

EL PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM COMO LÍMITE A LA VALORACIÓN JUDICIAL DEL INJUSTO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

PAULINA GUTIÉRREZ PEÑA

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

Un hombre se encontraba sentado bebiendo alcohol al borde de la playa en la ciudad de Arica, cuando fue fiscalizado por funcionarios de la Armada. Al registrar el vehículo en el que se encontraba, los efectivos hallaron un arma de fogeo adaptada para el disparo de municiones, específicamente cargada con cartuchos aptos para ser percutidos. Tras ser detenido, el sujeto profirió amenazas de muerte a los funcionarios, alegando una supuesta conexión con la organización criminal llamada “Tren de Aragua”.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica condenó al acusado a cinco años de presidio menor en su grado máximo por el delito de tenencia de arma a fogeo adaptada para el disparo de municiones o cartuchos, previsto en el art. 13 de la Ley N° 17.798, y a sesenta y un días de presidio por las amenazas contra funcionarios de las Fuerzas Armadas. Para determinar el *quantum* de la primera sanción, el sentenciador señaló que, concurriendo una circunstancia atenuante y ninguna agravante, no aplicaría el grado máximo de la pena en virtud de lo dispuesto en el art. 68 inciso segundo del Código Penal (en adelante CP). Sin embargo, el tribunal sostuvo que debía tenerse en consideración que el arma incautada estaba en condiciones de percutir la munición con la que se encontraba cargada, lo que aumentaba el peligro sancionado por la norma penal, siendo adecuada una ponderación mayor del injusto conforme a lo establecido en el art. 69 del mismo código. En virtud de este razonamiento, se impuso al sentenciado el límite superior dentro del tramo legalmente correspondiente.

En contra de esta decisión, la defensa recurrió de nulidad, fundándose en la errónea aplicación del derecho por parte del tribunal, alegación que fue desestimada por la Corte por considerar que en el caso no se configuraba la causal invocada. No obstante, al conocer del recurso, el tribunal *ad quem* advirtió de oficio un vicio sustancial en la sentencia: la falta de motivación en la determinación de la pena, derivada de una doble valoración contraria al principio *ne bis in ídem*.

II. ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES DE ARICA

La Corte de Apelaciones de Arica anuló de oficio la sentencia, señalando en su considerando sexto que “el fallo utiliza para sustentar una mayor extensión del mal causado, un argumento que contraviene el principio *non bis in ídem* o de prohibición de doble valoración en perjuicio del encartado, pues el legislador ya consideró dichas razones para establecer la gravedad de la pena asignada al delito, no aportándose ningún antecedente adicional para establecer la sanción dos años por sobre su base”.

Señala la Corte que logra constatar de lo anterior una falta de motivación en la determinación del *quantum* de la pena, derivada del uso indebido del art. 69 del CP, en el entendido que esta norma efectivamente le otorga un marco de discrecionalidad al juez para determinar la pena que aplicará en un caso concreto, pero que en ningún supuesto podrá carecer de fundamentación, de lo contrario se estaría incurriendo en una arbitrariedad vedada por el Derecho, en contravención al principio *ne bis in ídem*.

Es por ello que, en opinión de la Corte, esta escasez argumentativa del Tribunal Oral en lo Penal de Arica obliga a invalidar su decisión, por cuanto la sentencia no contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones, no explicándose los antecedentes probatorios que permitan considerar una mayor extensión del mal causado, de conformidad a lo dispuesto en el art. 69 del CP, configurándose de esta manera la causal prevista en el art. 374 letra e) del Código Procesal Penal.

Finalmente, la Corte dicta sentencia de reemplazo y condena al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor de un delito de tenencia de arma a fogeo adaptadas o transformadas para el disparo de municiones o cartuchos, en virtud que en la especie concurre una circunstancia atenuante y ninguna agravante, no existiendo otros antecedentes que den cuenta de una mayor extensión del mal causado, es decir, a diferencia del Tribunal Oral en lo Penal, la Corte aplica el límite inferior del rango legal establecido para el caso.

