



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO**

Análisis Dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego

**Tesis para optar al Grado de Licenciado
en Ciencias Jurídicas y Sociales**

Tesista : Ronny Lara Camus

Profesora Guía: Myrna Villegas Díaz

Santiago, 2007.

Gracias a Dios, por las bendiciones que ha derrochado en mi vida.

Gracias a mis padres, por ser los pilares de mi educación.

Gracias a mi amada Janisse, por su incalculable ayuda y apoyo.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN. | 8 |
| PARTE I: CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES. | 12 |
| CAPITULO I: EXAMEN POLITICO CRIMINAL. | 13 |
| 1. TENDENCIAS POLÍTICO CRIMINALES. | 13 |
| 1.1. Política criminal intervencionista–terapéutica. | 13 |
| 1.2 Política Criminal valorativa. | 14 |
| 1.3 Derecho Penal Simbólico. | 16 |
| 2. HISTORIA DE LA LEY N° 17.798 Y FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINALES DE SU DICTACIÓN. | 20 |
| 3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA LEY 17.798 Y SUS FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINALES. | 29 |
| 3.1. Fundamentos político criminales de las modificaciones introducidas por Ley 20.014 a ley de control de armas. | 29 |
| 3.1.1. Modificaciones establecidas al artículo 9° de la Ley 17.798. | 32 |
| 3.1.2. Modificaciones establecidas al artículo 13° de la Ley N° 17.798. | 34 |
| 4. ANALISIS CRÍTICO DE LAS TENDENCIAS SEGUIDAS POR EL LEGISLADOR EN LA LEY 20.014. | 35 |
| 5. ANALISIS CRÍTICO A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LEY N° 20.061 A LEY DE CONTROL DE ARMAS. | 56 |
| PARTE II: CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y ESTUDIO DE LOS DELITOS DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO. | 62 |
| CAPITULO II: EXPOSICIÓN DOGMATICA. | 63 |
| 1. ACTUALES TENDENCIAS EN LA DOGMÁTICA PENAL. | 63 |
| 1.1. Concepción jurídico–penal funcionalista. | 63 |
| 1.1.1. Funcionalismo sistémico moderado o teleológico–valorativo racional. | 64 |

| | |
|---|-----------|
| 1.1.2. Funcionalismo radical. | 67 |
| 1.1.2.1. Teoría de los sistemas sociales autoreferenciales como fundamento. | 67 |
| 1.1.2.2. Planteamiento funcionalista radical de Jakobs. | 71 |
| 2. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO. | 73 |
| 3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. | 78 |
| 3.1 Fundamentos filosóficos del Derecho Penal del Enemigo. | 81 |
| 3.2. Características del Derecho Penal del Enemigo. | 81 |
| 3.2.1. Tipos penales que anticipan la punibilidad a actos preparatorios de hechos futuros. | 81 |
| 3.2.2. Desproporcionalidad de las penas. | 82 |
| 3.2.3. Legislación de lucha o de combate. | 82 |
| 3.2.4. Considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados: En palabras de Jakobs. | 83 |
| 3.2.5. Recrudescimiento de condiciones penitenciarias para los condenados. | 84 |
| 4. CRÍTICAS AL PLANTEAMIENTO DOGMÁTICO FUNCIONALISTA RADICAL. | 84 |
| 4.1. Críticas al Derecho Penal del Ciudadano. | 84 |
| 4.2. Críticas al Derecho Penal del Enemigo. | 92 |
| 5. PROPUESTA. | 95 |
| CAPITULO III: ANÁLISIS DEL DELITO DE POSESIÓN O TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO PERMITIDAS. | 96 |
| 1. Naturaleza jurídica. | 96 |
| 2. Bien jurídico protegido. | 98 |
| 3. Tipo penal. | 103 |
| 3.1. Tipo Objetivo. | 104 |
| 3.1.1. La acción. | 105 |
| 3.1.1.1. Verbo rector: poseer o tener. | 106 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 3.1.1.2. | ¿Existe adecuación de tipo omisivo en el delito de posesión o tenencia ilegal de armas?. | 108 |
| 3.1.1.3. | Sujetos de la acción. | 110 |
| 3.1.1.4. | Objeto material de la acción. | 111 |
| 3.1.2. | Elementos normativos del tipo. | 114 |
| 3.1.2.1. | “No haber obtenido la autorización señalada en el artículo 4°”. | 114 |
| 3.1.2.2. | “No haber realizado la inscripción establecida en el artículo 5°”. | 118 |
| 3.2. | Tipo subjetivo. | 124 |
| 3.2.1. | Dolo. | 124 |
| 3.2.2. | Culpa. | 127 |
| 3.2.3. | Elemento subjetivo del tipo: animus detinendi | 127 |
| 4. | Antijuridicidad. | 128 |
| 5. | Culpabilidad. | 128 |
| 6. | Penalidad del delito de tenencia ilegal de armas permitidas. | 132 |
| 7. | Excusas legales absolutorias. | 133 |
| 7.1. | Artículo 14 C de la Ley N° 17.798 sobre control de armas. | 133 |
| 7.2. | Artículo 27 de la Ley N° 17.798 sobre control de armas. | 134 |
| 8. | Circunstancias modificatorias de la responsabilidad. | 136 |
| 8.1. | Agravante especial del artículo 12 de la Ley N° 17.798 sobre control de armas. | 137 |
| 8.2. | Agravante especial del artículo 14 B de la Ley N° 17.798 sobre control de armas. | 137 |
| 9. | Autoría y participación. | 139 |
| 9.1. | Autoría. | 139 |
| 9.2. | Participación. | 141 |
| 9.3. | Encubrimiento | 142 |
| 10. | Iter Criminis o etapas de desarrollo del delito. | 144 |
| 11. | Unidad y pluralidad de delitos. | 145 |

| | | |
|---|--|------------|
| 11.1. | Unidad de delito. | 145 |
| 11.2. | Pluralidad de delitos o concurso de delitos. | 146 |
| 12. | Tribunal competente para conocer del delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas. | 148 |
| CAPITULO IV. ANÁLISIS DEL DELITO DE POSESIÓN O TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO PROHIBIDAS. | | 149 |
| 1. | Naturaleza Jurídica. | 149 |
| 2. | Bien jurídico protegido. | 149 |
| 3. | Tipo penal. | 150 |
| 3.1. | Tipo Objetivo. | 150 |
| 3.1.1. | Acción típica. | 150 |
| 3.1.1.1. | Verbo rector: poseer o tener. | 151 |
| 3.1.1.2. | Sujetos de la acción. | 151 |
| 3.1.1.3. | Objeto material de la acción. | 152 |
| 3.2. | Tipo subjetivo. | 157 |
| 4. | Antijuridicidad. | 158 |
| 5. | Culpabilidad. | 158 |
| 6. | Penalidad del delito de tenencia ilegal de armas prohibidas. | 158 |
| 7. | Excusa legal absolutoria. | 159 |
| 8. | Circunstancias modificatorias de la responsabilidad. | 160 |
| 8.1. | Agravante especial del artículo 14 B de la Ley N° 17.798 sobre control de armas. | 160 |
| 9. | Autoría y participación. | 162 |
| 9.1. | Autoría. | 162 |
| 9.2. | Participación. | 162 |
| 9.3. | Encubrimiento. | 163 |
| 10. | Iter Criminis o etapas de desarrollo del delito. | 163 |
| 11. | Unidad y pluralidad de delitos. | 163 |
| 11.1. | Unidad de delito. | 163 |
| 11.2. | Pluralidad de delitos o concurso de delitos. | 164 |

| | |
|--|------------|
| 12. Tribunal competente para conocer del delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas. | 165 |
| PARTE III: JURISPRUDENCIA. | 166 |
| CAPITULO V: JURISPRUDENCIA TEMÁTICA. | 167 |
| 1. Sobre el principio de lesividad del bien jurídico protegido en el delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego. | 167 |
| 2. Bien jurídico protegido: Control del Estado sobre las armas. | 169 |
| 3. Concepto normativo de posesión o tenencia. | 171 |
| 4. Subsunción del delito de tenencia en el delito de porte ilegal de armas de fuego. Diferentes bienes jurídicos. | 172 |
| 5. Principio de non bis in idem y error de prohibición en el delito de posesión ilegal de armas de fuego. | 177 |
| 6. Improcedencia de la atenuante del N° 7 artículo 11 del Código Penal, reparación con celo del mal causado. | 180 |
| 7. Inexistencia de concurso material entre el delito de tenencia ilegal de armas de fuego con el delito de lesiones. | 181 |
| 8. Objeto Jurídico de la inscripción del arma. | 184 |
| 9. Prueba del delito de tenencia ilegal de armas. | 186 |
| 10. Coutoría en el delito de tenencia ilegal de armas. | 187 |
| CONCLUSIONES. | 190 |
| 1. Respecto a la Política Criminal adoptada por nuestro legislador en Ley sobre Control de Armas. | 190 |
| 2. Respecto a los principios dogmáticos inspiradores de la legislación sobre Control de armas. | 195 |
| 3. Respecto de la aplicación de la legislación sobre control de armas por nuestros tribunales de justicia. | 202 |
| 4. Propuesta. | 203 |
| BIBLIOGRAFÍA | 207 |

INTRODUCCIÓN

Se tiende a pensar que para prevenir la violencia se requiere una legislación más restrictiva y sanciones más severas para controlar la tenencia y adquisición de armas de fuego por particulares. En efecto, luego de sondeos a la opinión pública que apuntaban a un aparente aumento de delitos violentos cometidos con dicho tipo de armas, se introducen modificaciones a Ley sobre Control de armas mediante Ley N° 20.014 –de mayo de 2005– y Ley N° 20.061 – de septiembre de 2005–, que endurecieron las penas y ampliaron los tipos penales de los delitos de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego permitidas y prohibidas.

El presente estudio pretende realizar un análisis crítico y dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego como parte de la tendencia de expansión punitiva que ha estado permanentemente en el debate social y parlamentario.

Para ello es necesario, en primer lugar, analizarlo desde un punto de vista Político Criminal porque ese tipo de delitos está estrechamente vinculado con la violencia social. Lo anterior nos lleva a plantearnos varias interrogantes tales como: la violencia social, ¿es un problema o sólo es uno de los efectos de un mal mucho mayor como es la estigmatización de los sectores más desposeídos y la desigualdad social y económica?; las autoridades políticas y nosotros como sociedad ¿nos hemos hecho cargo de estos “reales problemas de la gente”? Sin duda la pregunta queda abierta pero esperamos, con un examen científico y serio, poder dilucidar el real problema y la solución más efectiva a la violencia social. Lo que no ha sido posible hasta ahora, ya que en esta materia han predominado valoraciones de tipo político partidista y de política penal de orden público, con una

fuerte influencia de los medios de comunicación sobre la percepción de seguridad de la ciudadanía.

Apoyados en estudios estadísticos oficiales se intentará demostrar que, quienes cometen más delitos con violencia son sujetos de sectores marginales, de escasos recursos, con deficiente nivel educacional y falta de socialización familiar. Todo lo anterior conduce a estas personas a tener su “escuela” en las calles, donde es altamente probable que se introduzcan al mundo de la delincuencia; el etiquetamiento de delincuentes reduce al mínimo sus oportunidades de reinsertarse a través de un empleo, por lo cual el único camino que vislumbran es seguir delinquir, generándose un círculo vicioso.

Presentaremos las diversas tendencias y la evolución que ha tenido la Política Criminal para tener un marco conceptual claro, a partir de lo cual se intentará dejar de manifiesto que la tendencia reactiva que en esta materia han seguido nuestras autoridades políticas –ejecutivas y legislativas– utiliza como único medio el punitivismo para hacer frente a este mal, no teniendo los resultados esperados e incluso han producido el efecto inverso de acrecentar más el fenómeno criminal, por lo que no se muestra como la medida más eficiente para superar el conflicto social que vivimos. No olvidemos que la disciplina en cuestión cuenta con variados mecanismos –que no se circunscriben solo al Derecho Penal– y que pueden ser más eficaces en la superación del fenómeno criminal,

Una de las propuestas del presente trabajo es el desarrollo, en primer lugar, de una política positiva de carácter social, desprovista de sentido sancionatorio, que ataque los factores sociales que pueden generar conductas perturbadoras (lo que Enrico Ferri llama “sustitutivos penales”). Después, si esa actividad positiva fracasa, se debe recurrir a la amenaza y subsiguiente imposición de las sanciones de carácter civil y administrativo que el Estado dispone. Solamente al final, cuando estas medidas hubiesen fracasado, se deberá recurrir al empleo de la

severidad de las penas de carácter criminal, las cuales deben estar contar con un amplio catalogo de alternativas que tiendan más bien a la resocialización.

En el segundo acápite esperamos demostrar que nuestro legislador, en cuanto a dogmática, ha seguido las tendencias expansivas en Derecho Penal. Razón por la cual se realiza un riguroso análisis, desde un punto de vista crítico, del funcionalismo radical y el Derecho Penal del Enemigo, para luego explicar de qué manera influyeron éstas en las modificaciones a la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas.

En el proceso expansivo que mencionamos en el párrafo anterior se han ido dejando de lado principios que creíamos arraigados en esta ciencia, frutos de una larga evolución, como los principios de última *ratio legis* o intervención mínima, de lesividad del bien jurídico, principio de culpabilidad y el carácter fragmentario del Derecho Penal. En su lugar se está erigiendo a la norma y su vigencia como principal objeto de protección, sancionándose su mera infracción. Asimismo, se da un aumento de tipo penales con bienes jurídicos cada vez más abstractos y difusos y un punitivismo exacerbado.

Siguiendo básicamente la estructura que nos da el finalismo, se expondrá un examen sistemático de los delitos de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego, tanto de las permitidas como de las prohibidas. Se analizará detenidamente su bien jurídico protegido y su naturaleza jurídica, los elementos que conforman el injusto: el tipo penal (distinguiendo entre el tipo objetivo y tipo subjetivo y desarrollando cada uno de sus componentes característicos), la antijuridicidad y la culpabilidad. De igual modo se verán sus circunstancias modificatorias de responsabilidad, las fases de desarrollo que puede adoptar el delito, la autoría y participación y el tribunal competente que conoce de ellos.

En el último acápite se presenta un breve análisis jurisprudencial con una variada gama de tópicos que han sido abordados por nuestros Tribunales de Justicia a propósito del delito de tenencia ilegal de armas de fuego como, por ejemplo, el objeto jurídico protegido por este injusto, sobre su verbo rector, hipótesis de coautoría, como se aprecia la prueba en esta clase de delitos formales, etcétera. Es necesario este análisis para poder conocer de qué forma se están interpretando estos tipos penales por nuestra judicatura y saber si se han visto influidos por las nuevas tendencias expansionistas o si han continuado con una interpretación a la luz de del Derecho Penal tradicional.

**PARTE I: CONSIDERACIONES POLÍTICO
CRIMINALES.**

CAPITULO I: EXAMEN POLITICO CRIMINAL

Antes de comenzar debemos tener claro qué es la Política Criminal, para lo cual explicaremos brevemente su concepto y su evolución, dividiéndola en tres etapas claramente diferenciadas por sus características particulares.

1. TENDENCIAS POLÍTICO CRIMINALES

1.1. Política criminal intervencionista–terapéutica

Durante el último tercio del siglo XIX la Política Criminal surge como disciplina científica gracias a Franz Von Liszt. El autor parte de una concepción determinista del hombre y de su confianza en que, través de la punición, el ordenamiento jurídico puede corregir los factores que inducen al delito. Esto es, funda la punición del delito en la peligrosidad de su autor. Liszt señala que con la manifestación de una voluntad enemiga al ordenamiento jurídico por parte del actor, éste ha manifestado su “personalidad antisocial”, por lo que la punición se hace necesaria para defender a la sociedad.

De esta manera se concibe a la política criminal como el conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito. Esta ideología terapéutica parte del diagnóstico de la criminología empírica y se responde con la terapia de la penología¹⁻².

Para llegar a ese diagnóstico, la ciencia del Derecho Penal se servía de la investigación de la antropología criminal y de la sociología referente a los delincuentes, especialmente de los estudios de Cesare Lombroso y Enrico

¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. “Política criminal y persona”, Editorial Ad–Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 16.

² Penología: “Es la disciplina que se ocupa de la aplicación y ejecución de toda clase de penas y medidas de seguridad.” BULLEMORE, Vivian. “Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, pág. 7.

Ferri. Por primera vez se establecen categorías para los distintos tipos de delincuentes según las finalidades que persigue la pena. El resultado de esta combinación fue la siguiente:

- **Corrección:** delincuente capaz de enmendarse y necesitado de corrección, “los principiantes de la carrera delictiva”.
- **Intimidación:** delincuente que no necesita corrección, esto es, los delincuentes ocasionales.
- **Inocuización:** (neutralización): delincuente no susceptible de corrección, vale decir, los delincuentes habituales.

Con el advenimiento de los totalitarismos de mediados del siglo XX (que hicieron suya la política criminal intervencionista–terapéutica), esta concepción de la política criminal entró en crisis. Para la postguerra, el modelo intervencionista del Derecho Penal del autor peligroso ya está desacreditado.

1.2 Política Criminal valorativa

En los años 60 surge la Política Criminal Valorativa, que abandona las clasificaciones de delincuente que habían guiado la definición de los fines preventivo–individuales de la pena, basándose en conocimientos pedagógico–sociales mucho más evolucionados. Se asumen dos referentes de racionalidad: uno empírico, de eficacia, y otro valorativo, de garantías. Su máximo exponente es Claus Roxin quien señala que:

“El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político–criminales en el sistema del derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente

de Liszt. La vinculación al derecho y la utilidad político–criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una verdad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social no forma un Estado material de derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socio–estatal”³.

Para el profesor de Munich “una pena sólo es legítima si es preventivamente necesaria y si, al mismo tiempo es justa, en el sentido de que evite todo perjuicio para el autor que sobrepase la medida de la culpabilidad por el hecho”⁴. La pena, incluso, debe quedar por debajo de la medida de culpabilidad si ello es preventivamente razonable. El autor lo explica con un ejemplo:

“Si el cumplimiento de una pena que se corresponde con la culpabilidad destruyera la existencia civil del autor y lo des–socializara, debería imponerse – en caso, por lo demás, de buen pronóstico– una pena inferior que posibilite la condena de ejecución condicional. Pues si una pena más leve logra de la misma manera o mejor sus fines preventivos que una pena más grave que es en sí misma merecida, entonces le faltará a la pena que agota la medida de culpabilidad la legitimación por la necesidad social.”⁵

³ ROXIN, Claus. “**Política criminal y sistema de derecho penal**”, traducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, pág. 33.

⁴ ROXIN, Claus. “**Transformaciones de la teoría de los fines de la pena**” en “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales”. Libro Homenaje a Claus Roxin, editado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Córdoba, 2001, pág. 213.

⁵ *Ibíd.*, pág. 214.

1.3 Derecho Penal Simbólico

En las últimas décadas, se han ido disolviendo los dos ejes fundamentales de la Política Criminal Valorativa: la fe en la resocialización y la convicción sobre la inmovilidad de las garantías. En cambio, se ha ido asentando una política criminal *“práctica, de orientación intimidatoria e inocuizadora, en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo”*⁶. Esta nueva tendencia es el llamado Derecho Penal Simbólico.

Hassemer señala al respecto que el Derecho Penal Simbólico se trata de una oposición entre realidad y apariencia, entre manifiesto y latente. Agrega que simbólico se asocia con “engaño”, que consiste en que se aparenta perseguir unos fines distintos de los efectivamente perseguidos. Esto es, se aparenta que se cumplen unas funciones, las manifiestas, cuando las que se satisfacen son otras, las latentes⁷.

