

5. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL PENAL

TENENCIA DE ARTEFACTO EXPLOSIVO CASERO (ARTS. 3° INC. 2° Y 13 LEY N° 17.798)

INFORMES DE FUNCIONARIOS POLICIALES EFECTUADOS DURANTE LA INVESTIGACIÓN. RECURSO DE NULIDAD ES DE DERECHO ESTRICTO. PRESUPUESTOS LEGALES DE PROCEDENCIA. TIPO PENAL. INCUMPLIMIENTO DEBERES DE INSCRIBIR U OBTENER AUTORIZACIÓN PARA PORTAR O TENER EL ARMA O ELEMENTO INDICADO TAXATIVAMENTE EN LA LEY. TRASLADO DEL ARTEFACTO EXPLOSIVO SE DIFERENCIA DE SU COLOCACIÓN Y LOS DAÑOS OCASIONADOS. CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES. INJUSTO CONTENIDO EN UN TIPO APARECE COMPRENDIDO TAMBIÉN EN OTRO U OTROS TIPOS. TENENCIA DE ARTEFACTO EXPLOSIVO NO RECOGE MAGNITUD DEL DESVALOR DEL HECHO DELICTIVO CORRESPONDIENTE A LOS DAÑOS OCASIONADOS CON EL USO DEL ARTEFACTO.

HECHOS

Se dicta sentencia condenatoria por el delito de tenencia de artefacto explosivo casero, previsto y sancionado en los arts. 13 y 3°, inc. 2°, de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, y de daños, previsto y sancionado en el art. 487 del Código Penal. La Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad penal deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

RECURSO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *N° 4883-2013.*

PARTES: *“C/Niemeyer Salinas Hans Felipe”.*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Sr. Lamberto Cisternas R.*

DOCTRINA

- 1. Ha decidido antes esta Corte, también respecto de funcionarios policiales que deponen en el juicio oral y no en la investigación, pero que elaboran informes durante esta etapa, resolviendo que al ser conocido para la defensa el contenido de esos informes, no le era ajeno lo que sería objeto de las declaraciones, y por tanto no es posible sostener que se le haya privado de algún derecho,*

puesto que bien pudo preparar el contrainterrogatorio respecto de declarantes que no le eran desconocidos (SCS, Rol N° ...). En cambio, y como pacífico contrapunto, sí se ha determinado la nulidad del juicio y de la sentencia en virtud del incumplimiento de deberes de registro, cuando la declaración de la testigo cuestionada no constaba en la carpeta de la investigación –ni siquiera su nombre aparecía en ella– (SCS, Rol ...), circunstancias estas últimas, muy alejadas de las ahora estudiadas, en las que la defensa no ha aducido ignorancia –y consecuente sorpresa– sobre la existencia del testigo o lo declarado por éste en el juicio (Considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema)

- II. *Así como ha sido traído este recurso, parece no respetarse su carácter de derecho estricto que, amén de otras exigencias, conlleva una alta tasa de fundamentación como de concreción en lo pedido, la que no se cumple con planteamientos desentendidos de la realidad de este proceso, y presentados de forma abstracta sin prestar atención a su relevancia concreta para el desarrollo y resultado de esta litis. Esto contradice el criterio ya manifestado por esta Corte, según el cual el agravio a la garantía del debido proceso debe provenir de un vicio real, que perjudique efectivamente los derechos procesales de las partes, es decir, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso (SCS, Rol N° ...), criterio al que se suma la doctrina cuando demanda que la infracción produzca “consecuencias efectivas y constatables” para el recurrente de nulidad (Rieutord A. El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal. Stgo., Ed. Jdca., 2007, p. 43). No basta, por tanto, la mera contravención formal de alguna norma legal que ningún perjuicio ni menoscabo verdadero ha significado para el ejercicio del derecho de defensa a la parte reclamante, tal como parece ocurrir en el presente caso ante la ausencia de prueba que permita afirmar lo contrario (Considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *En cuanto al segundo error incluido en el primer motivo de la causal subsidiaria del recurso de nulidad –se alterará el orden seguido en el recurso para la mejor explicación de lo que se decidirá–, por el cual se pretende subsumir los hechos recién reproducidos en el delito de los arts. 9° y 2°, letra d), de la Ley N° 17.798, tal pretensión debe ser rechazada, ya que la conducta castigada en aquel precepto consiste en poseer o tener alguna de las armas o elementos señalados en las letras b), c), d) y e) del art. 2°, sin las autorizaciones a que se refiere el art. 4°, o sin la inscripción establecida en el art. 5°, ambos preceptos también de la Ley N° 17.798 (Cea S. y Morales P. Control de Armas. Stgo., LegalPublishing, 4ª ed., 2011, pp. 72-73). En otras palabras, lo que sanciona el mentado art. 9° es el incumplimiento de los deberes de inscribir u obtener autorización de la autoridad para portar*