III. COMENTARIO

El presente trabajo se centrará en analizar el principio de prohibición de doble valoración y la facultad del juez para determinar el *quantum* de la pena. Se sostendrá que el fallo impugnado incurre en una valoración ilegítima que, además de vulnerar el principio *ne bis in ídem*, trae como consecuencia una falta de racionalidad en la decisión sancionatoria.

1. El principio ne bis in ídem

El principio *ne bis in ídem* encuentra reconocimiento en el derecho penal como una garantía de legalidad que limita la potestad punitiva del Estado. Nuestro ordenamiento no contiene una definición explícita de este principio, pero su operatividad ha sido reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, a partir de la estructura de los delitos y de las normas que rigen la determinación de la pena, pero también en virtud de tratados internacionales que lo reconocen expresamente, estos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este principio se compone de dos dimensiones, una procesal, que excluye la posibilidad de juzgamiento ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho; y una dimensión penal o sustantiva, que se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo hecho¹. De esta forma, la dimensión sustantiva, que es la que nos ocupa en este comentario, impide que se imponga al condenado dos penas criminales o se agrave su responsabilidad por un mismo contenido de injusto², cuestión que viene a concretar la prohibición de exceso derivado del principio de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad³.

La dimensión material de este principio limitador del *ius puniendi* representa en primer lugar, un estándar vinculante para el legislador, evitando las redundancias legislativas, asociada a la superposición de los supuestos de hecho de dos o más normas de sanción en relación con un mismo objeto de subsunción⁴. En segundo lugar, es un estándar para el juez, consagrado en el art. 63 del CP, el que señala: “No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

De este modo, cuando el legislador ha considerado un determinado elemento como constitutivo del tipo penal —por ejemplo, el hecho de que el arma sea capaz de percutir munición real—, ese elemento ya ha sido incorporado al juicio

¹ MAÑALICH, Juan Pablo. “El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 15, (2011), p. 140.

² RETTIG, Mauricio. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. Tomo I*. Santiago: Ediciones Der, (2019), p. 219.

³ VERA, Juan Sebastián. “*Ne bis in ídem* procesal y cosa juzgada en materia penal: ¿idéntico sentido normativo?”, en *Política Criminal*, vol. 18, núm. 35, (2023), p. 434.

⁴ MAÑALICH, ob. cit., p. 143.

de ilicitud y, por tanto, no puede ser reutilizado para agravar la pena, salvo que existan circunstancias adicionales que amplíen objetivamente la responsabilidad penal del autor. En caso contrario, se produce una doble valoración del mismo fundamento, viciando la motivación de la pena y vulnerando la prohibición de *ne bis in idem*.

No obstante, en el caso concreto la discusión no recae en la aplicación, o no, de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, sino en la decisión del tribunal de aplicar el límite superior dentro del tramo fijado por la ley al momento de determinar la cuantía de la pena. En este contexto, cabe preguntarse si resulta efectivamente contrario al principio *ne bis in idem* que el juez, dentro del marco legal establecido por el legislador, opte por imponer la sanción más alta del rango permitido, “agravando” de esta forma la pena.

La respuesta exige distinguir entre el ejercicio legítimo de la facultad judicial para individualizar la pena y la justificación que debe entregar el órgano jurisdiccional para determinar la sanción.

2. La determinación del quantum de la pena

La Ley N° 17.798 establece un régimen especial de determinación de la pena en su art. 17 B inciso segundo⁵, excluyendo expresamente la aplicación de los arts. 65 a 69 del CP para ciertos delitos, entre ellos el previsto en el art. 13. No obstante, dicha disposición conserva parte de la estructura del art. 69 del CP, en particular al mantener como criterio orientador la “mayor o menor extensión del mal causado”.

Por “mal” entenderemos, siguiendo a Etcheberry, que es la ofensa misma al bien jurídico protegido, como también todas las consecuencias perjudiciales del hecho que sean un efecto directo del mismo, incluso de aquellas que no estén consideradas en la tipificación del delito para los efectos de la penalidad⁶. Por tanto, el art. 17 B de la Ley N° 17.798, como también el art. 69 del CP, le per-

⁵ Art. 17 B inc. 2 de la Ley N° 17.798: Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8º, 9º, 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 CP 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.

⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General. Tomo II*, 3^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (1999), p. 191.

miten al juez una evaluación amplia de todas las circunstancias relevantes del caso concreto, no puramente aquellas relacionadas con el bien jurídico afectado⁷.

Ahora bien, determinar la mayor o menor extensión de ese mal es un asunto que queda entregada al criterio del juez, no estableciendo la ley reglas para esta empresa, y por tanto, será el sentenciador el que apreciará la entidad de la lesión o peligro corrido por el bien jurídico protegido⁸, la mayor o menor vinculación subjetiva, la entidad del daño causado, las condiciones sociales, oportunidades vitales reales de la víctima y el condenado⁹, entre otras.

Esta facultad que se le otorga a los jueces de poder determinar discrecionalmente la sanción concreta, en la que pueden fijar, dentro de toda la extensión de la pena prevista por la ley, el *quantum* final de la misma, permite que los sentenciadores efectivamente puedan escoger el límite superior de la condena. No obstante, esta facultad tiene una escasa aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales, en virtud que, por regla general, aplican el límite inferior del grado de la pena resultante de las reglas de determinación de la pena¹⁰ sin mayores fundamentos acerca del valor que a las circunstancias concurrentes se les asigna o la entidad que les atribuye, o la extensión del mal que se estima causado¹¹.

Entonces, cabe preguntarse si era posible para el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, en virtud del art. 17 B de la Ley N° 17.798, aplicar el límite superior de la pena prevista para el hecho, en lo concreto, si dentro del rango presidio menor en su grado máximo, era posible que se condenara al acusado a cinco años, es decir, al límite superior máximo contemplado por el legislador. Esta decisión merece dos observaciones.

En primer lugar, el tribunal fundamentó su decisión con base en el art. 69 del CP, norma expresamente excluida por el art. 17 B de la Ley N° 17.798 para la determinación de la pena en los delitos contemplados en dicha ley, entre ellos el previsto en su art. 13. Al momento de los hechos, 28 de mayo de 2023, esta disposición se encontraba plenamente vigente, por lo que resultaba jurídicamente incorrecto invocar el art. 69 del CP como fundamento normativo de la decisión. Ahora bien, aunque el art. 17 B sustituye formalmente al art. 69

⁷ MATUS, Jean Pierre. RAMÍREZ, Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2^a ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, (2021), p. 648.

⁸ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte General. Tomo I*, 2^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2005), p. 325.

⁹ MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 648.

¹⁰ GAJARDO, Tania. HERMOSILLA, Francisco. “Determinación, aplicación y ejecución de penas”, en *Colección de material docente de la Academia Judicial*, núm. 61, (2023), p. 128.

¹¹ MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 648.

en estos casos, conserva parte de su estructura conceptual, particularmente al mantener como criterio la mayor o menor extensión del mal causado. En ese sentido, las elaboraciones doctrinales construidas en torno al art. 69 pueden seguir siendo útiles como referencia interpretativa, siempre que se utilicen bajo la cobertura del nuevo marco legal. Por tanto, el error del Tribunal Oral en lo Penal de Arica no radica en haber considerado dicha categoría, sino en haber invocado como fuente normativa una disposición excluida por el régimen especial aplicable, lo que constituye un error de derecho que agrava el vicio advertido por la Corte de Apelaciones, órgano que no se refirió a este error.

En segundo lugar, aun cuando el art. 69 del CP no resulta aplicable al caso por mandato expreso del art. 17 B de la Ley N° 17.798, sus categorías interpretativas —como la noción de “mayor o menor extensión del mal causado”— han sido recogidas por esta última norma, lo que permite utilizarlas como referentes dogmáticos para analizar la corrección sustantiva del razonamiento judicial. Por tanto, es preciso reiterar que el art. 17 B de la ley sobre control de armas o el art. 69 del CP, no confieren una potestad discrecional absoluta, sino una facultad que debe ejercerse dentro de los márgenes legales y excluyendo toda forma de valoración redundante o indebida de circunstancias ya incorporadas en el tipo penal o en alguna agravante o atenuante. Por tanto, la labor del juez, ante esta facultad discrecional que se le otorga es “explicar conforme a los parámetros del art. 17 B o del art. 69 según corresponda, las razones que lo movieron a fijar ese *quantum*”¹².