Y en palabras de José Daniel Cesano, el Derecho Penal Simbólico es una:

“Marcada ampliación del ámbito de lo penalmente prohibido, a través de la creación de nuevas figuras delictivas; neocriminalización que cumple una función esencialmente retórica. Es decir: se trata de normas que no tenían una efectiva incidencia en la tutela real del bien jurídico al que dicen proteger, pero que, sin embargo, juegan un rol simbólico relevante en la mente de los políticos y de los electores”.⁸

⁶ SILVA SANCHEZ. op. cit., págs. 20 y 21.

⁷ HASSEMER, Winfried. **“Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”** en “Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1995, pág. 28.

⁸ CESANO, José Daniel, **“Discursos de emergencia y política criminal: tendencias de la política criminal argentina en los albores del siglo XXI”**, En cuadernos de Política Criminal, segunda época, N° 86, CESEJ, Madrid, España, 2005, pág. 187.

Esto es, un uso ilegítimo y ventajista de los Efectos Simbólicos de la Pena por parte del legislador, vulnerando los principios informadores y fundamentos materiales del ordenamiento punitivo con fines populistas. Caso típico es el de los parlamentarios que, ante la opinión pública, se muestran intransigentes frente al fenómeno de la delincuencia, endureciendo las penas. Podemos citar frases como “mano dura para los delincuentes”, “el combate contra la delincuencia”.

Lo anterior ha producido una transformación regresiva en la política criminal pues, del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas, se pasó –casi sin solución de continuidad–, a debatir la expansión del poder punitivo. Lo cual no deja de ser un avance contra el Derecho Penal Liberal.

Uno de los factores que más contribuye a dichos efectos expansivos es el Derecho Penal simbólico, lo que deriva en la formulación del “Derecho Penal del Enemigo”. Éste se manifiesta en:

“La anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al Derecho Penal de autor a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad ; la minimización de acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que el agente realmente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico protegido, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de la

lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vago, y la delegación de la función legislativa penal con el pretexto de las leyes penales en blanco, etc.”⁹

El creciente protagonismo de los medios de comunicación social es uno de los más significativos agentes del control social en las sociedades modernas. Se potencia el Derecho Penal simbólico al sobreexponer y generalizar los problemas de criminalidad.

Por ejemplo, los programas y noticieros dedicados en gran parte a la revisión de la crónica roja, que ponen énfasis en la idea de la “puerta giratoria” que existe en tribunales, producen en la población un aumento en la sensación de inseguridad y en el temor a la criminalidad. La opinión pública, activada por los medios masivos de comunicación, somete a los poderes públicos a una continua presión para que emprendan reformas legislativas que permitan solucionar dichos problemas sociales. A su vez, los poderes públicos –concedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, políticos que conllevan la aceptación de tales demandas– no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que, con frecuencia, las fomentan, convencidos de que con el endurecimiento de las penas disminuye la criminalidad. Con semejante política se consigue mayor cantidad de votos y, al mismo tiempo, se demuestra firmeza.

Sin embargo, que los medios intervengan en la discusión de problemas propios de conflictos sociales o con la delincuencia da lugar a un falseamiento –por intereses comerciales o de otra naturaleza– de la verdadera dimensión de la criminalidad, con ocultamiento o desconsideración de datos relevantes.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio, “**El enemigo en el Derecho Penal**”, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006, pág. 14.

El Estado moderno recurre (cada vez con menos disimulo) al brazo punitivo, violando así uno de los principios lógico–constitucionales de todo Estado de Derecho: el Derecho Penal como última ratio en el esquema de sanciones penales, en virtud de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que informa nuestro sistema constitucional.

Lo anterior se ha extendido, incluso, sobre la judicatura donde los magistrados están a la palestra del escarnio público por aplicar las garantías constitucionales. Desde los medios se rotula a todos los jueces que cumplen con la ley como “garantistas”, sin tomar en cuenta que *“refererirse a un Derecho Penal garantista en un Estado de Derecho es una grosera redundancia, porque en él no puede haber otro Derecho Penal que el de las garantías”*¹⁰

Cerrando esta breve explicación tenemos que:

*La Política Criminal en su proceso evolutivo ha sido considerada desde una doble perspectiva: una amplia, que le atribuye el estudio de los medios que debe utilizar el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad; y otra estricta, que la limita sólo al estudio de los medios estatales para reprimir del modo más eficaz el delito*¹¹.

Delmàs–Marty, nos da un concepto amplio, definiendo a la Política Criminal como *“el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”*¹².

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio, “**El enemigo en...**”, pág. 169.

¹¹ BULLEMORE, Vivian. “**Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I**”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, pág. 7.

¹² Cfr. BINDER, Alberto, “**Política Criminal: de la formulación a la praxis**”, Editorial Ad–Hoc, Buenos Aires, Argentina, año 1997, pág. 33.

Binder lo define restrictivamente como *“el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos”*¹³.

Teniendo claras las bases conceptuales acerca de lo que es la política criminal y sus diversas tendencias procederemos a nuestro análisis, donde se denotará la Política Criminal seguida por el legislador de 1972 en la formulación de la ley N° 17.798.

2. HISTORIA DE LA LEY N° 17.798 Y FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINALES DE SU DICTACIÓN.

Durante el gobierno de la Unidad Popular la sociedad chilena se dividió en distintas tendencias políticas representadas por dos facciones antagónicas: por un lado, los partidos de izquierda y, por otro, los de derecha. En ambos bandos existían, además, grupos antisistemas que proclamaban abiertamente la vía armada: en la izquierda lo hizo el Partido Socialista en los Congresos de Chillán y de La Serena; y en la derecha, el Movimiento Patria y Libertad. En terminología del politólogo italiano Giovanni Sartori¹⁴ se daba un sistema de Pluralismo Polarizado, dado que existía una tajante división entre dos grupos antagónicos con tendencias centrífugas, esto es, partidos que se van a los extremos, izquierda – derecha.

Las demostraciones de fuerza de uno y otro lado, marchas callejeras, paros laborales y tomas ilegales, desencadenaron múltiples enfrentamientos armados. Asesinatos de personalidades públicas (como del Comandante en

¹³ BINDER, Alberto, op. cit., pág. 43.

¹⁴ SARTORI, Giovanni, **“Partidos y Sistemas de Partido”**, Alianza Editorial, Madrid, España, 1980, especialmente en págs. 151 – 185 y 203– 208.

Jefe del Ejército, René Schneider, en octubre de 1970 y Edmundo Pérez Zujovic, ex Ministro del Interior de Eduardo Frei Montalvo, en junio de 1971) llegaron a ser habituales. La situación no pasó inadvertido para el legislador de la época y es en este contexto, caracterizado por su gran convulsión política y violencia, que la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas (promulgada y publicada en el Diario Oficial el 21 de Octubre de 1972) empieza a tomar forma.

El día 6 de Abril de 1972 se comienza a discutir el proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley de Seguridad Interior del Estado, (base de la posterior Ley sobre Control de Armas). La violencia de la época queda plasmada en la moción del Honorable Senador del Partido Nacional, don Juan de Dios Carmona:

“Nuestra patria ha sido estremecida en estos últimos tiempos por acontecimientos de tipo político–delictual, que no se compadecen con su limpia tradición democrática, ni menos con el respeto que en un país civilizado merece la vida y la dignidad del ser humano, cualquiera sea su ideología política, su postura intelectual o social, o su convicción religiosa.

Sin entrar al análisis de las causas profundas que dieron origen a esos hechos delictuosos – misión de la que se encargará la historia una vez que se decanten los odios, se apacigüen las pasiones y retorne la tranquilidad a los espíritus– creemos cumplir con un deber elemental, al buscar, encontrar y proponer los mecanismos legales adecuados para que hechos tan insólitos e infames como los ocurridos no vuelvan a repetirse, y ayudar así a restablecer las condiciones necesarias para garantizar y hacer posible ‘ese mínimo de convivencia nacional’ a que ansían, en estos instantes, la inmensa mayoría de los chilenos.”

“Es un hecho de todos conocido, que los viles asesinatos del ex Comandante en Jefe del Ejército don René Schneider Chereau, del ex Vicepresidente de la República don Edmundo Pérez Zujovic, de los funcionarios de Investigaciones, señores Mario Marín Silva (subinspector), Carlos Pérez Vertí (Detective) y Gerardo Enrique Romero Infante (Detective) y de Luis Fuentes Pineda, Luis Cofré López y Tomás Gutiérrez Urrutia, servidores del Cuerpo de Carabineros, fueron perpetrados en forma artera, calculada y alevosa, por miembros de agrupaciones o entidades que contaban y que posiblemente cuentan en la actualidad, con una fuerte organización y con toda clase de disponibilidades en dinero y armamentos. Aún más, en estos últimos días, miembros de estas agrupaciones han sido sorprendidos con armamentos modernos de alto poder, algunos de ellos robados al Ejército de Chile, lo que significa agregar hechos más graves a los relatados.

Es menester pues, dictar las disposiciones tendientes a terminar con toda clase de grupos o dispositivos armados y de seguridad partidaria, formados al margen de la institucionalidad, provengan de donde provengan, y a garantizar de que las armas sólo estén en poder y sean usadas exclusivamente por aquellos a quienes la Carta fundamental les encomienda tan delicada función”¹⁵.

Otro fundamento que arguye el Senador Carmona para legislar sobre este asunto es que, aun existiendo una variedad de disposiciones sobre la materia, estas estaban diseminados en distintos cuerpos legales (Código Penal, Ley sobre Seguridad Interior del Estado y Reglamento de Fabricación y Comercio de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Productos Químicos) de manera asistemática, desordenada y, varios de ellos, careciendo de vigencia práctica.

¹⁵ CARMONA, Juan de Dios, “**Diario de Sesiones del Senado**”, Sesión 6°, del día 6 de Abril de 1972, págs. 351 y 352.

Así, en el Código Penal, los artículos 199, 200 y 201 sancionaban la falsificación de porte de armas y el uso de dicho porte falso; el artículo 288 castigaba al que fabricare, vendiere o distribuyere armas absolutamente prohibidas, y el artículo 494 N° 3 estatúa como falta el porte ilegal.

En la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado el artículo 4 letra d) sanciona la formación de grupos de combate que tuvieran por objeto de combatir a la fuerza pública o alzarse contra el Gobierno constituido; el artículo 6° letra e) condena el tráfico de armas y el artículo 10, prohíbe el uso ilegal de armas blancas y de fuego dentro de los límites urbanos.

Ante este panorama, durante la discusión parlamentaria, el Senador Carmona manifiesta que:

“Lamentablemente estas normas no son eficaces, y la mejor prueba de ello es que a pesar de las prohibiciones señaladas– teóricamente aceptables– los grupos armados siguen existiendo y las armas son portadas y usadas por quienes no están autorizados para ello”¹⁶.

El Senador Bulnes agrega:

“La citada ley sólo castiga a las organizaciones armadas que tienen por finalidad destruir el Gobierno constituido. Las que atentan contra las otras instituciones sólo son sancionadas como asociaciones ilícitas, delito cuyas limitaciones todos conocen”¹⁷.

El senador Carmona señala en su moción que para que la ley tenga una real aplicación se debe:

¹⁶ CARMONA. op. cit., pág. 353

¹⁷ BULNES, “**Diario de Sesiones del Senado**”, Sesión 18°, del día 20 de Junio de 1972, pág. 1193.

- Consagrar un cuerpo de disposiciones de carácter preventivo, que tengan por finalidad el control de las armas y la disolución de los grupos armados;
- Otorgar su vigilancia y control a las Fuerzas Armadas;
- Conceder competencia a los Juzgados Militares para conocer de dichos delitos; y
- Establecer que los procesos sean iniciados por denuncia ante las F.F.A.A., Carabineros, Investigaciones y Gendarmería, por cualquier persona que tenga conocimiento de haberse cometido un delito.

El Ejecutivo formuló una indicación al proyecto que sustituía íntegramente el texto del mismo por otro articulado, que contuvo las siguientes innovaciones:

- a) Se prohíbe la posesión y tenencia de armas de fuego automáticas de la naturaleza de las ametralladoras, subametralladoras y cualquiera otra de mayor poder destructor, como también, la de artefactos fabricados a base de gases asfixiantes, venenosos, lacrimógenos, paralizantes, etcétera.
- b) Las armas sujetas a control debían inscribirse, y en cuanto a su porte y uso, debía exigirse un permiso especial, el cual debía ser otorgado por los Intendentes y/o Gobernadores, previo informe de las Comandancias de Guarnición.
- c) En cuanto a la competencia y procedimiento, si bien se entrega el conocimiento de los procesos a los tribunales militares, se conserva el principio restrictivo de esa jurisdicción, para evitar que por la atracción del fuero dichos tribunales especiales lleguen a conocer de todos los procesos criminales que se tramiten en el país.
- d) El requerimiento ante los tribunales militares para perseguir esta clase de injustos debía ser hecho por los Ministros del Interior y Defensa, por los Intendentes y Gobernadores y por el Director de Reclutamiento. Los

particulares pueden denunciar ante tales autoridades para que hagan el respectivo requerimiento, esto para evitar el peligro de provocar una cadena de denuncias, muchas de ellas irresponsables.

- e) Se establece que las Fuerzas Armadas podrán apoyar la acción de las fuerzas policiales en los casos que ello sea aconsejable, pero sólo se les asigna un papel técnico, de tal manera que su acción no se confunda con la de los servicios policiales.

Se acordó que se tomaría como base de la discusión la proposición del Ejecutivo, sin perjuicio de las indicaciones que se presentarían. Sometido a votación en general el proyecto es aprobado.

En discusión particular, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento¹⁸ estuvo por rebajar la pena que sancionaba la posesión y tenencia de armas prohibidas, la cual en el proyecto tenía una pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, a presidio menor en sus grados medio a máximo, por estimar que dicho delito no podía tener una sanción mayor a la establecida en el delito de formación de grupos de combate, establecido en el artículo 4º, letra d), de la Ley de Seguridad del Estado. Y aumenta la pena en un grado respecto de las personas que cometen dicho ilícito de tenencia ilegal, con más de cinco armas prohibidas, toda vez que la acumulación de estas, en cantidad superior a la indicada permitiría suponer la realización de un tráfico de armas o la existencia de un grupo organizado para atentar contra las Instituciones de la República.

En cuanto al procedimiento en el seno de la Comisión se ampliaron las autoridades que podían requerir ante los tribunales militares la persecución de estos delitos, incluyendo al Fiscal de la Corte Suprema, Fiscales de las Cortes de Apelaciones, Director General de Reclutamiento y Estadísticas, Comandantes de

¹⁸ Ibíd., pág. 1186 y ss.

guarnición, Prefectos de Carabineros, alcaldes y regidores de las comunas de cabeceras de departamentos. Así, se entrega a las personas que tienen posibilidad de ser fiscalizadas en sus actuaciones por el cargo público que desempeñan, la facultad de requerir de los tribunales correspondientes la persecución de estos hechos punibles.

Respecto del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego, que motiva esta investigación, se encontraba regulada en los artículos 3° y 4° del proyecto del Ejecutivo, que disponían, la necesidad de una autorización, dada en la forma que señale el Reglamento, para poseer o tener alguno de los elementos que se sometían a control por el proyecto y cuya posesión y tenencia no estaba prohibida.

En el caso de las armas de fuego, ellas debían ser inscritas a nombre de su poseedor en un Registro que llevarían las autoridades enumeradas en el Reglamento. La inscripción sólo permite a su poseedor mantener el arma en su domicilio, sitio de trabajo o lugar que se pretenda proteger. La falta de inscripción constituiría presunción de tenencia clandestina del arma. La infracción a esta disposición estaba sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de un sueldo vital mensual escala A) del Departamento de Santiago.

En la legislación vigente a la época se regulaba también la inscripción y los permisos para poseer armas de fuego, siendo la autoridad competente la Dirección General de Reclutamiento y Estadísticas, pero la infracción a dichas disposiciones no estaba sancionada expresamente.

Por su parte, el artículo 16 del proyecto disponía que el Presidente de la República podía disponer la reinscripción de las armas poseídas por particulares y el artículo 2° transitorio, que los actuales tenedores de armas y demás elementos sujetos a control tendrían el plazo de 30 días para legitimar su posesión.

Transcurrido el plazo sin que hubieren dado cumplimiento a esta obligación, sufrirían las sanciones establecidas en el proyecto.

Se resolvió además por la Comisión que no se podría autorizar la inscripción de más de cinco armas de fuego a nombre de una sola persona, debido a que la tenencia de tal cantidad rebasa las necesidades de la defensa personal. Pero se establecen excepciones a favor de las personas jurídicas que por tener sedes en diversos lugares del país, requieran poseer un mayor número de arma para su protección, previamente autorizadas por resolución fundada de la Subsecretaría de Guerra, publicada en el Diario Oficial; y a favor de los coleccionistas, deportistas o comerciantes autorizados, a los cuales se exige inscribirse en su calidad de tales.

Asimismo, la Comisión estuvo por aumentar la sanción del delito posesión o tenencia ilegal de armas de fuego a presidio menor en cualquiera de sus grados o con multa de un sueldo vital mensual escala A) del Departamento de Santiago.

Como vimos en la primera sección de este capítulo primero, cuando se presenta el proyecto de ley por el senador Carmona se vivía, en palabras del senador Aguirre:

“Un clima de emergencia por la violencia existente y por la formación de numerosos grupos paramilitares. Por ello debía dictarse una ley de emergencia, con disposiciones suficientemente eficaces para terminar con esta anómala situación”.

En definitiva, el legislador apreció que una de las causas en la proliferación de armas de fuego en los grupos paramilitares estaba dada no sólo por la violencia política reseñada, sino que también por el desorden e insuficiencia legislativa en la que se encontraba la regulación de las armas.

Compartimos la idea de que era necesario formar un cuerpo sistemático de normas que regulase una materia tan sensible como el control de las armas, lo que se consiguió a través de la Ley N°17.798. Pero en lo referente a la materia procesal y penal, el legislador adoptó una política criminal preventiva y represiva, entregando las materias relativas a las armas a la Justicia Militar, con un procedimiento muy inquisitivo que restringía el recurso de apelación y suprimía el de casación, y que en lo penal establecía presunciones contra reo, tipos de peligro abstracto y penas altas.

Se aprecia en esta ley una relevante influencia de la Doctrina de la prevención especial recogida en el Programa de Marburgo de 1882 de Von Liszt, dado que la violencia no proviene de los sectores de delincuentes habituales, sino que era evidente que en esa manifestación de violencia que predominaba en la época había una connotación ideológica; los grupos o personas que actuaban en esa forma eran guiados precisamente por una orientación ideológica y por ello, no se busca penalizar el hecho, esto es, el utilizar armas; sino al autor, vale decir, a los grupos violentistas.

Como señala Von Liszt, *“no es el hecho, sino el autor quien debe ser penado”*. Esta fórmula permite dar legitimación de punición a las conductas inocuas para los bienes jurídicos protegidos, por el hecho de haber sido realizadas por sujetos caracterizados como “peligrosos”. La pena en consecuencia es **prevención mediante represión**, un tipo de legislación de emergencia que vulnera principios de intervención mínima, de culpabilidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de las penas; el debido proceso y que restringe el régimen de recursos. En otras palabras, la autoridad reacciona con una legislación penal diferente a las tradicionales del Derecho Penal Liberal ante el clima de violencia existente y el reclamo de la opinión pública a sus autoridades para generar la solución al problema.