o tener el arma o elemento indicado taxativamente en la ley, por lo tanto, necesariamente esa arma o elemento debe ser uno de aquellos que un particular podría inscribir ante la autoridad o ésta podría autorizar a portar o tener, cuestión que respecto de las armas y demás elementos que enumera el art. 3° la propia ley proscribire con claridad meridiana. Por ello, no obstante que todos los elementos y armas que contempla el art. 3° están incorporados en el art. 2° de la Ley N° 17.798, “su posesión o tenencia está totalmente prohibida para los particulares” (Cea, ob. cit., p. 103). Resulta inconcuso entonces que ni la Ley N° 17.798 ni su Reglamento –una rápida lectura así lo demostrará–, dejan margen posible para que el acusado hubiera podido inscribir ante la autoridad o que ésta hubiese podido autorizarlo para portar o tener el artefacto explosivo y casero de las características del utilizado, de manera que bajo ningún respecto ni interpretación posible, está comprendido dentro de aquellos “explosivos, bombas y otros artefactos de similar naturaleza, y sus partes y piezas” que menciona la letra d) del art. 2° de la Ley N° 17.798. Valga sólo mencionar que la excepción a la sanción que prescribe el inc. final del art. 13 a quienes hayan sido autorizados en la forma y para los fines establecidos en el inc. 1° del art. 4°, el que a su vez se refiere a las armas y elementos del art. 2°, dice relación con actividades de fabricación, armadura, transformación, importación, etc., que no vienen al caso para estos hechos (Considerando 14° de la sentencia de la Corte Suprema).

- IV. *En el presente caso, no ha existido una estrecha conexión temporal y espacial entre los diversos acontecimientos atribuidos al acusado y que a juicio de los sentenciadores constituyen dos ilícitos diversos, ya que corresponden a dos conductas o hechos fácilmente diferenciables: primero, el traslado del artefacto explosivo, y segundo, su colocación y la causación de daños. Ambos son hechos temporal y espacialmente reconocibles de manera autónoma, el primero se ejecuta en la vía pública, comprendiendo el tránsito desde el lugar donde el acusado mantenía, recibe o adquiere –este punto no fue zanjado en el fallo– el artefacto explosivo hasta la sucursal del banco afectado, y el segundo es cronológicamente posterior, principiando una vez que arriba a su destino e instala el aparato para dejarlo en condiciones de causar daños, motivo por el cual es distinguible territorialmente también. Por estas mismas razones no resulta atendible tampoco que a los ojos del acusado, el llevar consigo y trasladar en la vía pública un artefacto explosivo no pueda diferenciarse de los daños que con dicho artefacto ocasiona. Si bien ambos hechos comprenden tiempos y lugares que se superponen o coinciden, específicamente en los instantes en que el acusado coloca el artefacto en el recinto siniestrado, dicha conexión es débil y tangencial, insuficiente por tanto para*

englobar todos los acontecimientos anteriores y posteriores a la colocación en una única vinculación de significado (Considerando 16° de la sentencia de la Corte Suprema).