En el caso concreto, el Tribunal Oral en lo Penal de Arica justificó la aplicación del límite superior del grado —esto es, cinco años de presidio menor en su grado máximo— sobre la base de que el arma incautada se encontraba en condiciones de percutar la munición con la que estaba cargada, y es justamente aquello lo que aumenta potencialmente el peligro sancionado por la norma penal, indicando que sería adecuada una ponderación mayor del injusto que debe reflejarse en la pena a imponer¹³.

Como se puede observar, el tribunal introdujo una distinción entre la tenencia del arma a fogeo adaptada para el disparo y la circunstancia adicional de que dicha arma estuviera efectivamente cargada con munición real, lo que incrementaría, a su juicio, el riesgo para el bien jurídico protegido. Sin embargo, esta distinción resulta insostenible, puesto que el tipo penal aplicado, ya sanciona la tenencia de armas que se encuentren en condiciones de ser disparadas, lo que incluye naturalmente su aptitud técnica para percutar municiones reales. La

¹² GAJARDO, ob. cit., p. 128.

¹³ Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 10 de julio de 2024, RIT 133-2024, considerando décimo octavo.

circunstancia de que el arma estuviera cargada al momento de su incautación no constituye un hecho adicional que amplíe el desvalor del injusto, sino que forma parte del estándar de peligrosidad mínima que exige la configuración típica del delito en cuestión, superándose así una tesis que recurra a la mayor o menor proximidad a la lesión del bien jurídico, por cuanto el legislador optó por la normativización del peligro de la conducta¹⁴.

Por tanto, utilizar esa condición como fundamento para aplicar una pena más gravosa implica incurrir en una doble valoración del mismo presupuesto fáctico, en infracción al principio *ne bis in ídem*. El Tribunal Oral en lo Penal de Arica no aportó antecedentes adicionales que permitieran sostener una mayor peligrosidad concreta del hecho, ni se acreditaron consecuencias perjudiciales distintas o adicionales a las previstas normativamente.

Lo que el tribunal presenta como una circunstancia diferenciadora, en rigor, no es más que una reiteración de un elemento ya normado por el legislador, y por tanto, la decisión de aplicar el límite superior del grado, sin motivación autónoma y con base en elementos ya subsumidos en la descripción típica, vulnera el deber de motivación racional que dispone el art. 342 letra c) del Código Procesal Penal y excede los límites del art. 69 del CP y del 17 B de la ley de Control de Armas.

De esta forma, es importante advertir, que lo prohibido por ambas normas no es *per se* la aplicación del límite superior dentro del grado legal. Lo que se proscribe es que dicha elección se funde en elementos ya valorados por el legislador, sin la concurrencia de hechos nuevos que revelen una mayor gravedad o lesividad del hecho en el caso concreto. Así, el error del tribunal de instancia no radica en haber optado por el tramo superior, sino en la insuficiencia de los fundamentos ofrecidos para justificar esa opción.

Desde esta perspectiva, la motivación judicial no se satisface con la mera reiteración de elementos típicos ni con afirmaciones genéricas sobre la gravedad del hecho. La mayor extensión del mal causado debe estar vinculada con aspectos concretos de la conducta o del contexto de su realización: por ejemplo, una afectación más intensa del bien jurídico protegido, un daño especialmente significativo para la víctima, una modalidad de comisión particularmente peligrosa, entre otros. Solo así puede afirmarse que el hecho, en su configuración individual y no abstracta, justifica un mayor reproche punitivo.

Por tanto, cuando la fundamentación ofrecida por el tribunal para justificar la aplicación del tramo superior del grado se limita a invocar un elemento que ya ha sido normativamente subsumido —como es la aptitud del arma incautada

¹⁴ VILLEGAS, Myrna. “La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813”, en *Política Criminal*, vol. 14, núm. 28, (2019), p. 27.

para percutar munición real—, se vulnera la exigencia de motivación autónoma y, por ende, se incurre en una forma material de infracción al principio *ne bis in ídem*. La consecuencia jurídica de tal infracción no es meramente formal: se traduce en la afectación directa del derecho del condenado a ser sancionado conforme a parámetros de legalidad y racionalidad, pilares fundamentales del sistema penal y procesal penal vigente.