Los efectos que genera esta legislación que plasma el llamado Derecho Penal Simbólico, únicamente proporcionan a la sociedad una sensación transitoria de solución o reducción del problema, pero sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente. Prueba de ello es que, una vez que se dicta esta la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas en 1972, el problema de la violencia armada en Chile no disminuyó. Al contrario, se fue incrementando la violencia y la polarización de la sociedad, todo lo que detonó en un golpe de Estado el 11 de septiembre de 1973.

3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA LEY 17.798 Y SUS FUNDAMENTOS POLÍTICO CRIMINALES.

3.1. Fundamentos político criminales de las modificaciones introducidas por Ley 20.014 a ley de control de armas.

El proyecto de ley con el cuál se emprendió la tramitación de la hoy Ley de la República N° 20.014, fue la moción de los diputados señores Juan Pablo Letelier, Juan Bustos y Carlos Montes.

El objetivo de dicha moción era básicamente aumentar las exigencias que la Ley N° 17.798 contemplaba para inscribir un arma, prohibir que una persona inscribiese más de un arma, aumentar las multas (en los casos en que la ley contempla esta sanción) tanto para quienes poseyesen o tuviesen armas sin contar con la autorización e inscripción correspondiente, como para quienes portasen armas y para quienes tuviesen armas inscritas y abandonasen o no comunicasen a las autoridades competentes la pérdida o extravío de la especie. Por último, establecía la obligación de las personas que contasen con armas inscritas, de reinscribirlas cada cierto lapso.

Arguyendo como fundamento de su propuesta que:

“De acuerdo a encuestas recientes, la seguridad ciudadana y el combate a la delincuencia se han constituido en una de las principales preocupaciones de la gente. Por ello, este tema ha ocupado un lugar de relevancia en las políticas públicas desde principios de esta década.

Si bien no existe consenso entre las distintas fuerzas políticas respecto al supuesto aumento de la delincuencia en los últimos años, es por todos reconocido que se ha registrado un preocupante ascenso de los delitos de robos con violencia y de los robos con fuerza.

Es así como en 1986, ingresaron a los tribunales de justicia, 12.012 causas por robos con violencia, aumentando en el año 1995 a 20.463 (Anuario de estadísticas criminales, 1997, Fundación Paz Ciudadana”).

En el debate el diputado Juan Pablo Letelier fundamenta la idea de legislar en materia de control de armas en que:

“No cabe duda de que el combate contra la delincuencia –en favor de la seguridad ciudadana– es uno de los objetivos principales de nuestra sociedad. Ésta ha sufrido tremendas transformaciones que implican el desarrollo de prácticas antisociales que atentan contra la integridad física de las personas y bienes y alteran nuestra convivencia. En este contexto, dar mayor seguridad a los ciudadanos es tarea de todos.

*Quienes pretenden inclinar las responsabilidades en el combate contra la delincuencia, no entienden que la paz social es tarea de todos y fruto de una política de Estado indiscutida. Todos debemos empujar en una misma dirección. De ahí, entonces, el sentido de la moción de los diputados señores Montes, Bustos y de quien habla, porque, según la opinión de los técnicos y expertos, si se quiere promover la seguridad ciudadana, debe eliminarse, reducirse, restringirse y dificultarse la tenencia de armas de fuego en manos de los ciudadanos”.*¹⁹

Agrega en otra oportunidad dicho parlamentario que:

“Se ha comprobado que en los países donde hay leyes estrictas de control de armas, se evita que delincuentes adquieran, a través de robos o hurtos, las armas que compran los ciudadanos honestos, con lo que se ha logrado mejorar los temas de orden público y eliminar o reducir significativamente los delitos contra la propiedad y las personas.

*Espero que con este avance parcial se genere la conciencia de que si queremos hablar verdaderamente de seguridad ciudadana y de defender a la gente, tenemos que quitar las armas a los delincuentes para que no tengan licencia para matar”*²⁰

De las palabras del congresal se desprende que esta es una ley de **“combate contra la delincuencia”**, que busca hacer frente a la criminalidad mediante la firmeza y la disuasión, como lo señala expresamente el Diputado

¹⁹ LETELIER, Juan Pablo. En Sesión 82°, de la Cámara de Diputados, Legislatura 350, Extraordinaria, de 11 de mayo de 2004. Publicación oficial, pág. 12.

²⁰ LETELIER, Juan Pablo. En Sesión 54°, de la Cámara de Diputados, Legislatura 350, Extraordinaria, de 22 de marzo de 2005. Publicación oficial, pág. 18.

Jorge Burgos:

“Otro rango de modificaciones muy importantes, relacionado con la posesión ilegal de armas. Esta última debe ocuparnos más. Tiene que ver con agregar nuevos tipos penales, agravar penas y cubrir vacíos legales graves de la ley, porque la ley fue hecha con otros objetivos. Por ejemplo, será penado portar un arma con la serie borrada. Eso no estaba legislado y es muy común.”²¹

3.1.1. Modificaciones establecidas al artículo 9° de la Ley 17.798.

El artículo 9° tipifica el delito de posesión y tenencia ilegal de las armas y elementos sometidos a control por la ley enumerados en su artículo 2° , disponiendo que:

Los que poseyeren o tuvieran algunos de los elementos señalados en las letras b), c) y d) del artículo 2°, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4°, o sin la inscripción establecida en el artículo 5°, serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo.

No obstante, si las circunstancias o antecedentes del proceso permiten presumir fundadamente que la posesión o tenencia de las armas o elementos a que se refieren las letras b), c) y d) del artículo 2° no estaban destinadas a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o a perpetrar otro delito, se aplicará únicamente la pena de multa de diez a quince ingresos mínimos. Si, además de las circunstancias o antecedentes referidos, consta en el proceso la conducta anterior irreprochable del

²¹ BURGOS, Jorge. En Sesión 61°, de la Cámara de Diputados, Legislatura 350, Extraordinaria , de 17 de marzo de 2004. Publicación oficial, pág. 36.

inculpado, podrá el tribunal aplicar una multa de hasta nueve ingresos mínimos, sobreseer definitivamente o dictar sentencia absolutoria.

En tiempo de guerra la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, siempre que las circunstancias o antecedentes permitan presumir al Tribunal que la posesión o tenencia de armas, estaba destinada a alterar el orden público o atacar a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o a civiles.

El artículo 1º, Número 9, de la Ley N° 20.014, modifica el artículo 9º de la siguiente manera:

- a) Sustituye en el inciso primero la frase “*alguno de los elementos*” por la siguiente: “*alguna de las armas o elementos*”.
- b) Eleva la pena asignada al delito de posesión y tenencia ilegal en cuanto a su mínimo en un grado, quedando la pena en “*presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo*”.
- c) Sustituye el inciso el inciso segundo por el siguiente:
“*No obstante, si de los antecedentes o circunstancias del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o tenencia de las armas o elementos a que se refiere el inciso anterior estaba destinada a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, se aplicará únicamente la multa de once a cincuenta y siete unidades tributarias mensuales*”.

De esta forma, le sustrae la facultad al juez de sobreseer definitivamente, dictar sentencia absolutoria o imponer una multa menor, en caso que además de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 9° consta en el proceso la conducta anterior irreprochable del inculpado.

Además, ahora la multa está señalada en unidades tributarias mensuales, cuyo valor es de conocimiento más generalizado que los ingresos mínimos, pero eleva considerablemente la multa en cuanto a su máximo en aproximadamente quinientos mil pesos, bajando su mínimo casi a la mitad de la asignada anteriormente.

3.1.2. Modificaciones establecidas al artículo 13° de la Ley N° 17.798.

El artículo 13° tipifica el delito de posesión y tenencia ilegal de las armas y elementos prohibidos, de mayor peligrosidad, enumeradas en su artículo 3°. El señalado precepto presentaba el siguiente texto:

Los que poseyeren o tuvieren alguna de las armas y elementos de los señalados en el artículo 3°, serán sancionados con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo a medio

Si dichas armas son material de uso bélico, la pena será de presidio mayor en su grado a presidio perpetuo.

En tiempo de guerra la pena será de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

Los incisos anteriores no se aplicarán a quienes hayan sido autorizados en la forma y para los fines establecidos en el inciso primero del artículo 4°.

El artículo 1°, número 13, de la Ley 20.014, modifica el artículo 13 de la siguiente manera:

a) Reemplaza el inciso primero por el siguiente:

Los que poseyeren o tuvieren alguna de las armas o elementos señalados en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3° serán sancionados con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

De esta manera, incrementa la pena en cuanto a su mínimo en un grado y en cuanto a su máximo la establece en presidio mayor en su grado mínimo, sin la posibilidad de aumentarla en un grado como en la ley anterior.

b) Intercala, en el inciso segundo, entre las expresiones “bélico” y “la pena”, la frase “o aquellas señaladas en el inciso final del artículo 3°”.

Con esta modificación se aumenta el castigo del delito de posesión o tenencia ilegal de armas químicas, biológicas y nucleares, sancionándola con igual pena que la posición o tenencia de armas de uso bélico, esto es, presidio mayor en su grado mínimo a medio.

4. ANALISIS CRÍTICO DE LAS TENDENCIAS SEGUIDAS POR EL LEGISLADOR EN LA LEY 20.014.

La tendencia de la política criminal que sostiene nuestro legislador es la que actualmente domina en el mundo del Marketing político que surge en Norteamérica. Partiendo de un conocimiento profano de la realidad se estima que

el endurecimiento de las penas disminuye la criminalidad. Este tipo de política demostraría firmeza y un legislador atento, lo que redundaría en una mayor popularidad y, por consiguiente, más votos.

En este Marketing Político juegan un papel trascendente los medios de comunicación, dado que manipulan a la opinión pública, distorsionando y deformando la percepción colectiva de la realidad. Sobre todo por la forma en que los hechos son expuestos y seleccionados, las fuentes de información empleadas y, particularmente, los planteamientos simplistas, basados en la lógica de bandos opuestos, de “buenos” y “malos” que en general se ofrecen al público.

Las agencias de comunicación social son las encargadas de decidir las conductas socialmente aceptables, de esta forma atan a la gran masa de individuos a sus proyectos axiológicos e ideológicos sectarios. “Proporcionar información objetiva y veraz a los ciudadanos” se convierte en la emisión de un discurso público en el que resaltan los fines manifiestos u oficiales del medio, ocultando los que realmente persiguen (fines latentes): habilitar mayor violencia, recrudesciendo los miedos y reforzando las desconfianzas y prejuicios para así evitar coaliciones y la toma de conciencia necesaria para que la sociedad se dinamice verticalmente (ascenso social)²².

Por tales motivos, y con el fin de lograr sus fines subrepticios, estas agencias privilegian discursos fuertemente represivos, proyectando a la opinión pública una cultura bélica, violenta y vindicativa estructurada bajo la consigna de **guerra a la delincuencia**.

De allí que conforme a su doble objetivo (por un lado, obtener el tan beatificado *rating* –no olvidemos que son empresas comerciales que guiadas por

²² ZAFFARONI/SLOKAR/ALAGIA. “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 10.

su búsqueda de lucro privilegian información que causa escándalo social, a fin de lograr publicidad que las financia— y por otro, preservar el orden social existente) se busca impactar y escandalizar a la gente con violentas imágenes seleccionadas. Poco a poco, esos discursos bélicos organizado bajo falsos presupuestos (muchos de los cuales suelen incluir prejuicios raciales, sexistas, xenófobos, homofóbicos, etc.) invaden los programas de televisión, noticiarios, diarios y revistas, influyendo negativamente en la conciencia de la sociedad, especialmente para todos aquellos que mantengan formas de vida alternativas al proyecto cultural que proponen.

Por tanto, los medios de comunicación social, cuya propiedad pertenece a sectores socialmente poderosos, a través de su discurso mediático, construyen al “enemigo”. Enemigo que antiguamente era el guerrillero, pero que ha sido reemplazado por el delincuente urbano. Los medios son los que construyen el estereotipo de este enemigo. Esto nos conduce a la teoría del **Labelling Approach** o etiquetamiento. El labelling approach²³, también denominado “criminología interaccionista o de la reacción social”, asume un criterio relativista del conocimiento, es decir, que la realidad existe en la medida en que se la identifica y se la define. En este sentido, Heinz Steinert, siguiendo a los sociólogos Peter L. Berger y Thomas Luckmann, define la criminalidad como una de las “realidades sociales”, una construcción social que se determina a través de las relaciones interpersonales y grupales. Más que determinar por qué una persona se convierte en delincuente, lo que interesa es saber quién define y cómo se define la delincuencia, así como el procedimiento mediante el que un sujeto adquiere la condición de delincuente. Por tanto, la delincuencia y el delito son una construcción social.

²³BARATTA, Alessandro, “**Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**”, Siglo Veintiuno editores, México, 1998, págs. 83–119

“Desde este punto de vista, la criminalidad no es, entonces, una cualidad ontológica, sino un estatus social que es atribuido a través de procesos (informales y formales) de definición y mecanismos (informales y formales) de reacción”²⁴.

La teoría del etiquetamiento o labelling approach ha evidenciado muy claramente la distribución desigual del status de delincuente. La posibilidad de ser etiquetado como delincuente se concentra en los estratos sociales más bajos, de manera tal que resulta muy difícil que en el proceso de criminalización primaria (creación de la norma) y en el de criminalización secundaria (persecución policial y judicial), se definan las acciones realizadas por la criminalidad económica, como los delitos de cuello blanco, como un hecho delictivo que amerite la intervención represiva del Estado. Son precisamente aquellos que crean las normas (informalmente, los medios de comunicación, como se dijo, y los poderes políticos en la dictación formal de dichas normas) los que con más comodidad se aprestan a aplicarlas siempre que esté en concordancia con sus intereses. Por eso es frecuente observar en los delincuentes de cuello blanco una duplicidad ética que les permite, por una parte, ser delincuentes y, por otra, aparecer como ciudadanos perfectamente integrados en la sociedad. De esta manera, estos criminales normalmente no llegan, aún cuando se encuentran sometidos a una sanción, a ser catalogados como delincuentes o desviados. El aparato represivo estatal se concentra en la delincuencia convencional e ignora la criminalidad cometida al amparo del poder político y económico.

Desde esta perspectiva, la criminalidad de los poderosos no es en realidad delito, porque no han sido criminalizados (criminalización primaria o secundaria), o si lo han sido, los autores no serían delincuentes en virtud de que no han sido "etiquetados" como tales. Este es el enfoque de una criminología que concentra su atención sobre los "procesos de criminalización".

²⁴BARATTA, Alessandro, op. cit., pág. 121

Este etiquetamiento que provocan los medios y sus demandas por endurecer penas producen efectos mucho más nocivos, dado que como expresa Alessandro Baratta:

*“La intervención del sistema penal, y especialmente las penas que privan de libertad, en lugar de ejercer un efecto reeducativo sobre el delincuente, determinan, en la mayor parte de los casos, una consolidación de la identidad de desviado del condenado y su ingreso en una verdadera y propia carrera criminal”.*²⁵

Manifestación de esta teoría es la doctrina de la tolerancia cero, de los investigadores neoconservadores del Manhattan Institute de Nueva York, donde esta perspectiva de lucha contra la desviación habilitó a las fuerzas de seguridad neoyorkina a perseguir agresivamente a la pequeña delincuencia, lanzando a extranjeros (jóvenes latinos, afroamericanos, etc.), alcohólicos y mendigos a los barrios más desheredados, partiendo de la teoría de la “ventana rota”, esbozada por James Wilson, que considera que combatiendo las pequeñas infracciones o desórdenes civiles es posible prevenir y revertir los grandes ilícitos (“quien roba un huevo roba una vaca”).

Doctrinas que se intentan implementar en nuestro país por políticos como Joaquín Lavín quien, según afirmó el New York Times:

“Como alcalde de Las Condes, una comunidad rica parte del Santiago metropolitano, el Sr. Lavín asignó oficiales en patrullas para aplicar el código local junto con la policía nacional para imponer cierto control local. También, creó una escuela para delincuentes estudiantes que fue pensada en relación a la Wildcat Academy de

²⁵ BARATTA Alessandro, op. cit., pág. 89

Manhattan, una alternativa de escuela secundaria fundada en los conceptos de rendición de cuentas propuestos por el instituto.

A pesar de que se presentaba como candidato firme, el Sr. Lavin perdió la carrera presidencial del 2000. Luego, fue elegido alcalde de Santiago y ahora está considerado un candidato líder para las próximas elecciones. Su casi victoria originó toda una generación de políticos chilenos para quienes el Manhattan Institute es el equivalente a un vaticano ideológico”²⁶.

De lo relacionado, podemos colegir que en nuestro país no se ha contado con una verdadera política criminal, no ha existido una estrategia coherente en esta materia que, partiendo de presupuestos criminológicos, dogmáticos y político criminales claros, se proponga conseguir un objetivo determinado mediante el diseño e implementación de una verdadera política criminal, que integre todos los mecanismos con los cuales cuenta el Estado y no sólo con la represión penal.

Debemos considerar que en todas las sociedades siempre existirá delincuencia, como existirán enfermedades, en todos los tiempos habrán hombres que, por deficiencia intelectual, problemas psicopáticos u otros factores, no puedan integrarse a la sociedad y terminarán delinquiriendo. Ello es inevitable, así como también lo es la gran cantidad de delitos violentos cometidos por personas normales, sin patologías, pero que ven en el delito su única salida, como los delitos pasionales producto de insoportables relaciones de pareja, celos o despecho.

Otra importante fuente de delitos proviene de la violencia intrafamiliar. Menores maltratados y carentes de amor, de seguridad emocional y de una

²⁶ DE PALMA, Anthony “**Las Américas Cortejan un Grupo que Cambió a Nueva York**”, crónica publicada en el New York Times, el 11 de Noviembre de 2002. www.manhattan-institute.org

educación adecuada, que bajo otras circunstancias podrían haber sido hombres de bien, terminan como delincuentes por esos graves problemas sociales.

De igual relevancia es la miseria económica que conduce finalmente a los grupos marginados de la población a la comisión de delitos contra la propiedad, los cuales ponen en peligro la seguridad ciudadana. Sin embargo, a quien no tiene nada que perder, no se le puede disuadir tampoco con la amenaza penal.

Como vemos, el punitivismo se muestra ineficiente. Pero en este trabajo no se propone el abolicionismo de las penas porque, por una exigencia de paz jurídica, se deben desaprobar por el Estado las conductas delictuales (por muy diferentes que sean los orígenes de la criminalidad). Como señala Roxin:

“Si ello no ocurriera, también recurrirían a semejantes métodos los ciudadanos leales a la ley con el fin de no quedar como únicas víctimas dañadas. Por consiguiente, el Derecho Penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable. Pero se espera demasiado cuando se supone que a través de penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente”²⁷.

Para determinar la real dimensión del problema, la Fundación Paz Ciudadana en junio de 2004 elaboró un documento con un diagnóstico de la realidad delictiva de nuestro país, que da cuenta de las características y magnitudes del problema.

²⁷ ROXIN, Claus. "**Problemas actuales de la política criminal**" en Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal. Traductor Dr. Enrique Díaz-Aranda, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie ensayos jurídicos núm. 1, México D.F., 2001. pág. 91.

Gráfico N° 1

Evolución Denuncias de Delitos de Mayor Connotación Social, 2001-2003.

