.

TXCXXDLZMLC

8) Que en cuanto se protesta por la ausencia de fundamento de la orden de entrada y registro otorgada por el Tribunal de Garantía, como ya lo ha resuelto antes esta Corte, el artículo 9 del Código Procesal Pena sólo demanda a ese órgano jurisdiccional, dada la urgencia en que es requerida y concedida, dejar una "constancia" de la autorización, la que desde luego es posterior a su otorgamiento, como ocurrió efectivamente en la especie, según se tuvo por acreditado en el motivo 15 del fallo examinado.

De esa manera, el citado artículo 9 no demanda consignar en la constancia las razones de hecho y derecho que el Tribunal de Garantía consideró para otorgar la orden en examen, aun cuando la realidad de esas razones puede ser revisada y verificada en otras instancias del proceso, sin que en la especie, cabe destacar, se esgrima la ausencia de razones que ameritaran emitir la orden, sino únicamente que no se mencionaron en la constancia.

9) Que en lo tocante a la falta de habilitación horaria para la ejecución de la orden de entrada y registro, el considerando 15 del fallo tiene por demostrado que esa habilitación existió, hecho que resulta inamovible para esta Corte y que, por ende, restan sustento fáctico a esta alegación, la que por ello igualmente será desestimada.

10) Que por lo que se ha venido razonando, el arbitrio deducido en favor de Hermán Bustos Carreño, Elizabeth Bustos Martínez y Alexander Schencke Huento será rechazado en lo resolutivo.

11) Que como ya se explicó, el recurso impetrado en representación de **Francisco Arriagada Valenzuela** se afinca, de manera principal, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

TXCXXDLZMLC

12) Que en lo relativo al primer reclamo de este arbitrio, esto es, no verificarse una hipótesis de flagrancia respecto de Arriagada Valenzuela que justificara su detención, al no ser sorprendido con el armamento ni las municiones en su poder, ese cuestionamiento se opone a los hechos fijados por la sentencia en su considerando 12, que esta Corte no puede obviar, en el que tiene por acreditado que el acusado es "*observado*" por funcionarios de Carabineros de Chile en *"el momento en que el acusado lanza debajo de un automóvil estacionado en Samotracia frente al número 723 de la comuna de Pudahuel: i. 01 subametralladora de fogueo, marca Ekol, calibre 9mm, adaptada para el disparo. ii. 01 arma de fuego tipo pistola marca Star calibre 9mm, con 07 municiones marca águila, 01 munición marca CBC, 02 municiones marca CBC, 01 munición marca FC, 01 munición, marca Maxx Fech y 01 munición marca CBC. Arma y municiones que se encontraban aptas para ser disparadas y utilizadas como armas de fuego "*

Lo consignado es suficiente para que este motivo del arbitrio no pueda ser acogido.

13) Que en lo atingente a los reparos al ingreso y registro al domicilio desde el que huye Arriagada Valenzuela, estos carecen de sustancialidad y trascendencia, sin la cual la causal de nulidad deducida no puede ser admitida, desde que los hechos que justifican la detención y la imputación a este recurrente -la posesión de armas de fuego y sus municiones- se desarrollan en la vía pública y no en el interior de una morada, por lo que lo que en esta última haya ocurrido no tiene conexión fáctica ni normativa con la posesión atribuida y objeto de reproche en la sentencia.

TXCXXDLZMLC

14) Que, en subsidio de la anterior, la defensa de Arriagada Valenzuela interpone la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación al artículo 342 del mismo cuerpo legal, alegando diversos defectos de fundamentación, causal que tampoco podrá ser acogida, desde que en sus motivos 11, 14 y 15, el fallo, de manera fundada, clara y ordenada, cumpliendo las exigencias de los artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal, analiza y valora la prueba rendida, establece la participación de Arriagada Valenzuela y se hace cargo de las alegaciones de su defensa en el juicio, advirtiéndose entonces en el recurso en estudio sólo una distinta valoración de la prueba rendida de la que efectuaron los sentenciadores, meras diferencias que no constituyen por sí la causal subsidiaria invocada.