- V. *Frente a la tesis del recurrente, cabe recordar que el concurso aparente de leyes penales constituye en realidad un problema de interpretación de leyes ante casos concretos, que se produce porque el injusto contenido en un tipo aparece comprendido también en otro u otros tipos, que se encuentran entre sí en una relación particular, sea de especialidad, de consunción o de especialidad. Son hipótesis en las cuales un hecho delictivo, aparentemente, podría adecuarse en distintas figuras penales, pero que en realidad, atendida la naturaleza de su injusto, lo es en una sola de ellas, quedando las demás totalmente desplazadas (Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, T. II, p. 351). Es de la esencia de esta institución, que una conducta pueda ser captada aparentemente por dos o más tipos penales (Considerando 14° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- VI. *Delimitados los alcances del principio non bis in idem, se concluirá que el delito de tenencia de artefacto explosivo, así como fue formulado por el legislador, no recoge cabalmente la magnitud del desvalor del hecho delictivo correspondiente a los daños ocasionados con el uso del artefacto, ya que aquella figura, atendido su carácter formal y de peligro prescinde para la sanción del autor, de los fines y resultados de esa tenencia, como las muertes, lesiones o daños eventualmente producidos. Menos aún si en este caso particular, el delito de daños tuvo un resultado objetivamente importante, pues los destrozos tuvieron un costo de reparación de \$8.613.458, lo que obsta para estimar este resultado como cubierto por el disvalor ya sancionado por la mera tenencia del artefacto explosivo. Estos delitos de tenencia y de daños tienen contenidos de ilicitud recíprocamente independientes, por lo que para captar en plenitud el desvalor de ambos materializado en los acontecimientos fijados en el fallo, se ha debido aplicar y sancionar con todas las figuras concurrentes, pues de otro modo se dejaría fuera de la sentencia condenatoria el contenido de injusto del delito de daños perpetrado, sin expresar el reproche correspondiente (Considerando 20° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita Online: ID 66283

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: artículos 3° inc. 2° y 13 Ley N° 17.798, artículo 487 del Código Penal, artículos 373, 376 y 384 del Código Procesal Penal.

COMENTARIO A SCS ROL N° 4.883-2013 –

CONCURSO ENTRE TENENCIA DE EXPLOSIVOS Y DAÑOS
PROVOCADOS CON ELLOS

JAIME WINTER ETCHEBERRY*

El caso analizado, de gran repercusión pública debido a que se produce en relación a la colocación y detonación de explosivos en el contexto de la persecución de una seguidilla de estos hechos realizados en la que el Ministerio del Interior manifestó su mayor interés, presenta varios elementos de interés.

El Tribunal de primera instancia decidió desechar la existencia de delito terrorista, algo que también ha sucedido en otros casos similares¹. La decisión se fundamentó en que, según el Tribunal, no hubo peligro real de afectar a personas naturales. Se produce así un efecto interesante: a diferencia de algunos de delitos sancionados como terroristas en la Ley N° 18.314, el de detonación de explosivos no es una forma agravada de la versión general de ese delito, sino que representa una infracción autónoma sólo sancionada por dicha ley. Eso significa que la detonación sin autorización de explosivos, cuando no es terrorista, no representa un delito en nuestra legislación.

Esto implica que sólo será posible sancionar este hecho en atención a su resultado. Así, como es evidente, si se provoca una muerte mediante el explosivo, estaremos ante un caso de homicidio. Aquí se han producido daños a la propiedad, por lo tanto es a primera vista subsumible en el delito daños. Cabe señalar, además, que no califica dentro de los daños agravados, toda vez que no se encuentra dentro de las hipótesis, muy diversas², del artícu-

* Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente becario DAAD y estudiante de Doctorado de la Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ En el llamado caso Pitronello se lo condenó a 41 días por los daños, 3 años y un día por la tenencia de artefacto explosivo y 541 días por uso de placa patente falsa. SCA de Santiago de 19.11.2012 Rol 2384-2012.