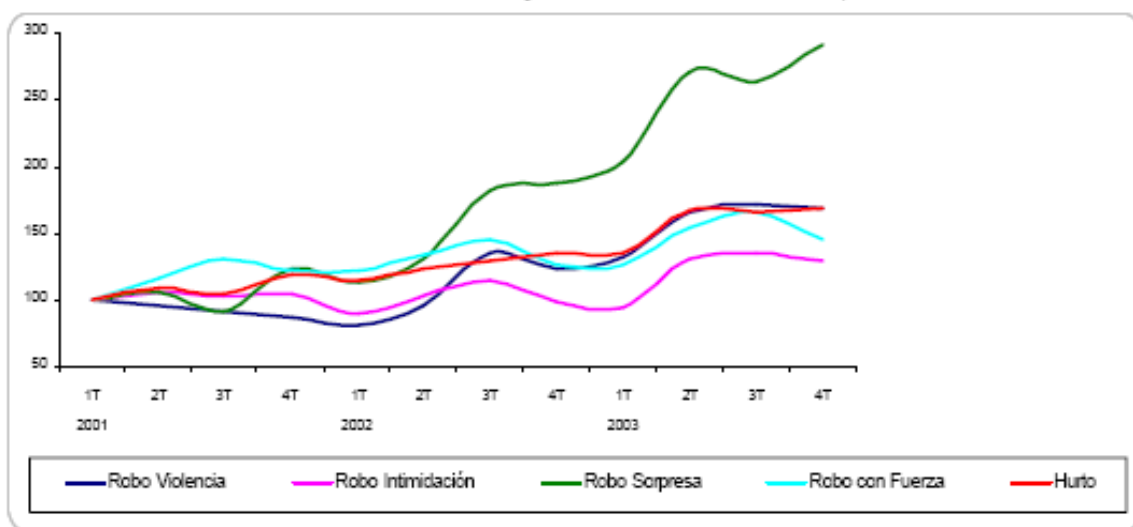


Gráfico N°2

PAIS: Variación porcentual de la tasa de denuncia por DMCS² años 2003 - 2005

| | 2003 | 2004 | 2005 | 2004/ 2003 | 2005/ 2004 |
|---|----------------|----------------|----------------|---------------|---------------|
| Total DMCS² (sin incluir VIF) | 2.321,9 | 2.554,9 | 2.562,5 | 10,0 | 0,3 |
| Robo con violencia | 103,1 | 114,4 | 110,3 | 10,9 | -3,6 |
| Robo con intimidación | 153,3 | 183,7 | 197,9 | 19,8 | 7,7 |
| Robo por sorpresa | 102,8 | 118,0 | 108,1 | 14,8 | -8,4 |
| Robo con fuerza | 902,1 | 971,4 | 998,4 | 7,7 | 2,8 |
| Hurto | 542,6 | 598,0 | 580,0 | 10,2 | -3,0 |
| Lesiones | 505,1 | 553,1 | 550,6 | 9,5 | -0,5 |
| Homicidio | 1,8 | 1,7 | 1,9 | -4,7 | 8,9 |
| Violación | 11,2 | 14,6 | 15,4 | 30,4 | 5,9 |
| Violencia intrafamiliar (VIF) | 512,6 | 560,8 | 588,1 | 9,4 | 4,9 |

² Delitos de mayor connotación social

De los gráficos N°s. 1²⁸ y 2²⁹ que se insertan, podemos apreciar que las denuncias por delitos con violencia no tuvieron aumentos considerables en el período 2001–2003. El único delito en el cual han aumentado las denuncias es el robo por sorpresa, que no es un delito violento cometido con armas. Después, con la dictación de la Ley de N° 20.014 en mayo del 2005, no se nota una disminución considerable en las denuncias por delitos violentos, es mas, sólo bajan las denuncias por el robo con violencia en un 3.6% y, en cambio, aumentan los delitos de robo con intimidación (7.7%) y de homicidio (8.9 %) (Todas estas cifras en relación con el año 2004).

Pero como lo señala el informe de Paz ciudadana:

“Las denuncias de delitos, sin embargo, son un indicador parcial de la evolución del problema, ya que sólo una proporción de los delitos que ocurren son denunciados por las víctimas. Por lo tanto, su evolución puede ser afectada tanto por cambios en la proporción de delitos no denunciados (la denominada “cifra negra”), como también por cambios en las políticas y sistemas de registro. Por ejemplo, en el caso de los robos y los hurtos se estima que menos de la mitad de los delitos son denunciados. Para conocer la real magnitud y evolución de delitos, es necesario entonces recurrir a encuestas de victimización, instrumento que permite estimar la proporción de personas que ha sido víctima de un delito y si acaso éste fue denunciado o no, entre otras variables”³⁰.

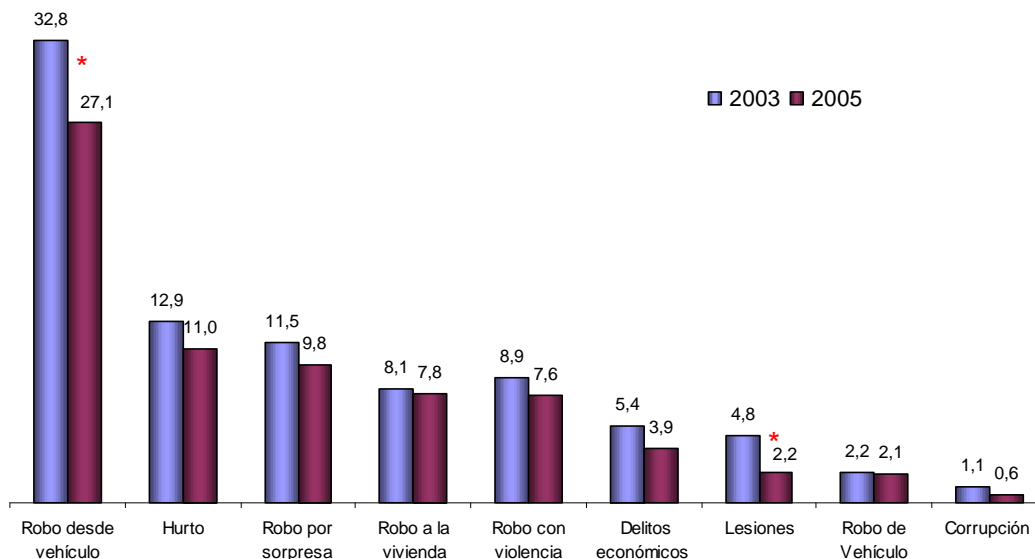
²⁸ BLANCO S. Javiera y VALDIVIA R Claudio, “**Comentarios al proyecto legislativo que modifica la ley N° 17.798 sobre control de armas**” en página web de Fundación Paz Ciudadana, <http://www.pazciudadana.cl/documentos/controldearmas.PDF>, 2004, pág. 3.

²⁹ Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) 2005, Resultados comparados Ministerio del Interior– INE, resultados publicados en Julio de 2006 en www.ine.cl

³⁰ BLANCO y VALDIVIA R, op. cit., pág. 3.

Gráfico N°3

Gráfico 4: ¿Usted o algún miembro de su hogar ha sido víctima de alguno de estos delitos?



De lo expuesto en el gráfico N° 3³¹ se infiere que el nivel de victimización por delitos violentos no ha variado entre los periodos 2003– 2005; es decir, no se han producido diferencias estadísticamente significativas en materia de victimización con las modificaciones a la Ley sobre Control de Armas, realizadas con la dictación de la Ley N° 20.014.

Respecto de la tenencia de armas de fuego en el hogar, Paz Ciudadana también a realizado estudios que arrojan las siguientes cifras:

³¹ ENUSC 2005, op. cit.

Gráfico N°4

Durante el último año ¿ha realizado algunas de las siguientes acciones para prevenir la delincuencia?

Resultado comparativo de encuestas

| Pregunta | 1993 | 1996 | 1997 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|---|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Ha reforzado la seguridad en su casa | 57% | 67% | 66% | 60% | 59% | 60% | 63% | 66% |
| Ha dejado de ir a ciertos lugares | 46% | 62% | 60% | 54% | 55% | 55% | 56% | 60% |
| Ha dejado de salir a ciertas horas | 57% | 70% | 62% | 51% | 51% | 51% | 56% | 59% |
| Se ha puesto de acuerdo con sus vecinos | 43% | 51% | 48% | 47% | 47% | 47% | 49% | 50% |
| Ha comprado armas de fuego | 4% | 6% | 5% | 4% | 4% | 4% | 4% | 4% |

Fuente: Encuesta Fundación Paz Ciudadana - Adimark. 2004.

Gráfico N°5

¿Hay armas de fuego en su hogar?

% de respuestas afirmativas, según ciudades

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | Dif 2004 - 2003 |
|---------------|-------------|-------------|-------------|-------------|------------|-----------------|
| País | 12,7 | 11,1 | 10,6 | 10,7 | 9,6 | -1,1 |
| Puerto Montt | 12,1 | 13,8 | 9,4 | 8,6 | 11,9 | 3,3 |
| La Serena | 11,3 | 9,3 | 10,4 | 7,9 | 10,4 | 2,5 |
| Antofagasta | 7,7 | 2,9 | 4,1 | 3,6 | 5,1 | 1,5 |
| Osorno | 20,0 | 16,0 | 19,9 | 10,1 | 11,4 | 1,3 |
| Temuco | 12,8 | 14,5 | 16,1 | 10,9 | 12,2 | 1,3 |
| Iquique | 10,7 | 11,3 | 7,2 | 3,5 | 3,5 | 0,0 |
| Valparaiso | 11,9 | 7,0 | 8,8 | 10,5 | 9,8 | -0,7 |
| Valdivia | 14,6 | 9,8 | 12,9 | 11,4 | 10,5 | -0,8 |
| Concepción | 12,7 | 8,9 | 12,5 | 10,2 | 9,0 | -1,2 |
| Gran Santiago | 12,6 | 11,9 | 10,5 | 11,1 | 9,8 | -1,3 |
| Arica | 13,4 | 5,7 | 8,8 | 11,0 | 9,6 | -1,4 |
| Copiapó | | | | 7,4 | 5,4 | -2,0 |
| Punta Arenas | 8,4 | 9,9 | 9,4 | 10,8 | 8,3 | -2,5 |
| Viña del Mar | 10,7 | 13,1 | 9,5 | 12,9 | 10,3 | -2,5 |
| Talca | 18,1 | 14,1 | 12,9 | 12,9 | 9,8 | -3,2 |
| Rancagua | 18,9 | 10,3 | 11,2 | 14,7 | 9,8 | -5,0 |

Fuente: Encuesta Fundación Paz Ciudadana - Adimark. 2004

De lo expuesto en los gráficos N°s. 4³² y 5³³, se desprende que comprar armas de fuego como una medida para reforzar la protección de la vivienda es poco utilizado por la ciudadanía de nuestro país. Representa sólo un 4% de las medidas utilizadas para tal fin, cifra que baja al 3,1% el año 2005 según la encuesta ENUSC del I.N.E³⁴. Apareciéndose una tendencia a la baja en el porcentaje de armas en el hogar a nivel nacional (-1,3%).

Todo lo expuesto nos hace cuestionarnos lo siguiente: ¿Cuál fue el fundamento empírico de nuestro legislador para legislar en la materia? No aparece justificado el hecho de que se hayan elevado considerablemente los requisitos para inscribir un arma, dado que al momento de realizarse la encuesta que se analiza en el gráfico N° 5, las exigencias para inscribir un arma eran relativamente bajas, y la tendencia para inscribirlas tendía a la baja. Es más, tal cúmulo de condiciones puede provocar el efecto contrario, esto es, incrementar su tenencia irregular.

Por otro lado, observamos, que el mayor porcentaje de delitos son contra la propiedad, como los robos por sorpresa, los hurtos y los robos a accesorios de vehículos. Estos injustos son producidos generalmente por gente de sectores marginales, de escasos recursos y bajo nivel educacional. En la encuesta sobre seguridad ciudadana realizada por el INE durante el año 2005 se señala que *“el 48.6% de la población estima que la falta de trabajo es la principal causa de los niveles de delincuencia en el país”*³⁵

Por tanto, más que la vía del punitivismo y/o la estigmatización de las penas, la reacción estatal debiera ser la prevención por ser ésta más efectiva que la pena. Como señala Roxin *“debido a la restringida eficacia de la pena y también*

³² BLANCO y VALDIVIA R, op. cit., pág 7

³³ BLANCO y VALDIVIA R, op. cit., pág. 8

³⁴ ENUSC 2005, op. cit.

³⁵ ENUSC 2005, op. cit

*a su nocividad, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de los medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos*³⁶.

Sabido es, como lo demuestran las encuestas, que una de las principales fuentes de criminalización son las necesidades económicas y la ausencia de socialización familiar de los estratos más pobres de la sociedad, los cuales no se reducen mediante la estigmatización de las penas sino son acrecentados por éstas, porque los condenados (y los procesados bajo el antiguo sistema procesal penal) quedan con prontuarios criminales en su certificado de antecedentes, y con ello quedan prácticamente imposibilitados para encontrar un trabajo, debido a que en la mayoría de los empleos se pide el certificado de antecedentes al particular.

Debemos tener presente además que una vez cumplida la condena, el trámite para la eliminación de los antecedentes penales contemplado en el Decreto Ley N° 409 sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad, presenta bastantes requisitos, plazos extensos y, además, todo un largo trámite burocrático. Por tanto, la única vía que vislumbran para poder alimentar a sus familias es trabajar en el sector informal, como vendedores ambulantes, lo cual también está sancionado, o seguir con la vida criminal, puesto que la sociedad ya los ha tachado de delincuentes.

Por todas las razones antes señaladas, estimamos reprochable y poco eficaz la vía seguida por nuestro legislador de crear nuevos tipos penales, y aumentar las penas y multas. En efecto, es ineficaz para solucionar el efecto de la delincuencia porque el problema real, su causa, es la desigualdad social y la marginalidad de los sectores de escasos recursos, siendo la delincuencia sólo un efecto. La amenaza de la dureza de la sanción penal casi no tiene efecto de intimidación, debido a que la regla general es que el autor no se ve motivado por la pena ya que sólo perpetra su acto delictual cuando piensa que no será

³⁶ ROXIN, Claus, "**Problemas actuales...**", pág. 94.

detenido.

El delito tiene múltiples causas, y sobre ellas, el Estado debe trabajar responsablemente en busca de su disminución.

El Estado podría reducir sustancialmente este problema mediante una buena política social, pero nuestro legislador se queja de que vivimos en la inseguridad, se jacta de crear una legislación de “combate contra la delincuencia”, pero en palabras de Roxin:

“A estas conocidas exigencias se objeta con frecuencia que hace falta dinero para tales medidas. Sin embargo, la política social estatal deja mucho que desear en la mayoría de los países en los que el abismo entre pobres y ricos es muy grande; allí con medios políticos, por ejemplo a través de una eficiente legislación de impuestos, se puede dar al Estado la posibilidad de construir un sistema de seguridad social”³⁷.

Un sistema de seguridad social ideal debería velar por la educación personal y familiar, por la igualdad laboral y social, por la generación de empleos genuinos y no subsidios temporales, provisión de recursos humanos y materiales a los organismos de seguridad y justicia, fomentar su capacitación profesional y promover una reestructuración ética y un compromiso vocacional con la función pública de estas organizaciones. Éstas, entre otras medidas, pueden llegar a ser un camino más factible para alcanzar el objetivo final de disminuir la criminalidad.

Además, el Estado debe convencer a los sectores más acaudalados de la necesidad de contribuir a un fondo social para aliviar la miseria social en la que se

³⁷ ROXIN, Claus. “**Problemas actuales...**”, pág. 95.

encuentran los sectores marginales, y de esta manera se ganará en seguridad social, dado que si se protege a los niños abandonados de caer en la criminalidad, dándoles una buena educación, aumentar los fondos de capacitación y empleo, el apoyo a microempresarios focalizando los recursos en los sectores marginales, se estará dando a esos sectores una vía diferente al de la criminalidad para surgir.

Otro método para reducir la inseguridad ciudadana es aumentar la dotación policial en las calles, dado que ante el riesgo de ser descubierto el potencial delincuente tenderá a abandonar su plan delictual en beneficio de su propio interés. Mayor dotación de carabineros en las calles, apoyados con medios computacionales de investigación y la vigilancia por video será un medio eficiente de combate contra la delincuencia.

Como vemos, hay diferentes métodos que pueden ser más efectivos para disminuir la criminalidad, sin embargo las modificaciones que se han introducido obedecen únicamente a la necesidad de dar respuesta a una coyuntura determinada, creada por los medios de comunicación, que dice relación con el impacto que ciertos delitos cometidos con armas producen en la opinión pública, lo que se ha traducido en el aumento de las penas y multas que sancionan la tenencia ilegal y, en general, del rigor penal, apareciendo el Estado ante la opinión pública, preocupado de la materia, aunque su respuesta sólo constituye una fracasada receta.

Contrariamente a lo que pareciera ser el sentir generalizado de nuestra población, el aumento del rigor penal no es un mecanismo eficaz para disminuir la criminalidad. Investigaciones criminológicas realizadas en diferentes países muestran que no existe correspondencia entre aumento de la represividad penal con bajas en las tasas de criminalidad. Sin ir más lejos, en el Informe elaborado por Paz Ciudadana en relación a las modificaciones a la Ley N° 17.798, analizando las legislaciones comparadas ha llegado a la siguiente conclusión:

“A la luz de los antecedentes expuestos resulta difícil generar una conclusión contundente: Estados Unidos ha generado legislaciones más restrictivas en relación con la posesión y tenencia de armas, disminuyendo los índices asociados al uso de las armas en delitos violentos; sin embargo, y contrariamente a lo ocurrido en este país, Inglaterra experimenta alzas en sus cifras delictuales relacionadas con armas, no obstante haberse dictado leyes incluso más restrictivas que las norteamericanas en cuanto a la tenencia y posesión de armas”³⁸.

El delito, como fenómeno complejo y pluricausal, como ya lo hemos esbozado, hay que atacarlo de raíz y por cada una de las causas que lo promueven, poniendo en práctica paralelamente programas de prevención.

Ello se explica porque el delito es la expresión de conflictos personales y sociales complejos y el sistema penal, atendidas sus limitaciones, no alcanza al trasfondo social y personal que ha incidido en la comisión del delito. La pena es totalmente ineficaz para solucionar ese trasfondo social, y ni siquiera cumple una función intimidatorio, debido a que, como ya lo señalamos, el delincuente a lo que verdaderamente teme no es tanto a la pena (de la que piensa siempre escapará), sino a ser descubierto.

Además, debemos tener presente que la principal causa de la inseguridad ciudadana es originada por los robos con violencia o intimidación, delitos cuyas tasas de criminalidad se han mantenido más o menos constantes como se graficaba en los gráficos N°s. 1 y 2 antes expuestos. No obstante, hay un exceso de rigor penal en dichos ilícitos que se castigan con penas a todas luces desproporcionadas. Así tenemos que el robo con violencia o intimidación simple del artículo 436, inciso 1°, del Código Penal, (apropiarse de cosa mueble ajena sin

³⁸ BLANCO y VALDIVIA R, op. cit., pág. 14.

ocasionar daños de importancia a la integridad corporal de las personas) está sancionado con una pena que va desde los cinco años y un día a los veinte años de cárcel, pena mayor incluso que la del homicidio simple que va desde los cinco años y un día a los quince años y un día de privación de libertad; la pena del robo con violencia o intimidación calificado del artículo 433, N° 1, del Código Punitivo tiene aparejada una pena más grave que la del homicidio calificado y su grado máximo era la muerte, (hoy suprimida) siendo hoy, el presidio perpetuo calificado. También tenemos que los delitos de robo con violencia o intimidación, por sorpresa y con fuerza en las cosas en lugar habitado se sancionan como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa en virtud del artículo 450 del Código Penal, que en su inciso segundo eleva las sanciones en un grado si los culpables del hurto o robo hacen uso de armas o sean portadores de ellas. En el robo con violencia o intimidación, además no procede la atenuante de reparar con celo el mal causado del artículo 11, N°7, y se consagran agravantes especiales para estos delitos en el artículo 456 bis del aludido texto legal.