Por lo anterior esta causal subsidiaria igualmente será rechazada.

15) Que, finalmente, en subsidio de las anteriores, se formula la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal**,** por no subsumir el fallo el delito de tenencia de municiones en el de tenencia de armas de fuego.

16) Que para resolver este problema jurídico hay que desechar, desde ya, la referencia que hace la sentencia en examen al inciso primero del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, porque el mismo se refiere a la sanción independiente de los delitos de la ley de Control de Armas que nos ocupan no entre sí, sino con respecto a delitos de lesión cometidos empleando aquellas armas o explosivos de que se trate.

TXCXXDLZMLC

Enseguida, 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.

17) 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

TXCXXDLZMLC

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.

18) Que entonces en este caso las municiones son solo parte accesoria de las armas incautadas, y por ende no pueden dar origen a un delito separado.

La interpretación errada de la sentencia se refiere al artículo 9° inciso segundo, con relación al artículo 2° letra c), todo de la Ley N° 17.798, pero particularmente 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.

19) 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 de armas, condena que conlleva una pena también adicional que, cualquiera fuera su naturaleza y extensión, sería ya suficientemente esencial en cuanto a lo gravoso, para determinar la nulidad parcial pedida.

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 la tenencia de municiones en el delito de tenencia de armas, y en cuanto a la condena y consiguiente aplicación de pena separada, por la tenencia de aquellas municiones, debiendo dictarse, a ese solo

TXCXXDLZMLC

respecto, una sentencia de reemplazo a continuación, pero separadamente de ésta.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara:

A.- Que **se acoge** el recurso de nulidad intentado por la defensa de FRANCISCO ARRIAGADA VALENZUELA únicamente por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y, consecuentemente, se **anula parcialmente** la sentencia dictada en la causa RUC N° 2000399529-1 y RIT N° 29-2022 por el Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha veintisiete de octubre de dos mil veintidós, exclusivamente en cuanto lo condenó a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más sus respectivas accesorias legales, como autor del delito de tenencia ilegal de municiones previsto y sancionado en el artículo 2° en relación al 9 de la Ley N° 17.798, perpetrado el 20 de abril de 2020, en la comuna de Pudahuel, dictándose a continuación sentencia de reemplazo sólo a este respecto.

Se **rechaza en lo demás el referido recurso** y, por tanto, no son nulos el juicio ni las condenas a Arriagada Valenzuela a la penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más sus respectivas accesorias legales, como autor de los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego bélica y de arma de fuego, previstos y sancionados, en los artículo 2 en relación al 3, 9 y 10 de la Ley N° 17.798, perpetrados el 20 de abril de 2020, en la comuna de Pudahuel.

B.- Se **rechaza** el recurso de nulidad deducido en favor de HERMAN ENRIQUE BUSTOS CARREÑO, ELIZABETH DEYANIRA BUSTOS MARTINEZ y

TXCXXDLZMLC

ALEXANDER GADIEL SCHENCKE HUENTO, contra la sentencia dictada en la causa RUC N° 2000399529-1 y RIT N° 29-2022 por el Primer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, con fecha veintisiete de octubre de dos mil veintidós, y contra el juicio oral que le antecedió, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 139546-22

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y la Ministra Suplente Sra. Dobra Lusic N. No firma el Ministro Sr. Dahm y la Ministra Suplente Sra. Lusic, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y por haber concluido su período de suplencia, respectivamente.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 05/01/2023 11:10:03

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 05/01/2023 11:10:04

TXCXXDLZMLC

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER
RAMIREZ
MINISTRA
Fecha: 05/01/2023 11:10:05

TXCXXDLZMLC

En Santiago, a cinco de enero de dos mil veintitrés, 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.

TXCXXDLZMLC