² Como se puede ver, las hipótesis obedecen a distintos fundamentos, que perfectamente pueden ser equiparables al peligro que causa una explosión:

1° *Con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra empleados públicos, bien contra particulares que como testigos o de cualquiera otra manera hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes.*

2° *Produciendo por cualquier medio infección o contagio de animales o aves domésticas.*

3° *Empleando sustancias venenosas o corrosivas.*

4° *En cuadrilla y en despoblado.*

5° *En archivos, registros, bibliotecas o museos públicos.*

6° *En puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público.*

lo 485 ni en un tipo independiente como el incendio (arts. 474 y siguientes del Código Penal).

Por otra parte, para completar el cuadro, la Ley N° 17.798 de Control de Armas sanciona la posesión o tenencia de explosivos –por lo que se condena al imputado a 5 años de presidio–, pero no su detonación.

En el caso, existió posesión del explosivo y también los daños. De este modo, estamos frente a dos delitos distintos en concurso medial (uno de los delitos ha sido un medio para realizar el otro, según la hipótesis del artículo 75 del Código Penal).

Si bien la defensa intentó sostener que se trataría de un caso de concurso aparente, la Excma. Corte rechaza este argumento señalando que el delito de tenencia de artefacto explosivo no abarca el disvalor correspondiente a los daños causados por él, abundando en el sentido de que delitos de tenencia y de daños tienen contenidos de ilicitud recíprocamente independientes.

En efecto, desde el punto de vista de la posibilidad de consunción, no puede considerarse que dentro del delito de tenencia el legislador haya ya considerado la posibilidad de la detonación y generación de daños a través del uso del artefacto explosivo. La generación de daños es necesariamente una progresión en un delito peligro abstracto, donde el peligro se aumenta (detonación en zonas peligrosas) o concretiza (puesta en peligro con la detonación de bienes jurídicos específicos) o se produce (lesión de bienes jurídicos), situaciones de las que el delito de mera tenencia de armas no alcanza a dar cuenta³. Asimismo, no puede estimarse que el legislador consideró dentro de la hipótesis más benigna del delito de daños (la con menor pena) la peligrosidad involucrada en la tenencia de explosivos.

Sobre la posibilidad de una progresión delictiva, esto es, que formas más graves del delito van consumiendo a las menos graves en una misma línea lesiva, no se puede considerar que la tenencia es absorbida por los daños, toda vez que es evidente que la gravedad de éstos es menor⁴. Distinto es

7° *En tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.*

8° *Arruinando al perjudicado.*

³ Podría argumentarse que es de resultado cortado, esto es, que no se espera la producción de la lesión para sancionarlo, pero un análisis sistemático de la Ley N° 17.798 muestra que la preocupación principal de dicha ley es precisamente la tenencia y porte mismo de las armas y no su utilización.

⁴ Sin perjuicio, como es evidente, que la gravedad del hecho no es el único criterio relevante.

el caso donde la tentativa (peligro) de homicidio se convierte en homicidio (lesión), esta última será más grave, no sólo por la diferencia en relación al bien jurídico (peligro vs. lesión), sino por la pena involucrada, que en nuestro sistema determina la gravedad del ilícito. Así, no puede considerarse que una hipótesis con pena menor asignada, como son los daños, absorba a otra con mayor pena.

Por otra parte, tampoco es posible que la tenencia absorba a los daños. La teoría del hecho posterior copenado generalmente ha sido caracterizada como una forma de aprovechamiento del delito previo, por lo que incluye el aseguramiento, uso u obtención de beneficios del hecho anterior⁵. La doctrina ha tendido a señalar como requisitos que se trate del mismo bien jurídico afectado y el mismo perjudicado⁶. En este caso se hace evidente que no es el mismo perjudicado por los daños –donde hay un perjudicado identificado– y por la tenencia –que como delito de peligro abstracto no involucra necesariamente una víctima concreta–. En el caso del bien jurídico, los daños protegen a la propiedad; en cambio, la finalidad de la Ley N° 17.798 ha sido establecida, y así queda en evidencia en la moción parlamentaria que le dio origen⁷, a una forma de evitar el peligro en la acumulación, esto es evitar la proliferación de armas que pongan en entredicho el poder democrático institucional, sin perjuicio de que esto deba vincularse con los bienes jurídicos concretos que puedan ser afectados por dichas armas, como la vida, aunque esto también incluye formas de ataque a la institucionalidad. De ahí su gravedad.