Por tanto, encontramos injustificada la reacción de algunos sectores frente al supuesto aumento de robos con violencia o intimidación y otros delitos violentos, en el sentido de pedir a las autoridades mano dura en contra de los delincuentes. Pero más reprochable aún es que el legislador accedió a estas peticiones y elevó las penas establecidas en la ley de control de armas y, en un grado, las sanciones consagradas para el hurto y robo cometidos usando armas o portándolas. Ello demuestra la ignorancia u olvido de nuestro derecho penal, pues las sanciones vigentes son durísimas y desde un punto de vista racional, no debieron ser aumentadas.

El reseñado aumento de penas y multas produce más efectos nocivos que beneficios:

- Se crea una falsa idea de que la mayor represividad controla la

criminalidad. Confianza peligrosa, dado que dificulta la adopción de otras medidas de diverso orden que sí podrían contribuir a solucionar el problema.

- Las penas de presidio son altamente estigmatizantes y tienen un carácter criminógeno, esto es, contribuyen a la reproducción de la criminalidad puesto que los mecanismos de detención y el abuso en la prisión preventiva y en la pena de cárcel, prevista para toda clase de delitos y de autores, sin consideración a la gravedad de los delitos y a las necesidades y características de los imputados u condenados, contribuye a estigmatizar como delincuentes. El mismo contacto con otros reclusos de mayor peligrosidad, eleva altamente el riesgo de la desocialización y del contagio criminal, haciéndolos ingresar a la carrera criminal o reforzando su decisión de mantenerse en la misma.
- Es evidente que la pena de multa es un medio de sanción inidóneo, puesto que los más altos índices de criminalidad se concentran en sectores marginales de escasos recursos, sujetos que no pueden pagarla y es injusto tenerlos por esta causa en el establecimiento penitenciario, con los efectos nocivos que ello ocasiona y que se expusieron en el punto anterior; en cambio quien es solvente se libera fácilmente de la sanción penal, no produciendo ningún efecto.

La solución –e insistimos en ello– no debe provenir de este punitivismo exacerbado, fundado en el Derecho Penal Simbólico y del enemigo, aunque esta pareciera ser una tendencia mundial. No existe una razón lógica–científica, para que la preocupación (ya casi obsesiva) por los supuestos altos índices de los niveles de un determinado tipo de delincuencia (desde el enfoque del labeling approach) condicione la totalidad del sistema penal, procesal y penitenciario. La solución consiste en que, el Estado y la comunidad comiencen a trabajar en serio

y conjuntamente, a través de la promoción de políticas sociales, económicas y educativas que generen igualdad de oportunidades y tengan como destinatario al ser humano. En el plano legislativo, se debe seguir con las bases que cimientan un Estado de Derecho, esto es, se debe proveer un marco normativo que procure alcanzar un punto de equilibrio entre el Derecho Penal como expresión de la pretensión punitiva del Estado en pro de la convivencia social y la reglamentación garantística de un debido proceso que resguarde la dignidad humana de la persona.

Nosotros proponemos que se debe optar por un Derecho Penal de Alternativas basado en opciones a la pena privativa de libertad, lo que Roxin llama “sanciones penales socialmente constructivas”³⁹ y nos señala las siguientes:

1. Terapias para reincidentes, esto es razonable cuando el infractor está dispuesto para trabajar enérgicamente en sí mismo.
2. A los autores de delitos leves y medianamente graves se les debería ofrecer la posibilidad de sustituir la multa o la pena privativa de libertad, hasta determinado nivel, por trabajos de utilidad pública (servicios comunitarios). Esto sólo puede ser exitoso a partir de una base voluntaria, pero tiene la ventaja de que el trabajo se puede realizar en el tiempo libre y conseguir algo provechoso, cuyo sentido también parece evidente para el infractor. Se puede tratar de trabajo corporal (en instalaciones públicas y aún en la recolección de basura), pero también intelectual según la calificación del interesado (en bibliotecas, computadoras, etc.). Estas actividades de utilidad pública se deben establecer, de preferencia, en tiempos en las cuales las fuerzas laborales remuneradas no trabajen habitualmente como domingos, días

³⁹ ROXIN, Claus, “**Problemas actuales...**”, pág. 99 y siguientes.

festivos o en las horas de la madrugada.

3. Reconciliación y reparación entre autor y víctima.
4. Sobreseimiento en casos leves, entrelazado con la obligación de reparación y con los trabajos de utilidad pública. Casos leves cuyo hecho delictivo sólo cause perturbaciones sociales.

Un amplio catálogo de sanciones es más eficaz en la lucha contra la delincuencia en comparación con el endurecimiento de las penas. Y debemos tener presente que nuestro actual sistema procesal penal consagra muchas de estas alternativas:

Los acuerdos reparatorios establecidos en los artículos 241 y siguientes del Código Procesal Penal aplicables en aquellos delitos que recaen sobre bienes jurídicos de carácter patrimonial, lesiones menos graves y delitos culposos. Una vez aprobado el acuerdo por el juez de garantía se dicta sobreseimiento definitivo y la víctima, una vez ejecutoriada dicha resolución, podrá pedir el cumplimiento incidental ante el propio juez de garantía.

La suspensión condicional del procedimiento, establecida en los artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal, conceptualizada como:

“Una salida alternativa al proceso en virtud de la cual se puede detener provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando ella sometida, adentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones impuestas por el juez de garantía, al término del cual –si son cumplidas en forma satisfactoria– se extingue la acción penal y si no lo son o se vuelve a imputar un nuevo delito, se revoca la

*medida reiniciándose la persecución penal*⁴⁰

Las condiciones están establecidas en el artículo 238 del reseñado cuerpo legal, siendo algunas restrictivas de la libertad ambulatoria del imputado como residir en un lugar o no frecuentar ciertos lugares, otras implican un control permanente del Estado sobre la persona del imputado como acudir periódicamente al Ministerio Público, fijar domicilio; otras establecidas en beneficio de la víctima como pagar una suma dineraria o garantizar su pago a título de indemnización de perjuicios, y otras que miran a la rehabilitación del imputado como someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza; ejercer un trabajo u oficio, o asistir a algún programa educacional o de capacitación. Estas condiciones son acumulables pudiéndose imponer al imputado varias de ellas en formas conjunta.

Una vez transcurrido el plazo de vigencia de esta salida alternativa, sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo.

Pero se presenta un grave problema, los requisitos legales para la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento son muy exigentes:

1. La pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no debe exceder los tres años de privación de libertad. (art. 237 letra a) del Código Procesal Penal).
2. Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. (art. 237, letra b), del Código Procesal Penal).

En los delitos de posesión o tenencia ilegal de armas se cumpliría con el

⁴⁰ DUCE, Mauricio. “**La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal**” en “Nuevo Proceso Penal”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 2000, pág. 140.

primer requisito, pero generalmente este delito se comete en concurso con otros delitos, por ejemplo, en delitos como el de robo o hurto cometidos con armas o portándolas, con lo que se hace prácticamente ilusoria la aplicación de esta salida alternativa.

5. ANALISIS CRÍTICO A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LEY N° 20.061 A LEY DE CONTROL DE ARMAS

Con fecha 10 de septiembre de 2005 se publica la Ley N° 20.061 que modifica la Ley de Control de Armas, en el sentido de corregir un error garrafal que se contenía en la Ley N° 20.014, dado que dicho ordenamiento establecía a las bombas incendiarias, conocidas comúnmente como “molotov”, como armas sujetas a control y como armas prohibidas, con lo que se producía que el porte y tenencia de bombas incendiarias tenía dos tipos, dos penas y dos tribunales competentes de diferente jurisdicción: los tribunales militares y los tribunales ordinarios de justicia.

La Ley N° 20.061 fue iniciada por mensaje del Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, de fecha 6 de junio de 2005, que proponía básicamente lo siguiente:

1. Eliminar de las armas sujetas a control por las autoridades a las bombas incendiarias, que dando sólo como armas prohibidas, lo cuál es lógico.
2. No obstante constituir armas prohibidas, el Ejecutivo propone penalizar a las bombas incendiarias con la sanción establecida para las armas sujetas a control, que es más baja. Ello porque se estima que el poder destructor de estos aparatos incendiarios no es equiparable al resto de las armas prohibidas, tipificadas en el artículo

3° de la ley de control de armas.

3. Radica en los tribunales ordinarios de justicia la competencia de los delitos cometidos con bombas o artefactos incendiarios y el delito de compra y venta irregular de municiones.

En el debate parlamentario, no tuvieron buena acogida en los sectores conservadores las modificaciones planteadas en los puntos 2 y 3 señalados, oponiéndose con argumentos como el siguiente:

“No puedo creer que se señale que tres años y un día a diez años es una penalidad alta respecto de quien posee un artefacto cuyo propósito es, evidentemente, cometer un delito y un atentado contra la vida de las personas o su integridad física, o en contra de la propiedad privada”⁴¹, agregando que “Como su piso baja de 3 años y un día a 541 días, de manera que la persona sorprendida con una bomba molotov, a quién seguramente no afectará la circunstancia de ser reincidente, si además confiesa que tenía ese artefacto, que dará con una pena de de 61 días. Y, conforme a las nuevas normas del Código Procesal Penal, en el juicio simplificado, el que es condenado a 61 paga una multa”⁴²... “Establecer en este momento una rebaja de la pena para el porte bombas molotov y que producto de ella— es lo más probable—, en el 99,9 por ciento de los casos sólo se aplique una multa, constituye, a mi entender, un profundo error”⁴³.

Y el Senador Martínez en defensa de la posición de mantener a las bombas molotov, bajo la competencia de la justicia militar argumenta que son un arma de guerra, que hace su aparición en la Segunda Guerra Mundial, utilizada por los

⁴¹ ESPINA, Alberto. En Sesión 14°, del Senado, Legislatura 353, Ordinaria, de 12 de julio de 2005. www.bcn.cl.

⁴² ESPINA, Alberto. op. cit

⁴³ ESPINA, Alberto op. cit..

guerrilleros soviéticos, y que después pasa a la guerrilla urbana. Y señala que:

“Al sustraer el conocimiento de de la jurisdicción militar, se producen dos efectos: Primero, se le resta conocimiento de asuntos que claramente corresponden a su especialización, porque las bombas molotov son armas de guerra. Y, segundo, se provoca un deterioro adicional a su imagen, pues ello se suma a los comentarios negativos que se le han formulado”⁴⁴.

El ministro del Interior subrogante, Jorge Corre Sutil, en defensa del proyecto del Gobierno, señala que:

“No se está en discusión de rebaja de penas. Se debe optar por una de las dos que por error quedaron establecidas en una modificación reciente. La cuestión central es si el Senado, en base a la prudencia y justicia, va a optar por que el piso de la pena por el porte y tenencia de una bomba molotov sea o de un año y medio, o de tres años y un día”⁴⁵. Y agrega que *“esta materia no es para el Ejecutivo una cuestión de principios, sino un tema de prudencia y justicia. Si la Cámara de Diputados optó, a proposición del Ejecutivo, por 541 días, lo hizo, primero, por considerar que no se está frente a la protección de un bien jurídico ya violentado, sino sólo ante un delito de peligro – no digo que por ello sea menos grave–, y segundo, por ser aquella la pena habitual para quien porta un arma de fuego*

⁴⁴MARTINEZ, En Sesión 14°, del Senado, Legislatura 353, Ordinaria, de 12 de julio de 2005. www.bcn.cl.

⁴⁵CORREA SUTIL, Jorge. En Sesión 14°, del Senado, Legislatura 353, Ordinaria, de 12 de julio de 2005. www.bcn.cl.

llamada a mata."⁴⁶.

Correa Sutil discrepa con el senador señor Espina "por hacer un juego de atenuantes para concluir diciendo que el delito porte y tenencia de una bomba molotov terminará sólo con la aplicación de una pena de multa están válido como efectuar un ejercicio de juego de agravantes, caso en el cuál la pena, por lo menos podría llegar a 10 años y un día, o una mayor"⁴⁷.

En defensa de la propuesta de mantener en la competencia ordinaria los delitos de porte y tenencia de bombas incendiarias, Correa Sutil argumenta que:

*"Por grave que se estimen tales conductas, no hay razón alguna para llevar a la justicia militar el conocimiento de los ilícitos que se configuren con ocasión de esta arma, con la cuál no sólo se ataca a carabineros, sino que también se realizan una serie de otras alteraciones al orden público. Y no hay motivo para pensar que el orden público deba depositarse en manos de la justicia militar por el solo hecho de la gravedad de dichos delitos"*⁴⁸.

Lamentablemente ni en el Senado ni en la Comisión Mixta se aceptó la propuesta del ejecutivo de mantener la sanción de la tenencia ilegal de armas de armas de fuego para el porte y tenencia ilegal de bombas incendiarias, quedando este último delito, con la pena de la posesión y tenencia de armas prohibidas, que es un grado mayor en cuanto al mínimo de la pena. Lo cual nos parece una sanción exagerada, atendido que el poder destructivo de las bombas molotov no se compara con el resto de las armas prohibidas especificadas en el artículo 3°, como las ametralladoras, subametralladoras, bombas químicas, granadas, etc.

⁴⁶ CORREA SUTIL, Jorge, op. cit.

⁴⁷ CORREA SUTIL, Jorge, op. cit.

⁴⁸ CORREA SUTIL, Jorge, op. cit.

Definitivamente, no hay equilibrio.

Nos parece realmente lamentable este punitivismo exacerbado de nuestro legislador, en especial el hecho que, con argumentos tan burdos como el juego de atenuantes que hizo el Senador señor Espina, se persuada a una Cámara.

Durante la tramitación legislativa, no se aprecia un estudio de la realidad, no se nos muestra ni siquiera un estudio estadístico de las muertes producidas por bombas molotov para apreciar su peligrosidad y/o para justificar su ubicación y penalidad entre las armas detalladas en el artículo 3° (que tipifica las armas prohibidas de mayor peligrosidad). Nuestro honorable Congreso no ha reparado, al establecer el castigo, en el hecho de que el ilícito tipificado es de aquellos denominados de “peligro”, en que no se ha lesionado ningún bien jurídico. Aquí estamos en presencia de una criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, que Jakobs ha bautizado como Derecho Penal del Enemigo, en contraposición al Derecho Penal de Ciudadanos, el cuál será objeto de estudio en la Parte II de esta investigación.⁴⁹

En el juego de atenuantes que hizo el señor Espina, no considera el hecho que el delito de porte y tenencia ilegal de bombas molotov es un delito de peligro, que generalmente es utilizado como medio para cometer otro, como el de daños a la propiedad pública o privada o, en el peor de los casos, de incendio por lo que habría un concurso de delitos; además, en su ejercicio no considera las agravantes que pudieran haber, con lo que la pena se puede disparar.

Nuestro licurgo no legisla pensando en el ciudadano que puede ser objeto de un proceso penal, sino que al momento de tipificar piensa en el efecto que causará en la ciudadanía la penalidad, pareciendo un legislador atento y decidido

⁴⁹ JAKOBS, Günter. “**Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**”, en “Estudios de Derecho Penal”, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

a “combatir la delincuencia”, pero no analiza el real efecto que puede producir.

Las bombas molotov, por lo general no son utilizadas como arma para matar, sino como elemento de protesta, por ello ponemos en duda su peligrosidad, y se nos produce el contra sentido de que ahora, si quiero protestar y causar daños, me conviene más manifestarme con una pistola y disparar con ella que lanzar una molotov, porque si soy sorprendido tendré una menor pena. Aun cuando es más peligroso disparar un arma de fuego que lanzar una molotov.

Con una pena tan alta, como la que nuestro legislador estableció para el porte y tenencia ilegal de bombas molotov– que va desde los tres años y un día a diez años– será muy difícil la aplicación de las salidas alternativas consagradas en el Código Procesal Penal puesto que, como es expuso anteriormente, la suspensión condicional exige que la pena que pudiere imponerse no excediere de tres años y no proceden los acuerdos reparatorios por ser un delito de peligro. Por lo tanto, los condenados por estos delitos prácticamente tendrán que cumplir penas privativas de libertad, con todos los efectos nocivos que ello causa.

**PARTE II: CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y
ESTUDIO DE LOS DELITOS DE TENENCIA ILEGAL
DE ARMAS DE FUEGO**

CAPITULO II: EXPOSICIÓN DOGMÁTICA

1. ACTUALES TENDENCIAS EN LA DOGMÁTICA PENAL.

En el estudio de la Teoría General del Delito se plasman las diversas metodologías o sistemas de Derecho Penal por lo que para comprender que sistemática es la que fundamenta las modificaciones realizadas a la Ley sobre Control de Armas presentaremos aquellas concepciones que han influido en las corrientes doctrinales de las últimas dos décadas. A continuación pasaremos a exponer, brevemente, los diferentes modelos explicativos del hecho punible.

1.1. Concepción jurídico-penal funcionalista.

Esta concepción es iniciada por Roxin a principios de los años setenta. Intenta definir el sistema de Derecho Penal según criterios teleológicos marcados por pautas de Política Criminal. A su vez, los criterios del funcionalismo radical derivan de los fines propios de la teoría de la pena, como la prevención general.

El funcionalismo básicamente se centra en los presupuestos sociales, conformados bajo expectativas de comportamiento que se proyectan en acciones. Por tanto, *“el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña”*⁵⁰. El Derecho ya no tiene que proteger determinados valores como en el finalismo, sino que debe asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función. Bajo este criterio, **la función del Derecho Penal es la conservación y el aseguramiento de la vida en sociedad.**

⁵⁰ ROXIN, Claus, **“Política criminal y sistema del derecho penal”**, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, pág. 43.

Dentro del Funcionalismo las principales tesis son la de Claus Roxin y la de Günter Jakobs. No obstante, ambas teorías sólo comparten el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y la elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del Derecho Penal”.

La tesis funcionalista radical de Jakobs utiliza categorías de la Sociología de Luhmann y se fundamenta principalmente en criterios de prevención general positiva; extrema y absolutiza el criterio funcional sistemático, importando el rechazo de toda limitación del ámbito ontológico, y limitando esa tarea a la estabilización del sistema –una estabilización según exigencias preventivo–generales.

Por su parte, la tesis de Roxin es acuñada bajo conceptos de la tradición jurídico penal pero fuertemente influidos por criterios de política criminal, conjugando de esta forma la teoría del delito con la política criminal pero sin hacer una magnificación del sistema ni de sus exigencias, conservando límites que provienen del ámbito de la política criminal como la prevención especial y las garantías de los derechos del imputado, anclados en la esfera del ser, y que son centrales en su concepción, los cuales no se contemplan en la sistemática de Jakobs.

Por tanto, salvo la coincidencia en que el sistema debe atender a la función del Derecho Penal, se diferencian en el contenido, propuestas y concepto mismo.

1.1.1. Funcionalismo sistémico moderado o teleológico–valorativo racional.

Roxin postula una unidad sistemática entre política criminal y derecho penal, señalándonos que:

“El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político–criminales en el sistema de derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal de Liszt.”⁵¹

Para fundamentar esta unidad, el profesor de Munich agrega que:

“la vinculación al derecho y la utilidad político criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una verdad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social no forma un Estado material de derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socio–estatal”⁵².