CONCLUSIÓN

La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Arica representa una aplicación correcta del principio *ne bis in ídem* en su dimensión sustantiva, al identificar de oficio que el tribunal de juicio fundó la agravación del reproche punitivo en un elemento ya incorporado por el legislador en la descripción típica del delito. Esta doble valoración, al no estar sustentada en hechos adicionales que incrementaran objetivamente el desvalor del injusto, vulnera el límite que impone el principio de legalidad penal a la determinación judicial de la pena.

El fallo comentado pone en evidencia que el principio *ne bis in ídem* no solo actúa como límite a la persecución penal múltiple, sino también como una garantía estructural en el proceso de individualización de la pena, exigiendo que cada agravación del reproche se funde en un hecho jurídicamente autónomo y no en una reiteración valorativa de elementos ya subsumidos en el tipo penal. La anulación de la sentencia, fundada en la ausencia de motivación suficiente, refuerza la exigencia de racionalidad, coherencia y legalidad que debe presidir el juicio de determinación del *quantum punitivo*.

Si bien la Corte no abordó expresamente la errónea aplicación del art. 69 del CP, su análisis se sostuvo sobre un estándar dogmático que permite afirmar que, al menos en lo sustancial, el fallo cumple con los parámetros de control que el ordenamiento jurídico impone a los jueces al momento de imponer una pena. El principio *ne bis in ídem*, así entendido, se proyecta como un límite operativo, cuya transgresión invalida decisiones judiciales aun cuando se ajusten formalmente a los marcos legales de la pena.

2. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Tenencia de arma a fogeo adaptada para el disparo de municiones y amenazas a funcionarios activos de las fuerzas armadas. Anulación de oficio. Falta de motivación en la determinación de la pena y contravención del principio *non bis in ídem*.

HECHOS

Defensa del sentenciado interpone recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo condenó como autor del delito consumado de tenencia de arma a fogueo adaptada para el disparo de municiones o cartuchos y del delito de amenazas a funcionarios activos de las fuerzas armadas. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge de oficio el recurso de nulidad.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Anula de Oficio).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Arica.*

ROL: *663-2024, de 12 de septiembre de 2024.*

MINISTROS: *Sr. José Delgado A. y Sr. Juan Araya C.*

DOCTRINA

De conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 379 del Código Procesal Penal, se advierte que en la sentencia impugnada existe falta de motivación en la determinación de la pena. En efecto, en el considerando décimo octavo de la sentencia se acota que “concurriendo respecto del acusado una circunstancia atenuante de responsabilidad penal y ninguna agravante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 inciso segundo del código penal, no aplicará el tribunal el grado máximo, quedando así en el presidio mayor en su grado mínimo. Luego, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del mismo código, teniendo en consideración que el arma incautada se encontraba en condiciones de percutar precisamente el tipo de munición con la que se encontraba cargada, aquello aumentaba potencialmente el peligro sancionado por la norma sancionatoria, siendo adecuada una ponderación mayor del injusto que debe reflejarse en la pena a imponer, como se dirá en lo resolutivo de este fallo”. En definitiva, el fallo utiliza para sustentar una mayor extensión del mal causado, un argumento que contraviene el principio non bis in ídem o de prohibición de doble valoración en perjuicio del encartado, pues el legislador ya consideró dichas razones para establecer la gravedad de la pena asignada al delito, no aportándose ningún antecedente adicional para establecer la sanción dos años por sobre su base. Porque, si bien la norma del artículo 69 del Código Penal otorga al juez un marco de discrecionalidad en la determinación judicial del quantum de la pena, aquella decisión en caso alguno puede carecer de razones coherentes y de la

argumentación necesaria que permita a las partes recurrir de la misma, so pena de incurrir en una arbitrariedad vedada por el Derecho (considerando 6º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/35776/2024

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 69 del Código Penal; 379 del Código Procesal Penal.*