⁵ RISSING-VAN SAAN, Ruth, vor § 52, en LAUFHÜTTE, Heinrich, RISSING-VAN SAAN, Ruth, TIEDEMANN; Klaus; *Leipziger Kommentar StGB*, t. II, 12ª Edición (Leipzig, 2006), p. 1335; vid., también, muy claro en las hipótesis, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª Ed. (Santiago, 2003), p. 464:

1. Los que consisten en el aprovechamiento o destrucción de los efectos del delito en cuya comisión se ha tomado parte, como sucede típicamente en los casos de delitos contra la propiedad;

2. Los que consisten en el agotamiento de la intención puesta en el delito preferente, como el uso del documento falsificado por parte de quien lo falsifica, arts. 193, 194 y 196, y

3. Los que consisten en actos de autoencubrimiento, como el uso ilegítimo de bienes provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes por parte de quien realiza las operaciones de tráfico de las cuales provienen esos bienes.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Historia de la Ley N° 17.798, pp. 4 y 5.

Si bien hay autores que entienden que el bien jurídico del delito previo y el delito posterior copenado no tiene que ser necesariamente el mismo⁸, esa relación debe entenderse en virtud de aquellos casos en que para el aseguramiento o aprovechamiento del ilícito previo debe realizarse un nuevo ilícito, esto último relacionado con la obtención del beneficio económico del delito, lo que no se da en este caso y, por tanto, la relación medial que acredita la Corte es la correcta.

Esto, sin embargo, parece dejar en evidencia un absurdo de nuestra legislación: que la tenencia del arma pueda sea más grave que su detonación (en este caso, daños).

En el caso de los explosivos, la versión original de la Ley Antiterrorista (Ley N° 18.314) presumía con el uso de explosivos la finalidad terrorista y, por tanto, su detonación (art. 2° N° 4) era sancionada según dicha norma. Esta presunción, sin duda contraria a los principios del Derecho Penal, ya no se encuentra en la ley luego de la reforma de 2010.

En ese sentido, cabe hacer una propuesta de *lege ferenda* en el sentido de que se adapte nuestra legislación de la siguiente manera:

En primer lugar, en el contexto actual, distinto al de 1972 en que se promulga la Ley de Control de Armas, no se justifica la severidad con que se sanciona la posesión y porte. En ese sentido, se propone un tratamiento diferenciado de las hipótesis en que las personas tengan armas de alto poder destructivo o su acumulación de armas represente un peligro (ya el artículo 12 de la ley hace referencia a quien tuviera más de un arma, pero referidos a casos distintos al del art. 3° que sanciona las armas adulteradas y los explosivos) en sí misma, y aquellos casos en que se tenga armas de bajo poder destructivo.

Para todos los casos se debería crear un delito de detonación riesgosa, que se sanciona cuando el uso de las armas o explosivos se realiza cumpliendo con algunas condiciones como que sea en un lugar poblado o cerca de personas, desde un vehículo en movimiento, etc. Estos casos serán una hipótesis agravada del delito anterior, de modo que no se sancionan ambas, excepto en el caso de acumulación de armas, por entenderse que representan peligros diferentes. Además, deberán subsumir la posible producción de daños. En el caso de lesiones u homicidio, en cambio, la detonación debe ser absorbida por estos delitos, pudiendo agravarse la pena en la medida en que se haya

⁸ Esto se ha argumentado para evitar la sanción del autolavado de activos, considerando que tendría un bien jurídico distinto al hecho previo. Vid. BACIGALUPO, Enrique, Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero (Navarra, 2012), p. 31.

creado con el medio de ataque un peligro para terceros (una bomba de alto poder destructivo, por ejemplo). En otros casos, como el uso de las armas en un robo con fuerza o intimidación, el concurso debiera ser aparente. Esto, indudablemente, dará mejor cuenta de lo que se pretende proteger.