Entonces, para el autor la construcción dogmática está al servicio de la resolución de los problemas que presenta la realidad de la vida en sociedad y no es una mera construcción teórica. Sigue operando con las mismas categorías de la teoría del delito que el causalismo y el finalismo pero orienta su estudio atendiendo a consideraciones político-criminales, con una significación funcional.

Uno de los principales aportes de Roxin en el marco de la tipicidad es darle una dotación funcional a la teoría de la imputación objetiva; el criterio decisivo de imputación del resultado en el tipo objetivo es la creación de un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido dentro del fin de protección de la norma. De esta forma, entiende superadas las categorías científico naturales o lógicas de

⁵¹ ROXIN, Claus, “**Política criminal y sistema...**, cit., pág. 33

⁵² ROXIN, Claus, “**Política criminal y sistema...**, cit., pág. 33.

causalidad, por criterios exclusivos de valoración jurídica normativa.

Otra gran innovación sistemática del catedrático alemán es en materia de **culpabilidad** –término acuñado desde el punto de vista político criminal y de la teoría de los fines de la pena–y junto a la prevención son los elementos técnicos recíprocamente limitantes que componen la responsabilidad. El presupuesto fundamental de ésta es la culpabilidad, afirmada cuando el autor del hecho punible se encontraba en condiciones normales para ser motivado por la norma. Como en la teoría de Jakobs, su concepción se apoya en una justificación social de la pena, pero con la diferencia de que para Roxin la culpabilidad no depende de necesidades preventivo generales o especiales vagas sino (como lo señalamos anteriormente) de la capacidad de conducción del autor, la que debe ser comprobada empíricamente. La prevención sería el fundamento de la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad y estaría limitada por ésta.

El autor se inclina por una prevención de integración, reduciendo las antinomias entre prevención general y prevención especial, porque busca un efecto de pacificación. A pesar de la infracción normativa, el conflicto social se soluciona, porque se impone la pena adecuada a la culpabilidad, que se corresponde con el sentimiento jurídico de la generalidad. Se da cabida, además, a la reparación del daño en el sistema de reacciones penales, atendiendo a que presta una significativa contribución a la restauración de la paz jurídica. Esto porque, sólo cuando el daño se repare, la víctima y la colectividad considerarán suprimidas las molestias sociales originadas por el hecho.⁵³

En síntesis, del planteamiento reseñado podemos apreciar que se intenta conciliar el método valorativo de las tendencias neoclásicas, conservando la estructura del causalismo y finalismo y, al mismo tiempo, introduciendo categorías

⁵³ Cfr. BULLEMORE, Vivian Y MACKINNON John, “**Fin y función del Derecho Penal y de la pena: Las teorías de la pena**”. En Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 1, año 2004. págs. 25 y 26.

sociológicas propias del funcionalismo. Esto se aprecia claramente en su concepto de delito como lesión de un deber (esto es, como infracción a la norma de valoración), pero a la vez lo fundamenta en atención a la lesividad social. Para Roxin, la teoría del delito es sólo un instrumento para solucionar problemas de contenido social.

1.1.2. Funcionalismo radical.

1.1.2.1. Teoría de los sistemas sociales autoreferenciales como fundamento.

Es común encontrar en la manualística penal referencias que implican directa dependencia de la moderna dogmática penal a influjos sociológicos; esta dependencia se da por sentada indicándola nominativamente, sin referirse a la base de dicho pensamiento. El planteamiento dogmático de Jakobs parte básicamente de la teoría de los sistemas sociales autoreferenciales desarrollada por Niklas Luhmann, por lo que, para comprender los fundamentos sociológicos en los que sustenta el profesor de Bohn su corriente de pensamiento, nos detendremos a revisar dicha teoría, basada a su vez en la teoría de los sistemas autopoiético, de los biólogos Humberto Maturana⁵⁴ y Francisco Varela.⁵⁵

Para Luhmann un sistema es la forma de una distinción, por tanto tiene dos caras: el sistema (como interior de la forma) y el entorno (como el exterior de la forma). Sólo las dos caras juntas constituyen la distinción, la forma, el concepto. Por tanto el entorno es indispensable para el sistema mismo. Para diferenciar el sistema del entorno toma el concepto de producción o poiesis, donde la obra que es producida es el sistema mismo o más exactamente la forma del sistema; esto

⁵⁴ MATURANA, Humberto y VARELA Francisco, “**De maquinas y seres vivos**”, Editorial Universitaria, 1995. págs.. 18–19 , 51–52 y 69.

⁵⁵ *La autopoiesis es una dinámica de autoorganización molecular, la capacidad que tiene un sistema para, a pesar de no estar en equilibrio, mantener una estabilidad estructural absorbiendo energía del entorno o autorregulándose continuamente.* Cfr. HIDALGO CAPITÁN, Antonio, “**Hacia una Economía Global Postmoderna. La economía mundial como sistema socioeconómico autopoiético**”, en Cinta de moebio N° 17, Septiembre de 2003, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile. www.moebio.uchile.cl/ .

es lo que quiere indicar el concepto de autopoiesis y, dado que ningún sistema puede operar fuera de sus límites, este es un sistema autopoietico operativamente cerrado.⁵⁶

La base de esta teoría es el concepto de comunicación, donde el sistema social como sistema autopoietico consiste sólo de elementos –comunicaciones– que el mismo sistema produce y reproduce a través del entrelazamiento de estos elementos –justamente por medio de comunicaciones–. Por tanto, los seres humanos, como sistemas vivos y conscientes, así como los países, con sus peculiaridades geográficas y demográficas, quedan fuera del sistema social, fuera de la sociedad, en su entorno. Se prescinde de límites territoriales, dado que la comunicación misma no tiene localización alguna.⁵⁷

Según este autor la sociedad se definirá dependiendo de cómo se conceptúa la comunicación, siendo la comunicación la síntesis entre información, participación (expresión de esa información) y la comprensión o no de la expresión y su información. El evento comunicativo se cierra como unidad discreta con la comprensión, la cual a su vez abre el sistema dado que produce una bifurcación ya que las comunicaciones pueden ser tanto aceptadas como rechazadas. Por lo tanto hay una **autoprovocación**, la bifurcación entre aceptación o rechazo. Agrega Luhmann que sólo a través de esta bifurcación puede haber historia, cuyo curso depende del camino que en cada paso fue tomado: el del sí o el del no.⁵⁸

La sociedad es definida como *“el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones*

⁵⁶ LUHMANN, Niklas, “**El concepto de sociedad**”, en “Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.” Editorial Trotta. Madrid, 1998. pp’. 51–67.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas, op. cit. Págs. 53 y 54.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas, op. cit. Págs. 55 y 56.

siempre nuevas y distintas."⁵⁹

Si bien el sistema sólo puede determinarse por sus estructuras, no puede negarse que esta especie de autonomía operativa presupone una cooperación, una acomodación al entorno, lograda a través de los acoplamientos estructurales, que mantienen al sistema dentro de su entorno, –que es precondition de la autopoiesis del sistema, pero que no interviene en ésta, y es el lenguaje el que sirve de acoplamiento estructural entre comunicación y conciencia. Son dos sistemas operativamente cerrados y por tanto diversos, pero el lenguaje consigue acoplarlos, a través de su llamatividad dentro del medio acústico de los ruidos y también en el medio óptico de los signos escritos; con ellos puede fascinar y centrar a la conciencia, y a la vez reproducir a la comunicación.⁶⁰

No hay comunicación entre el individuo y sociedad, dado que la comunicación es siempre una operación interna del sistema de la sociedad que no puede salir de sí misma. La sociedad es un sistema autoobservador y autodescriptivo, basado en comunicaciones y la reproducción de estas a través de comunicaciones. Esto no significa que el individuo no sea importante, por encontrarse en el entorno, dado que el entorno es esencial para el sistema, y la razón de ello es respetar la individualidad del ser humano, porque no se podría desarrollar mi individualidad si otros pudieran mover mis ideas con las suyas y siendo imposible imaginar la sociedad como una hipnosis de todas por todos. La individualidad implica entender a los sujetos como producto de su propia actividad, como máquinas autoreferenciales históricas, negando el consenso, como situaciones empíricas en las que los individuos concuerdan. Lo único que hay son los correspondientes esquemas observacionales, en los cuales un observador se autodetermina con la estipulación de que una conducta se conforma o se desvía

⁵⁹ LUHMANN, Niklas, op. cit. Pág. 57.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas, op. cit. Pág. 59.

con respecto de una norma.⁶¹

Otro de los conceptos esenciales dentro de la sistemática de Luhmann que influye en Jakobs es el de expectativas, las cuales se enmarcan en la participación de los individuos en ese código comunicativo común que orientan la interacción humana en sociedad y contribuyen a la previsibilidad, la seguridad y a la reducción de la complejidad. En este sentido, los sistemas sociales surgen precisamente para asegurar esas expectativas,

El autor diferencia dos tipos de expectativas:

- **Expectativas cognitivas:** cuando se ven frustradas por la realidad, dan lugar a que el sujeto adapte su expectativa a la realidad que le ha demostrado que su expectativa se frustró y por tanto tales expectativas desaparecen cuando se ven violadas por los hechos.
- **Expectativas normativas:** no desaparecen cuando en la realidad se produce su violación, sino que en tales casos se exige que sea la realidad la que se amolde a la norma, a la expectativa, y no al revés.

Es decir, en el caso de las expectativas normativas, la expectativa mantiene su valor contra la realidad y en este sentido, las normas son, **expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente**. Si se produce la decepción de la expectativa normativa debe reaccionarse de tal manera que se reafirme la validez de la norma, y una de esas posibles reacciones es la sanción. Este es el punto que más influye en el funcionalismo radical de Jakobs⁶².

⁶¹ LUHMANN, Niklas, op. cit. Págs. 60 y 61.

⁶² Cfr. ARIAS, Manuel, “**Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo**”, en www.unifr.ch/ddp17derechopenal, pág 15.

Para el sociólogo alemán en comento, el Derecho es el mecanismo a través del cual se lograría el aseguramiento generalizado de las expectativas normativas, lo que en última instancia permitirá el mantenimiento del sistema, incluso para el caso de defraudación de las mismas, es decir, un medio a través del cual se refuerza el mantenimiento de las expectativas, y por ende del orden social (prevención general positiva).

En resumen, tenemos que para Luhmann la sociedad sólo está compuesta por comunicaciones y la reproducción de éstas; la comunicación es autopoietica en la medida en que se debe a sí misma, se autoproduce a través de la bifurcación producida de si acepta o no la comunicación, formándose una nueva comunicación la cuál a su vez se va reproduciendo a través de otras bifurcaciones, bastándose a sí mismo el sistema. Ahora bien, conforme a esta concepción, quien comunica es la sociedad y no los sujetos que integran la realidad social misma. De acuerdo con su tesis, los individuos (que no comunican sino que piensan, siendo un sistema independiente) no se encuentran en el sistema mismo, sino en su entorno, interactuando estos sistemas a través del acoplamiento estructural que es el lenguaje:

*“Esta concepción del sujeto al margen del sistema social la importará Jakobs, para quien el sujeto no será el verdadero objeto de protección del Derecho penal, sino la norma misma, de tal suerte que su concepción del sistema social será la de un conjunto de interacciones con abstracción de los sujetos”.*⁶³

1.1.2.2. Planteamiento funcionalista radical de Jakobs.

Jakobs exige más bien un marco, que “comunique” a los hombres, con independencia del arbitrio individual, las expectativas de comportamiento de la sociedad. Este marco, que asegura la existencia del grupo, es la “norma”. Para

⁶³ Cfr. ARIAS, Manuel, op. cit. pág. 17.

este autor (siguiendo a Luhmann, como se dijo antes) sólo el orden de las personas funda una sociedad; ésta es entendida como un "mundo normativo", que no resulta de la reunión de los mundos (esferas) individuales porque limita el concepto de "sociedad" a la comunidad de "personas" y no de meros individuos.

La sociedad es definida entonces como una unión de seres entre los cuales hay un "acuerdo normativo"; o sea, en cuanto cada uno reconoce en el otro un estatus, emergente de su posición en el grupo, posición que es la base, no en primer lugar, de "derechos", sino de "deberes", "obligaciones" o tareas a cumplir. Una persona espera de otra una determinada conducta.

Hay que tener clara una distinción fundamental que nuclea la exposición es la de "persona" e "individuo", de indudable inspiración kantiana. La **persona** se "autodetermina" libremente, en cuanto "reconoce" a la norma y obra conforme a ella. **El individuo**, por el contrario, es el hombre, que está en relación con otros para hacer valer sus "preferencias" (sensibles), es decir, se rige por el principio del placer, busca lo que le es conveniente y provechoso y evita lo que le perjudica.

En la concepción funcionalista penal jakobsiana se concibe a la persona en lo fundamental a partir del idealismo de la Filosofía del Derecho de Hegel como un concepto eminentemente normativo. Nadie es persona en sí misma, sino se es persona porque el sistema social así lo atribuye. Esto es, la persona es un producto de la socialización. Nadie es persona por el hecho de tener dos ojos, una boca y saber hablar. Esos aspectos muestran únicamente una naturaleza física, a la que denomina "individuo", y todo lo relacionado con el individuo es irrelevante para la imputación jurídica. Cuando al individuo se le reconoce el estatus de persona es un indicativo que la individualidad quedó atrás, o que fue superada, por lo que ahora se le reconoce una capacidad de imputación y entonces ya se le puede tomar en cuenta en el mundo normativo.

Todo esto demuestra que para un Derecho Penal funcional no existen elementos naturales inmutables del ser humano, porque todo responde a una evolución, a un proceso de desarrollo histórico y social. Dependiendo del concepto de persona imperante en un momento histórico determinado, así se concebirá en general la norma y su infracción y, por ende, la construcción teórica de sus elementos. A partir de 1985, Jakobs hace una distinción entre las personas, distingue entre el “ciudadano” y “el enemigo”, creando estatutos jurídicos completamente diferentes para ellos, esto es, un “**Derecho Penal del Ciudadano**” y un “**Derecho Penal del Enemigo**”, estatutos jurídicos que serán analizados en las páginas siguientes.

2. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

El Derecho Penal del ciudadano define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental en su condición de sujetos vinculados a y por el Derecho. El delito de un ciudadano,

“no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”⁶⁴; tenemos a “una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado — de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo) — a equilibrar el daño en la vigencia de la norma”⁶⁵.

Esto es así, según Jakobs, cuando el autor, a pesar de su hecho, “*ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como*

⁶⁴ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio Meliá, Derecho Penal del Enemigo**”, Editorial Civitas, Madrid, 2003, pág. 35.

⁶⁵ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**” pág.36.

persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico⁶⁶. Por ello, agrega que, en principio,

“Un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano. Por otro, tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad⁶⁷.”

Como vemos, el Derecho Penal del ciudadano de Jakobs no es otra cosa que su concepción radical funcionalista del Derecho Penal, la cual es desarrollada en extenso en su obra **“Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación”**, que construye siguiendo la teoría de sistemas autopoieticos de Luhmann, ya analizada.

Para esta concepción radical funcionalista, la legitimación material del Derecho Penal reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado y para dicho mantenimiento se deben garantizar las normas. La garantía consiste en proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación, pasando a ser la vigencia de la norma el bien jurídico penal a proteger⁶⁸, ello porque la norma supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo de organización de la comunidad, por ello con el delito se produce una frustración del rol determinado para el sujeto en la comunidad dada. Su sistema de Derecho Penal está basado en normas, las

⁶⁶ JAKOBS, Günter, **“Jakobs/Cancio...”** pág.36.

⁶⁷ JAKOBS, Günter, **“Jakobs/Cancio...”** pág.28.

⁶⁸ JAKOBS, Günter, **“Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”**, Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas S.A., España, apartado 2/1 y ss. pág. 44 y ss.

normas definen los roles de los sujetos, por tanto las normas son el objeto de protección, la lesión a su vigencia es el resultado, y la pena viene a reestablecer la vigencia de la norma quebrantada, ejercitando en la confianza hacia la norma, en la fidelidad al Derecho y ejercitar en la aceptación de las consecuencias.

Al construir su sistema de Derecho Penal, a partir de la Teoría de Sistemas como es lógico, rechaza el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito, y se inclina por un concepto social de acción, siendo la *“acción la causación del resultado individualmente evitable”*⁶⁹. Siguiendo a Luhmann el autor señala que:

*“el concepto penal de acción es, pues, una noción equívoca de lo que ha de analizarse; se trata de lo que es un sujeto, de lo que es mundo exterior para el sujeto y de cuando se puede vincular la conformación del mundo exterior con el sujeto (imputársela)”*⁷⁰.

De este modo, es expresión de sentido⁷¹ objetivamente cognoscible, una acción como *“unidad funcional de sentido”*⁷², que deja los impulsos y movimientos naturales involuntarios fuera del concepto jurídico penal de acción, considerando sólo dentro de este concepto las expectativas penalmente relevantes y sus garantías en el contacto social, siendo un concepto netamente normativo.

⁶⁹ JAKOBS, Günter, **“Derecho Penal...”**, apartado 6/20 y ss. págs. 168 y ss.

⁷⁰ JAKOBS, Günter, **“Derecho Penal...”**, apartado 6/21 pág. 169.

⁷¹ LUHMANN, Niklas, define sentido como la conexión entre lo actual y lo posible, donde el sentido presupone sistema autopoieticos en los cuales actúa, como en los sistemas psíquicos en la conciencia y en los sistemas sociales en la comunicación, y está basada en la inestabilidad de sus elementos, donde la función de su estructura dual (actualidad v/s potencialidad) es organizar la atención de manera alternante entre la actualidad, que es cierta pero inestable, y la potencialidad, que es incierta pero estable, por tanto actúa bajo la condición inevitable de una selectividad forzosa, esto es, se muestra como sentido la relación entre esa certidumbre inestable y la incertidumbre estable, al seleccionar en la actualidad una de las múltiples posibilidades. **“Complejidad y sentido”**, en *“Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.”* Editorial Trotta. Madrid, 1998. pp'. 25–30.

⁷² JAKOBS, Günter, **“Derecho Penal...”** apartado 6/23 pág. 171.

“La dirección de la acción ha de determinarse siempre en función de las capacidades individuales del autor, dado que sólo así puede garantizarse que la expresión de sentido de la acción sea en todo caso expresión de sentido de un sujeto”⁷³.

La evitabilidad está marcada por aquellas causaciones que no se producirían si el autor hubiese tenido el motivo dominante dirigido a evitar las consecuencias, donde éste último siempre tiene que ser la norma jurídica.

Por tanto, el supraconcepto jurídico penal de acción de Jakobs (definido como la causación del resultado individualmente evitable) engloba el actuar doloso e individualmente imprudente, donde el conocimiento de la ejecución de la acción (dolo) y, en su caso de sus consecuencias (imprudencia), o la cognoscibilidad individual, como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción.

Si la acción es causación evitable del resultado, la omisión para Jakobs es su correlativo, la no evitación evitable de un resultado, pero reconduce ambos conceptos en un supraconcepto común de conducta humana como evitabilidad de una diferencia de resultado.

Se critica este concepto normativo, por resolver ya en la acción, con su concepto normativo de evitabilidad del resultado, cuestiones que realmente son de antijuridicidad o ausencia de la misma o de culpabilidad o inculpabilidad, transformando el concepto de acción prácticamente en un concepto de delito, pues no habría más acciones que las penalmente relevantes y culpables.

