

C.A. de Santiago

Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil veintidós.

**Vistos:**

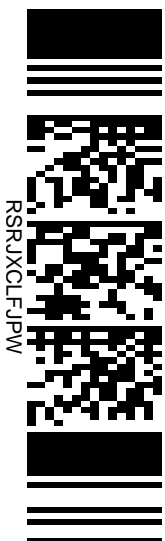
En este proceso RIT N° 149-2022, RUC N° 2100828152-9, seguido ante el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de catorce de octubre de dos mil veintidós, en lo que interesa, se condenó a Boris Marley Rojas Morales como autor del delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida y tenencia ilegal de munición a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales, sin costas.

En contra de este fallo la defensa del condenado ha deducido recurso de nulidad fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Con fecha 6 de diciembre en curso se procedió a la vista de la causa, oportunidad en la que alegaron en estrados tanto la parte recurrente como el Ministerio Público, fijándose la audiencia del día de hoy para la lectura de la presente sentencia.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso de nulidad se sustenta en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, denunciándose una errónea aplicación del artículo 11 N° 6 del Código Penal, al no considerar concurrente el fallo la atenuante que se consagra en esta norma, pues, según la defensa, el acusado sólo mantiene condenas pretéritas por hechos ocurridos cuando era menor de edad. Se alegan además contravenidos los artículos 2°, 3°, 9°, 13 y 14 de la Ley N° 17.798, en relación con los artículos 1° y 2° del Código Penal y 385 del Código Procesal Penal.

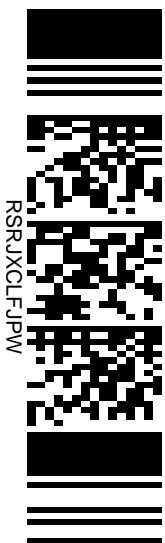


Alega en primer lugar la recurrente que para los adultos las condenas se registran en su extracto de filiación y antecedentes, a diferencia de los menores, en que más bien existe un registro de sanciones. A mayor abundamiento, añade, las penas son diferentes, pues para adolescentes se habla de sanciones y para los adultos de penas, como, asimismo, la forma de cumplimiento en cada una de ellas es diferente. Por lo anterior, sigue la defensa, puede concluirse que el tribunal no tuvo a la vista todo lo anteriormente mencionado y que se limitó a sostener que no beneficia al sentenciado la atenuante invocada por la defensa únicamente porque registraba condenas como menor, no fundamentando o justificando esta conclusión.

Concluye sobre el punto que el tribunal aplicó erróneamente la ley, por cuanto consideró la normativa de adultos y de adolescentes como similar, sin diferenciar una de otra.

El segundo punto cuestionado por la causal de nulidad invocada es, según la Defensoría Penal Pública, la pena que se impuso por parte del tribunal.

Expone al efecto que se reconoció la atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal y en tanto no se estimó concurrente agravante alguna, debió regularse la pena en su grado mínimo, “pero (...) en atención a que subsumió un delito en otro, que el arma fue modificada, que tenía una munición adentro, que además el imputado al ver a Carabineros corrió, que estaba cargada, que iba con otras dos personas, es que procede imponer la pena de cinco años”. Entiende la defensa que existe una errónea interpretación en cuanto a lo que refiere a determinación de pena y el fundamento de ésta, ya que el tribunal se escuda en la extensión del mal causado, y manifiesta que subsume la figura de tenencia de munición en la de



porte de arma, mas indica que las circunstancias que rodean al delito hacen que la pena impuesta sea de cinco años, la que incluso es más perjudicial que si se hubiese condenado por dos delitos diferentes.

En cuanto a la extensión del mal causado argumenta que no se consideró que el arma no fue disparada, que el hecho que se denunció fue que había sujetos discutiendo en la calle y no efectuando disparos, que la pistola fue arrojada por el condenado cuando se percató de la presencia de personal policial, que nadie fue herido, que el arma no fue utilizada, que nadie fue amedrentado, que no se cometió delito alguno con el arma, que, más importante aún, se está frente a un delito que por sí ya tiene un castigo elevado con un marco rígido que no permite rebajas de grado y, finalmente, que se trata de un delito de peligro abstracto.

**Segundo:** Que de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia cuando, en el pronunciamiento de ésta, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

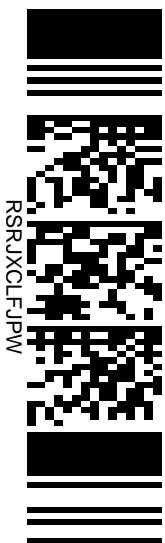
En la historia fidedigna del establecimiento del proyecto que en definitiva se materializó en el Código Procesal Penal se dejó expresa constancia del carácter genérico de las causales de nulidad del artículo 373. Se expuso en su oportunidad que este recurso apunta a dos objetivos perfectamente diferenciados: la cautela del racional y justo procedimiento -mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule- y el respeto de la correcta aplicación de la



ley -elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato-, pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico (Mario Mosquera Ruiz y Cristián Maturana Miquel, “Los Recursos Procesales”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, página 349.

Sobre esta base teórica, ha de tenerse en consideración que la causal de la letra b) del artículo 373 supone sin lugar a dudas que el recurrente acepta los hechos tal y como han sido fijados en el fallo, esto es, que los hechos que el tribunal ha tenido por acreditados luego de la valoración de la prueba rendida son inamovibles. El reproche del recurrente de nulidad, por consiguiente, debe entenderse dirigido únicamente al eventual error que observe en la interpretación y aplicación del derecho llamado a regir ese hecho ya intangiblemente determinado. Por consiguiente, si el recurso se construye a partir de hechos que el fallo no ha tenido por probados o se refiere a hechos distintos de los asentados, la nulidad habrá de ser evidentemente desestimada.