Otro punto representativo de esta sistemática (y muy controvertido también) es su concepción en materia de culpabilidad, que señala que:

⁷³ JAKOBS, Günter, “**Derecho Penal...**” apartado 6/25 pág. 173

“El concepto de culpabilidad ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los principios del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es, de tipo preventivo–general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma”⁷⁴.

Jakobs vincula su concepto jurídico penal de acción con la culpabilidad la cuál a su vez depende de los principios de los fines de la pena, y tenemos que a un autor que actúa de determinado modo y que conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que considere a su comportamiento como la conformación normativa. Esta imputación tiene lugar a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de otro modo; así pues el comportamiento ejecutado pone de manifiesto que el autor en ese momento no le importaba la evitación predominante. Esta infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esa desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación, siendo misión de la pena el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.

En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, con la conducta no se produce una defraudación de una expectativa normativa, puesto que nadie espera que el niño, el loco o el que desconoce la significación antijurídica del hecho cometido, cumpliera con esta exigencia de fidelidad al Derecho, en este caso sólo se trata de expectativas de carácter cognitivo, “la

⁷⁴ JAKOBS, Günter, “**Derecho Penal...**” apartado 17/22 pág. 584

*ausencia de sanción en estos supuestos, no perturba la función estabilizadora de expectativas en que consiste el Derecho*⁷⁵ .

La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada como un criterio de limitación del poder punitivo del Estado a favor de del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino sólo en atención a las necesidades derivadas de los principios de los fines de la pena, los fines de la prevención general positiva.

3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En cuanto concepto doctrinal, el Derecho Penal del Enemigo ya es introducido por Jakobs –aunque de un modo difuso– en Mayo de 1985, en la ponencia que presentó al Congreso de los penalistas alemanes celebrado en Frankfurt sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En dicha ponencia nos señala que el Derecho Penal del Enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos; que pertenecen a éste, en concreto, *“todas las criminalizaciones de lo que materialmente son actos preparatorios, en la medida en que la conducta preparatoria se efectúe en el ámbito privado”*⁷⁶, y agrega que *pertenecen a este ámbito algunos delitos contra la seguridad del Estado, así como la constitución de asociaciones criminales o terroristas*⁷⁷.

El profesor de Bonn justifica la penalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico en todos aquellos:

⁷⁵ JAKOBS, Günter: **“El principio de culpabilidad”** en Fundamentos del Derecho Penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá;. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 48

⁷⁶ JAKOBS, Günter, **“Estudios de Derecho Penal”**, Editorial Civitas, Madrid, 1997,pág. 298

⁷⁷ JAKOBS, Günter, **“Estudios ...”**, pág. 298.

“casos en que por la incalculabilidad de los posibles cursos de daños y su eventual inocuidad es sólo pasajera, se perjudica la seguridad cognitiva que se precisa para la vigencia de la norma, dado que en cualquier momento se puede llegar a la comisión del delito. Ejemplos de ello proporcionan las infracciones contra los preceptos de la Ley de armas, la producción o adquisición de dinero falso y también delitos más bien recónditos como el de la formación de bandas armadas. En todo caso a la producción de la actividad es inherente la tendencia al daño.”⁷⁸

Sólo una característica del Derecho Penal del Enemigo es analizada en dicha ponencia: la **punibilidad anticipada en los casos de delitos de peligro abstracto**, en los cuales se abusa de la posibilidad de definir, por su peligrosidad, como conducta externa un comportamiento en sí mismo interno. Tal comportamiento no es desprivatizado por su general peligrosidad, sino por el contexto de planificación en que se encuentra; la desprivatización⁷⁹ se produce a fin de tener un pretexto para poder acceder a otro aspecto interno, concretamente, al contexto de los planes del sujeto. Despojar de ese modo al sujeto de su esfera privada no corresponde al Derecho Penal de ciudadanos, sino al Derecho Penal del Enemigo.

Posteriormente, en el año 2003, en su obra conjunta con Manuel Cancio Meliá, expone con toda precisión su concepción dogmática sobre el Derecho Penal del Enemigo, configurado como una legislación de lucha. En palabras de Jakobs:

“el Derecho Penal del Enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la

⁷⁸ JAKOBS, Günter, “**Estudios ...**”, págs. 310 y 311.

⁷⁹ Esto es, la intromisión del ius puniendi en el mundo privado u interno del sujeto

guerra.”⁸⁰, y agrega que *“el Derecho Penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho Penal del Enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros.”*⁸¹

Los “enemigos” son individuos que se caracterizan,

*“por haberse apartado de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad”*⁸².

Y dado que este enemigo no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona.

Los enemigos, en el sentido más arriba definido, no son personas para Jakobs.

*“Pues la personalidad, es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Donde quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, es más el Estado no debe tratarlo como persona”*⁸³.

⁸⁰ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**” pág.33.

⁸¹ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**” pág.33.

⁸² JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**”, pág.40.

⁸³ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**”, pág.47.

3.1 Fundamentos filosóficos del Derecho Penal del Enemigo

Es claro que lo que plantea Jakobs no puede estar fundamentado en los pensamientos contemporáneos, que se encuentran afianzados dentro de una concepción democrática. Para darle a esta formulación dogmática un sustrato filosófico debió recurrir a pensadores contractualistas de los siglos XVII y XVIII, como Hobbes y Kant, quienes fundamentan las monarquías absolutas y el totalitarismo.

Citando justamente a Kant señala *“que no se trata como a persona a quien me amenaza constantemente, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano”*⁸⁴. Y agrega, parafraseando al mismo autor, que:

*“Aquel ser humano o pueblo que se haya en un mero estado de naturaleza me priva... (de la) seguridad (necesaria), y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (facto), sí por la ausencia de legalidad de su estado (statu injusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario–legal o abandone mi vecindad”*⁸⁵.

3.2. Características del Derecho Penal del Enemigo

3.2.1. Tipos penales que anticipan la punibilidad a actos preparatorios de hechos futuros:

Se caracterizan por ser tipos penales de peligro abstracto, como los regulados en las leyes de armas, contra el terrorismo y contra el tráfico de estupefacientes.

⁸⁴ JAKOBS, Günter, *“Jakobs/Cancio...”*, págs. 31.

⁸⁵ JAKOBS, Günter, *“Jakobs/Cancio...”*, págs. 31.

La reacción del ordenamiento mediante la punición no tiene por objeto en este caso *“reestablecer la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”*⁸⁶.

3.2.2. Desproporcionalidad de las penas:

Tiene una doble manifestación; por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no va acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo. Por otro lado, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio, desproporcionadas, de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización.

3.2.3. Legislación de lucha o de combate:

*“Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”*⁸⁷.

Jakobs parece negar el carácter de “Derecho” a las regulaciones “jurídicas” de guerra contra los enemigos. Así, cuando contrapone el Derecho Penal del Ciudadano al del Enemigo, aclara que *“la voz “Derecho” significa en ambos*

⁸⁶ JAKOBS, Günter, *“Jakobs/Cancio...”*, pág.40 ,el mismo, también en sentido similar ya antes en *“Estudios...”*, pág. 298.

⁸⁷ JAKOBS, Günter, *“Jakobs/Cancio...”*, págs. 55 y 56.

*conceptos algo claramente diferente*⁸⁸. A diferencia de lo que ocurre con respecto a los ciudadanos, la relación con el enemigo ya no se determina por el Derecho, “*dado que éste es el vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción*”⁸⁹. Frente al enemigo, el Derecho Penal es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. Pero entonces hay que entender que “*quien gana la guerra determina lo que son las normas, y que quien la pierde ha de someterse a esa determinación*”⁹⁰. Estas normas, empero, y a diferencia de las que regulan la pena, ya no son Derecho con respecto al que es penado. Pese a todo ello, las regulaciones del Derecho Penal del Enemigo tal vez pudieran verse como “Derecho” pero sólo desde el punto de vista formal, del Estado como agente, pues aquel ordenamiento, como afirma Jakobs, “*implica un comportamiento desarrollado con base en reglas*”, y en modo alguno “*una conducta espontánea e impulsiva*”⁹¹

3.2.4. Considerable restricción de garantías y derechos procesales de

los imputados: En palabras de Jakobs:

*“quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Kant exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos.”*⁹²

Como se trata de una guerra, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta, de incomunicación.

⁸⁸ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**”, pág. 25.

⁸⁹ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**”, págs. 26 y 26.

⁹⁰ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**”, pág. 41.

⁹¹ JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**”, págs. 22.

⁹² JAKOBS, Günter, “**Jakobs/Cancio...**”, págs. 47 y 48.

Es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor, y por supuesto la prisión preventiva.

3.2.5. Recrudescimiento de condiciones penitenciarias para los condenados:

Como se expuso, el enemigo debe ser excluido, no debe ser tratado como persona por el Estado, por ello se limitan al máximo los beneficios penitenciarios.

4. CRÍTICAS AL PLANTEAMIENTO DOGMÁTICO FUNCIONALISTA RADICAL

4.1. Críticas al Derecho Penal del Ciudadano

Un importante enfoque crítico a los planteamientos del funcionalismo sociológico, y más en concreto a la teoría de los sistemas de Luhmann, sustento del funcionalismo radical de Jakobs, proviene de la perspectiva crítica que tiene de la sociedad el filósofo y sociólogo alemán, Jürgen Habermas. Este autor alemán, con claras influencias de Karl Marx y de Max Weber se inserta en la segunda generación de filósofos de la Escuela de Frankfurt y formula frontales críticas a los enfoques del funcionalismo sistémico, y en especial, al enfoque de los sistemas sociales autopoieticos señalando que:

“La teoría de Luhmann, que hoy no tiene par en punto a fuerza conceptualizadora, fantasía teórica, y capacidad de elaboración, despierta en todo caso la duda de si el precio que paga por las “ventajas abstractivas” que comporta o por el grado de abstracción que logra alcanzar, no es quizá demasiado alto. Pues la incansable trituradora de la reconceptualización a que Luhmann es tan afecto acaba dejando de lado al “subcomplejo” mundo de la vida como un residuo indigerible – es decir, precisamente el ámbito de fenómenos

*que no puede menos de atraer sobre sí el interés de toda teoría de la sociedad que no haya roto aún todos los puentes con las experiencias precientíficas de crisis*⁹³.

Otra de las importantes críticas que formula el profesor de Frankfurt al funcionalismo sociológico es la constante e inadecuada pretensión de aplicación analógica de las leyes y modelos de la naturaleza a los sistemas sociales y la transposición de conceptos del primer ámbito al segundo, lo que se vio especialmente agravado con la pretensión de la construcción, bajo el prisma del funcionalismo sistémico, de una integración científica universal.

En efecto, señala que *“se autoubica sin dudarlo en el sistema de la ciencia y, como teoría, se presenta con una pretensión universal en lo que le compete”*⁹⁴, y agrega que *“esta teoría de sistemas no es propiamente sociología, sino que habría que compararla más bien con esas proyecciones metateóricas que cumplen funciones de imagen del mundo”*⁹⁵. Todo ello contraría la racionalidad porque, dada la esencial diferencia entre los ámbitos naturales y sociales y sus respectivas disciplinas, se requieren diferentes categorías analíticas para aproximarse a las referidas realidades, naturales o sociales.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que ha provocado más asperezas y rechazos interminables es su concepto de sociedad “sin hombres”. Los reproches de deshumanización, ceguera, pasividad o conservadurismo político tampoco se han hecho esperar, en modo alguno aminorados por la confesión del mismo Luhmann de que su propuesta no pretendería otra cosa que proteger el ámbito de la subjetividad, en los términos que señalamos anteriormente. Lo cierto es que se

⁹³ HABERMAS, Jürgen, **“El discurso filosófico de la modernidad: Doce lecciones”**, Ed. Taurus, Madrid, 1989.pág. 419.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen, **“El discurso...”**, pág. 418.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen, **“El discurso...”**, pág. 451.

hace tremendamente dificultoso concebir un Derecho al margen del control o de los efectos ontológicos que provocan su ejecución,

“centrado de modo autista en su autopoiesis, hurtándose la mirada al mundo si no es a través del espejo de la autoreferencia. La misma perplejidad que suscita el abandono de otras funciones que se consideraban otrora connaturales al Derecho, como el control de la conducta o el logro de la integración social”⁹⁶.

Las soluciones internas al funcionamiento autopoietico de los sistemas tales como la observación externa sobre la heteroreferencia, las irritaciones y aperturas informacionales al entorno, los acoplamientos estructurales, etc. son claramente insatisfactorias. Y sin embargo, la función central del sistema no admite equivalentes funcionales más allá de sus límites, atendido que son sistemas, autoreferenciales, y sólo pueden proveer alternativas desde las posibilidades que ya le son inherentes. Además, sólo tiene por objeto expectativas dañadas en su integridad. Con tal limitación, el Derecho se ve remitido a un trato reactivo con los conflictos.

En nuestra opinión, y como ya lo señalamos en la primera parte, el Derecho podría, en esta línea, indagar posibilidades de sustituir a las sanciones como medio de garantía de expectativas, dando entrada a otros remedios institucionales menos gravosos para los destinatarios. E incluso, como es nuestro planteamiento, pueden ser perfectamente reemplazadas por la operación de otros subsistemas, como la educación, con su generación de susceptibilidades de obediencia individual, o el sistema político, en la medida que puede planificar una política criminal preventiva.

⁹⁶ PRIETO, Evaristo, **“Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social, Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal”**, en **“DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho”**, N° 23, año 2003, pág. 278.

En el ámbito penal, también es duramente criticada esta tesis funcionalista, con sólidos fundamentos, como nos señala el profesor de Munich, Bernd Schünemann que critica este método puramente normativista de Jakobs,

“que rechaza cualquier delimitación descriptiva (descalificada por él como naturalista) de los conceptos dogmáticos, se remite para la interpretación de los conceptos exclusivamente a la funcionalidad sistemática en relación al sistema que en cada momento se utilice como Derecho positivo. A mi juicio, este método conduce en última instancia al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas determinaciones son tomadas de modo puramente decisionista.”⁹⁷

Puesto que, como todo normativismo, erige una fachada de argumentaciones circulares, donde forzosamente ha de trabajar con conceptos vacíos, libres de empirismo, que en realidad no resuelven el problema jurídico, sino que sólo lo parafrasean y de ahí que inmediatamente sean rellenados a gusto con contenido de un modo puramente decisionista.

Por ejemplo, su concepto de acción como la producción evitable del resultado es un concepto de acción falto de todo núcleo descriptivo. Así también su concepto de culpabilidad cae en esta circularidad, puesto que su base es la prevención general positiva, entendida desde un punto de vista Hegeliano en el sentido de la mera negación de hecho. Y lo mismo ocurre con el concepto de daño a la validez de la norma. En consecuencia, la acción supone una lesión a la norma y, como la lesión a la norma supone una acción, con esta argumentación nos encontramos dando vueltas en círculo. Donde,

⁹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, **“Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”**, En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX, Madrid, 1999, pág. 208.

“sus expresiones, son artificiales, que en su contenido, así como también en su extensión, son completamente indeterminadas y, por ello, sólo sirven como etiquetas que obtienen un significado sólo a través de decisiones adicionales. Por tanto, estas fórmulas circulares y vacías de contenido se rellenan con puro decisionismo.”⁹⁸

Otra crítica que se le formula al planteamiento de Jakobs es un defecto de tipo epistemológico que vicia la justificación de la pena en su sistema, confunde el fin y función del Derecho Penal y de la pena, esto es, confunde el ser, problema empírico o de hecho (función) y el deber ser, asunto axiológico o valorativo (fin) donde, a causa de de esa confusión las doctrinas normativistas de justificación son presentadas directamente como justificación.

La distinción entre fin y función es esencial, puesto que

“la legitimación interna y externa, entre justicia y validez, y derecho y moral, constituye un presupuesto ineludible para evitar la autolegitimación ético-política. La legitimación entre ambas legitimaciones conduce a modelos penales de tipo sustancialista y autoritario”⁹⁹.

El planteamiento del catedrático de Bonn es una ideología de legitimación apriorística, tanto del Derecho Penal como de la pena, (lo cual es una falacia normativista en terminología de Ferrajoli¹⁰⁰) porque alega el fin de la prevención para justificar la pena, prescindiendo de la observación de los hechos justificados.

⁹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, “**La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico –penal**”, En Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología, Editor: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 2001, pág. 650.

⁹⁹ BULLEMORE, Vivian, “**Fin y función del Derecho Penal y de la pena: las teorías de la pena**”, en Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2004 N° 1, pág. 28.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi, “**El Derecho Penal Mínimo**” En: Prevención y teoría de la pena, Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile, año 1995, pág. 25 al 48.

No hay una correspondencia entre el fin que se pretende alcanzar y la función que se cumple con la pena, convirtiéndose por tanto, dicho fin de prevención, en una mera exigencia funcional de autoconservación del sistema político.

Así tenemos que, el fin del Derecho Penal para Jakobs, es la confianza en la norma, pero esta se ve despojada de toda finalidad socializatoria, además

“no cabe pedagogía a través del Derecho, pues eso rebasa en mucho sus competencias funcionales, ni puede alentarse una conciencia fiel al mismo. La finalidad se retraduce en la confianza de que la expectativa goza de respaldo institucional, y la pena, no representa otra cosa que una comunicación de que el individuo esperó correctamente, y de que el Derecho se lo hace saber a costa del infractor. La pena, al igual que el delito, se entienden como comunicaciones, asociadas y proseguidas sobre el polo de lo antijurídico. Pero no acarrear, como piensa Jakobs en clave hegeliana, disvalor moral o socializador alguno, al menos, ningún disvalor que pueda ser reputado relevante en la esfera de lo jurídico. La irrelevancia sistémica de los efectos psicofísicos que el Derecho comporta se ve así añadida a la indiferencia moral de las comunicaciones jurídicas.”¹⁰¹

En igual sentido, Alessandro Baratta señala que este planteamiento funcionalista radical:

“Toma en consideración sólo los eventuales efectos positivos que el ejercicio de la función penal, según la misma teoría, puede obrar para la integración, social y el restablecimiento de la confianza institucional. Pero omite tomar en cuenta los efectos del sistema

¹⁰¹ PRIETO, Evaristo, “Teoría de sistemas...”, 285.

penal que puedan compensar negativamente sus pretendidos resultados positivos. Desconoce todos los argumentos y observaciones que ponen en evidencia el hecho de que el sistema penal produce altos costos sociales y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza en las instituciones. Piénsese, solamente, en los efectos disgregantes que la pena privativa de libertad produce en el ámbito familiar y social del detenido; en el distanciamiento social generado por la estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad; en la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal y por las distorsiones que tienen lugar en el uso de sus diversos instrumentos institucionales (un ejemplo muy actual es el de la detención preventiva, que ha dejado de tener una función procesal y ha asumido un carácter punitivo)”¹⁰²

Y desde la Escuela de Frankfurt, pero esta vez en el ámbito penal, el penalista Winfried Hassemer, critica la capacidad motivadora que tendría la conminación penal para la idea preventivo general de Jakobs señalando que:

“la rigidez jurídico racionalista de la idea preventiva general, que desprecia soberanamente la 'irracionalidad' fáctica de las personas. La tarea de prevención general espera un homo oeconomicus que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídico penal, con la

¹⁰² BARATTA, Alessandro, **“Integración-Prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistemica”**, en Revista Doctrina Penal, año 8, N° 29, 1985, págs. 14 y 15.

conminación penal y con la posibilidad de la ejecución de la pena, ha tenido el cuidado de que no merezca la pena cometerlo.”¹⁰³

Otro punto, muy reprochable de la sistemática de Jakobs es su concepción de la persona; como señalamos anteriormente para este autor, el individuo pasa a ser persona sólo a través de la cualidad de ser portador de un rol y únicamente frente a una persona puede existir la expectativa de que se comportará sólo por su “ser persona” de una determinada forma en una determinada situación. Es decir, ser destinatario de una norma, y sólo si las normas valen tiene lugar la sociedad.