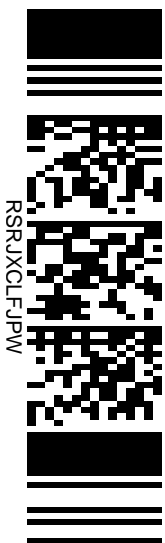
**Tercero:** Que el fallo objeto del recurso señala, en lo que interesa, que se “discrepa de la posición de la defensa en cuanto a que su defendido goza de irreproachable conducta anterior porque para estos efectos no se consideran las anotaciones como adolescente, lo que no es así. Por lo que no cuenta con la atenuante de irreproachable conducta anterior del N° 6 del artículo 11 del Código Penal”. Añade que, “por el contrario, concurre la minorante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal, pues el sentenciado reconoció la fecha y día en que portaba el arma, aunque dijo ser a fogueo, que la



arrojó y que fue detenido solamente él, en circunstancias que andaba con dos amigos más”.

Ahora bien, en cuanto al primer reproche que se dirige al fallo, el aludido N° 6 del artículo 11 del Código Penal consagra como circunstancia atenuante de responsabilidad criminal si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable. Como puede apreciarse, de acuerdo a la norma, para que opere la minorante se exige una conducta anterior irreprochable, es decir, exenta de reproche y, por tanto, para gozar de la atenuación no es necesario que se demuestre que el sentenciado ha llevado una vida ejemplar o particularmente virtuosa, pero evidentemente obsta a apreciar la concurrencia de esa irreprochabilidad el hecho de mantener el acusado seis condenas anteriores, tres de ellas por hechos que según la ley se califican de crímenes. La jurisprudencia uniformemente ha reconocido la minorante a quien carece de condenas por sentencia ejecutoriada por hechos ocurridos con anterioridad al actual juzgamiento y dictadas también con anterioridad al inicio de éste, supuesto que no se satisface respecto de Boris Marley Rojas Morales.

Las condenas que se imponen a menores de edad por hechos constitutivos de delito impiden estimar que gozan de conducta anterior irreprochable y, por consiguiente, que concurre la atenuante del citado N° 6 del artículo 11 del Código Penal y cuestión distinta, como ha resuelto la jurisprudencia, es que esas condenas no puedan ser consideradas para otros fines, como es la apreciación de la reincidencia, pues el fundamento en uno y otro caso es enteramente distinto.



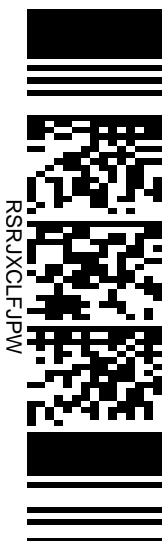
En razón de lo anterior, habrá de descartarse que el fallo haya incurrido en el primer yerro que se le atribuye.

**Cuarto:** Que en relación al segundo capítulo del recurso, la pena que en abstracto señala la ley al delito de porte ilegal de arma de fuego prohibida en el inciso primero del artículo 13 de la Ley N° 17.798, es la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Ahora, el inciso segundo del artículo 17 B de la aludida Ley N° 17.798 prescribe que para determinar la pena en los delitos previstos, entre otros, en el artículo 13, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal 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. Agrega la norma para mayor claridad que el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la Ley N° 20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.

De acuerdo al precepto, el tribunal al fijar la extensión de la pena en concreto ha de hacerlo dentro del marco rígido que le señala la ley, sin considerar las reglas de determinación que se contemplan en el Código Penal en lo que a atenuantes y agravantes se refiere, de modo tal que al haberse regulado la que se impuso a Rojas Morales dentro de ese marco, ninguna contravención legal se ha cometido.

**Quinto:** Que en razón de todo lo antes expuesto y por no configurarse los presupuestos de la causal de nulidad contemplados



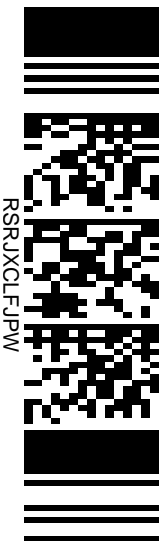
en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, el recurso deducido por la Defensoría Penal Pública debe ser necesariamente declarado sin lugar.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, se **rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado Boris Marley Rojas Morales, contra la sentencia de catorce de octubre dos mil veintidós, pronunciada por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en la causa RIT N° 149-2022, RUC N° 2100828152-9, la que, en consecuencia, no es nula.

Regístrese, comuníquese y archívese.

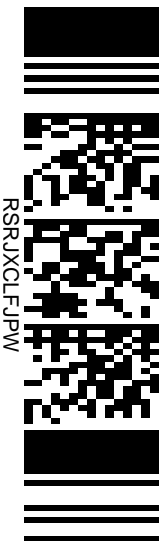
Redacción del Ministro señor Balmaceda.

**N°Penal-4848-2022.**



Pronunciado por la Undécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Jessica De Lourdes Gonzalez T., Jaime Balmaceda E. y Abogado Integrante Eduardo Jequier L. Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil veintidós.

En Santiago, a veintiuno de diciembre de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por 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.  
A contar del 11 de Septiembre de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.