Sin embargo,

“quien cuenta con el derecho a la protección es el individuo y no la persona, es decir, el hombre real e individual y no el portador de roles generalizado, pues el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso. En consecuencia, el reemplazo que propone Jakobs del individuo por la persona como mero portador de un rol en Derecho Penal destruye justamente su legitimación. Por esta razón debe también ser rechazado”¹⁰⁴.

De todo lo anterior podemos concluir que el catedrático de Bonn, con sus argumentaciones sistémicas derriba los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el pensamiento penal liberal, que limitan la actividad punitiva del Estado: el principio de lesividad de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, con lo cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del Derecho, y pasa a ser un subsistema físico-psíquico al que el Derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social.

¹⁰³ HASSEMER, Winfried: **“Fundamentos del Derecho Penal”**, Trad. por F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, pág. 384.

¹⁰⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, **“La relación entre el ontologismo...”**, pág. 655.

4.2. Críticas al Derecho Penal del Enemigo.

Si el Derecho Penal del Ciudadano –que no tiene mucho de ciudadano– ya es bastante criticable, el Derecho Penal del Enemigo no resiste mayor análisis, sino que simplemente, no se trata de Derecho Penal.

Como nos señala Manuel Cancio Meliá¹⁰⁵, las características de este Derecho Penal del Enemigo no es un verdadero sistema de Derecho Penal pues no cumple con los criterios de legitimidad que establece nuestro sistema jurídico–constitucional. Además, si se considera que la falta de efectividad (en el plano preventivo–fáctico) de tales normas de Derecho Penal del Enemigo conduce a un balance negativo en la valoración de los “costes” para el sistema jurídico-penal en comparación con los “beneficios” preventivos, ya es dudoso denominarlo “Derecho Penal”.

Esta misma opinión es compartida por el catedrático de la Universidad de Zaragoza, don Luis Gracia Martín, quien nos señala que

“la experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia como los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes, y cómo aquéllos dictan leyes nominalmente penales que, sin contenido alguno de justicia, establecen más bien dispositivos y mecanismos de “guerra” contra los etiquetados como enemigos. A la vista de estas reales experiencias, pues, no debe parecer nada extraño que la carga emocional que conlleva la etiqueta de “enemigo” predisponga ya a un rechazo de un Derecho Penal del Enemigo en sociedades que,

¹⁰⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, **“Derecho Penal del Enemigo y delitos de terrorismo”**, En Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, N° 3, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, año 2003, págs. 39 y 40.

*como es el caso de las actuales sociedades occidentales, se configuran, al menos en un sentido formal, como democráticamente estructuradas y que están vertebradas por los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad”.*¹⁰⁶

Y agrega este autor que *“no pueden ser partícipes de la idea del Derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción”*¹⁰⁷.

Rebatiendo los fundamentos del Derecho Penal del Enemigo, Cancio Meliá señala que:

“cuando se argumenta que los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho Penal del Enemigo” son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos, se ignora, en primer lugar que la percepción de los riesgos – como es sabido en la sociología– es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas. Los fenómenos que frente a los que reacciona el “Derecho Penal del Enemigo” no tienen esa especial “peligrosidad terminal” (para la sociedad)= que se predica de ellos. Al menos entre los “candidatos” a “enemigos” de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno – ni “la criminalidad organizada”, ni “las mafias de las drogas”, ni tampoco ETA– que realmente pueda poner en cuestión los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes

¹⁰⁶ GRACIA MARTIN, Luis, **“Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo”**, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 07–02, año 2005, www.crimenet.es/recpc, págs. 3 y 4.

¹⁰⁷ GRACIA MARTIN, Luis, op. cit. pág. 4.

*en un futuro previsible. Esto es especialmente claro si se compara la dimensión meramente numérica de las lesiones de bienes jurídicos personales sufridas por tales conductas delictivas con otro tipo de infracciones criminales que se cometen de modo masivo y que entran, en cambio, plenamente dentro de la “normalidad”.*¹⁰⁸

Otro aspecto muy criticable es la configuración del “enemigo” como No-persona. Discrepamos de la concepción del sujeto como persona normativa o jurídica –entendido como una construcción social y normativa– porque aquel no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano. Siguiendo a Schünemann, señalamos que el reemplazo que propone Jakobs del individuo por la persona como mero portador de un rol en Derecho Penal destruye justamente su legitimación porque se castiga a un hombre de carne y hueso. Asimismo, debemos tener presente el postulado Kantiano de la Teoría de la Pena, conforme al cual el delincuente no debe poder ser utilizado como medio para alcanzar fines sociales.

En nuestra opinión, un Derecho Penal democrático y de Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable. No puede ser lícito en ningún ordenamiento que se establezcan reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso. Por tanto, no es posible fundamentar legítimamente ningún Derecho Penal del Enemigo

Sin perjuicio de lo anterior y de una observación de las legislaciones penales actuales, no cabe duda la existencia de regulaciones sustantivas y procesales que presentan los rasgos que se ven como característicos de ese Derecho Penal del Enemigo. Aunque en la realidad se dé, no se pueden legitimar estas reglas de actuación estatal que traspasan los límites que impone la condición de ser humano.

¹⁰⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, “**Derecho penal del enemigo...**”, pág. 40.

5. PROPUESTA

En nuestra opinión, los pilares sobre los que se debe fundamentar toda construcción dogmática penal deben ser los principios de protección del bien jurídico y el principio de culpabilidad. Un buen punto de partida es el finalismo de Welsel pero complementado con los aportes que ha hecho la dogmática jurídico penal. Por ejemplo, respecto al concepto de acción, y en materia de causalidad, son indudables los aportes de la teoría normativa de la imputación objetiva. Los principios normativos se deben desarrollar de tal modo que consideren las estructuras ontológicas. El Derecho debe tomar en cuenta la realidad, como señala Schünemann:

“Los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide que estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en el ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante”¹⁰⁹.

A continuación haremos un análisis del delito de posesión o tenencia ilegal de armas, tanto permitidas como las prohibidas, siguiendo la estructura del finalismo, y analizadas desde el punto de vista del principio del bien jurídico protegido.

¹⁰⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre ontologismo y...”, pág. 661

CAPITULO III: ANÁLISIS DEL DELITO DE POSESIÓN O TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO PERMITIDAS.

En este apartado de nuestro estudio corresponde analizar el delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego, tipificado en el artículo 9° de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, que establece:

“Los que poseyeren o tuvieren algunas de las armas o elementos señalados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2º, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4º o sin la inscripción establecida en el artículo 5º, serán sancionados con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.”

El análisis se efectuará de forma esquemática, desarrollando primeramente la naturaleza jurídica y el objeto jurídico de protección del delito señalado para luego desarrollar cada uno de los elementos que lo componen y las fases de desarrollo que puede alcanzar este injusto penal. Nos centraremos especialmente en vislumbrar de qué forma se aplican las nuevas tendencias de la dogmática penal en las modificaciones introducidas por la ley 20.014.

1. Naturaleza jurídica

El delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego es un delito formal o de simple actividad, porque su comisión depende de la sola realización de la conducta prohibida por la ley, con prescindencia de cualquier resultado. Por tanto, la sola concurrencia de la acción descrita en el tipo habilita la penalidad; es un delito de peligro abstracto porque, si bien se requiere la existencia de un peligro corrido por el bien jurídico, éste es presumido de derecho, sin admitir prueba en contrario, sólo por el hecho de ejecutarse la acción prohibida por el tipo penal. Se

supone un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión del bien jurídico, fundamentado supuestamente en que la experiencia ha permitido tipificar suficientemente los límites de la norma de cuidado.

En efecto, es una figura de peligro abstracto, ya que no es necesaria la producción de un daño concreto: se entiende que para la sociedad la posesión de armas sin la autorización administrativa correspondiente resulta peligrosa.

Lo anterior queda de manifiesto en la reforma introducida por Ley N° 20.014, que modificó el inciso 2° del artículo 9° de la Ley sobre Control de Armas, derogando la facultad del juez de sobreseer o dictar sentencia absolutoria en el caso de que de las circunstancias o antecedentes del proceso permitan presumir fundadamente que la posesión o tenencia de las armas, estaban destinada a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos. Por tanto, por el sólo de hecho de tener o poseer un arma no inscrita en conformidad al artículo 5° de la Ley sobre Control de Armas, se tiene por consumado el delito, pues la peligrosidad viene presumida de derecho por el legislador.

Es un delito de acción que no requiere resultado y por ello, aunque se acredite que no existe un peligro concreto a un bien jurídico protegido, se debe condenar, no existiendo posibilidades de sobreseer o absolver en razón a esas circunstancias; ellas sólo ameritan para aplicar únicamente la pena de multa de once a cincuenta y siete unidades tributarias mensuales.

A todas luces lo anterior contraría el esquema de los postulados mínimos y garantistas de Derecho Penal, que tradicionalmente han imperado en nuestro Derecho Punitivo –tales como el bien jurídico como límite del ius puniendi y el principio de inocencia–, dado que, en los delitos de peligro abstracto, se invierte la presunción constitucional de inocencia. Y si sostenemos que el Derecho Penal

debe garantizar la tutela de bienes jurídicos debe asegurar igualmente un mínimo ético. Eso no es posible si se pretende construir un Derecho Penal que desee castigar actitudes por la mera posesión de objetos.

A pesar de que la comisión del ilícito que se analiza es una figura de peligro abstracto, resulta absurdo que la tenencia del arma sin encontrarse autorizada por la autoridad administrativa sea el único sustento para efectuar un juicio de reprochabilidad de la conducta del agente –es decir, para entender que el ilícito se ha perfeccionado–, pues ello constituye prácticamente Responsabilidad Objetiva que a la luz de lo dispuesto en el inciso 6°, del numeral 3°, del artículo 19 de la Constitución Política se encuentra proscrita. De ser así, el análisis probatorio de la conducta del sujeto se circunscribiría al acta de incautación del arma sin la correspondiente autorización administrativa junto con la conformidad de ambas circunstancias por el imputado lo cual vendría a satisfacer el aspecto subjetivo del tipo. Entendido ello así, el proceso penal resultaría meramente formal, deviniendo absolutamente lógica y necesaria la condena ante la simple posesión del arma.

2. Bien jurídico protegido.

El concepto de bien jurídico es fundamental en Derecho Penal; aun cuando no existe consenso, el fin del Derecho Penal sería precisamente su protección. Claro está que lo anterior se discute arduamente en la doctrina comparada. Importantes autores como Welsel sostienen que el fin primordial del Derecho Penal es la protección del ordenamiento jurídico y su fin mediato, la protección de bienes jurídicos; mientras que otros, como Jakobs, –que sigue la concepción de Luhmann del Derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas–, opina que la violación de la norma es socialmente disfuncional, pero no porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión

la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los ciudadanos.

En cuanto sector del ordenamiento jurídico, el Derecho Penal se orienta a regular las relaciones humanas y ordenar el conglomerado social para hacer posible la convivencia. Este fin, en nuestra opinión se cumple protegiendo determinados valores fundamentales para el individuo y la comunidad de la que forma parte, necesarios para su realización y desarrollo, mediante la conminación de sanciones o la fijación de medidas de seguridad para quienes atenten contra ellos. En cuanto merecen la protección del Derecho, se llaman **bienes jurídicos protegidos**.

Este concepto, como fin del Derecho Penal, tiene un rol fundamental: al ser el contenido de esta rama del Derecho es el concepto que lo limita. Es un límite del ius puniendi, y la forma de protegerlos penalmente no es otra que la tipificación de aquellas conductas que los lesionan o ponen en peligro.

Determinar el bien jurídico protegido no sólo tiene importancia en materia de Derecho Penal sustantivo, sino que también produce importantes efectos en materia procesal penal. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 351 del Código Procesal Penal, en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones como un solo delito, aumentándola en uno o dos grado. Su inciso final señala que para los efectos de este artículo, se consideran delitos de una misma especie aquellos que afectan al mismo bien jurídico.

Teniendo claro el concepto e importancia del concepto de bien jurídico protegido, procederemos a analizar el tema que nos interesa, el determinar cual es el bien cautelado en el delito de tenencia ilegal de armas de fuego.

Del estudio de la historia de la ley podemos extraer que los valores fundamentales que quería tutelar el legislador al dictar la ley y tipificar este delito eran velar por la “paz social” y, más precisamente, por la “Seguridad del Estado” – como lo señalaba expresamente el artículo 25–, a causa del clima de violencia que se vivía en el momento de su dictación, como se expuso de forma más extensa en la primera parte de esta investigación.

Con la tipificación del delito de tenencia ilegal de armas de fuego se envía un mensaje de confianza o sentimiento de seguridad a los ciudadanos de que las armas de fuego están en las manos debidas, de que se encuentra debidamente controlada su tenencia, de tal manera. Se crea la expectativa normativa de que no se debe temer una utilización impropia o riesgosa de estas armas y que quien vulnere esta expectativa será sancionado con una dura pena.

Pero en cuanto a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.014, de mayo del 2005, la situación cambia, porque no se vive un clima de violencia como el que existía en los años 70´ que justifique el endurecimiento de las penas.

Del estudio de las actas de discusión de la ley en cuestión se infiere que las modificaciones introducidas tienen por objeto “el combate contra la delincuencia”. Expresamente se deja de lado el fin que tuvo la dictación de la ley y se deroga el artículo 25.

Lo cual es perfectamente razonable, puesto que la realidad que se vive hoy en día dista mucho de la vivida en la época de la dictación de la ley. Hoy no se podría pensar que se encuentra en riesgo la Seguridad del Estado. Lo que ahora se persigue es velar supuestamente por la “**seguridad ciudadana**”, concepto normativo, que es entendido como seguridad de otros bienes jurídicos que se ponen en peligro (abstracto), como son la vida y la integridad de los ciudadanos, el

patrimonio y el orden público. En definitiva, se busca derechamente combatir a un enemigo y de ello quedó testimonio expreso en la historia de la ley,

“el señor Subsecretario del Interior subrayó que el proyecto opera sobre la lógica de cambiar el sentido de la legislación original, cuya finalidad principal era evitar que existieran grupos armados que alteraran el orden público. La idea es contar con una ley que sea eficaz en el combate a la delincuencia y, con este propósito, los ilícitos relacionados con la Ley sobre Control de Armas dejan de considerarse como delitos que siempre atentarían contra la seguridad del Estado. En esa línea, se propone un incremento en las sanciones por tenencia y porte ilegal de armas de fuego. También aumenta el tipo de armas que se consideran prohibidas”¹¹⁰.

En esta ley también se alza como objeto jurídico de protección penal a la **Administración del Estado, en cuanto al monopolio de que goza en el control de las armas**. Dadas sus características: delito formal, de mera actividad, de peligro abstracto y permanente, donde se sanciona un mero incumplimiento de requisitos administrativos, subsistiendo dicho ilícito mientras se halle el arma en poder del sujeto activo sin autorización e inscripción de la autoridad administrativa correspondiente.

Refuerzan esta tesis una serie de disposiciones de la Ley sobre Control de Armas como, por ejemplo, el artículo 14 C, que contempla una circunstancia eximente especial para los delitos de tenencia ilegal de armas, tanto prohibidas como permitidas, que exime de responsabilidad penal al que entregue

¹¹⁰ INFORME DE LA COMISIÓN DE DEFENSA NACIONAL, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, con objeto de establecer mayores exigencias para inscribir un arma y prohibir el porte de la misma, entre otras modificaciones. Boletín 2219-02, de fecha 16 de Julio de 2004. en www.bcn.cl.

voluntariamente sus armas o elementos a la autoridad administrativa correspondiente. Se pone en una balanza el disvalor del posible delito de tenencia ilegal y la necesidad de control de las armas, privilegiándose esta última.

A su vez, en el artículo 27, se consagra una excusa legal absolutoria, que faculta a quienes tengan o posean armas permitidas por la Ley, para inscribirlas ante la autoridad administrativa correspondiente, antes de que se inicie un procedimiento en su contra. Aquí estamos en presencia de un delito consumado; no obstante, el legislador no lo castiga por razones de Política Criminal, privilegiando el control de las armas por parte de la Administración por sobre la persecución penal.

Esta es la opinión dominante en el Derecho Comparado. Por ejemplo, un fallo del Tribunal Supremo español, de 30 de Junio de 1993, lo refleja claramente:

“La tenencia ilícita de armas constituye una infracción de actividad o de mero riesgo o peligro general y abstracto o comunitario, objetivo y de propia mano; hallándose la "ratio legis" o finalidad del precepto, traslucimiento del bien jurídico atendido por la norma, en la protección de la seguridad de la comunidad social, en la defensa de la sociedad y del orden público, ante el mal uso que eventualmente pudiera realizarse de las armas de fuego”¹¹¹.

Y en otro fallo de ese mismo tribunal, de fecha 22 de enero de 2001 se agrega otro bien jurídico protegido por la norma: *“el monopolio del Estado en el control de las armas”*. Señala que:

¹¹¹ Cfr. BELESTÁ, Luis, **“Aproximación al estudio del delito de tenencia de armas prohibidas”**, En Revista de Derecho y Proceso Penal, N° 9, Editorial Aranzadi, Pamplona, año 2003, pág. 72.

"El legislador considera punible la "mera tenencia" de una serie de armas aun a pesar de evidenciarse la falta de intención de usar éstas con fines ilícitos (art. 565 CP) en atención a las características y peligro (abstracto) del arma poseída. Desde esta perspectiva se pretende un control de las armas de fuego reglamentadas, a partir de las correspondientes licencias, así como un control de las armas no reglamentadas, cuya mera tenencia se considera peligrosa, aun a pesar de no haberse concretado, ni en uno ni en otro caso, peligro alguno"¹¹².

En conclusión, podemos apreciar que se configura el delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego como un delito de peligro abstracto donde los bienes jurídicos protegidos serían: la seguridad ciudadana en abstracto y el monopolio del Estado en el control de las armas. Siendo, por tanto, un simple ilícito administrativo elevado a la categoría de delito basado en una deficiente política criminal, produciéndose un claro adelantamiento de las barreras de punición. Desconociendo con ello la finalidad del Derecho Penal de proteger los más importantes bienes jurídicos. Lo que implica que la conducta contraria a Derecho que se desaprueba por el tipo penal no lo sea por una mera oposición formal a lo establecido en la norma sino en cuanto lesiona o pone en peligro tales bienes.

3. Tipo penal:

El tipo penal se define como *"la descripción legal de la conducta prohibida u ordenada por la norma"*¹¹³.

¹¹² Cfr. BELESTÁ, Luis, op. cit. pág. 72.

¹¹³ BULLEMORE, Vivian, "**Curso de Derecho penal**", tomo I, ..., pág. 199.

El tipo legal del delito de posesión o tenencia ilegal de armas sujetas a control está configurado esencialmente por lo dispuesto en el artículo 9° en relación con los artículos 2°, 4° y 5° de la Ley sobre Control de Armas. Se tipifica el delito de la siguiente forma:

“Los que poseyeren o tuvieren algunos de las armas o elementos señalados en las letras b), c) d) y e) del artículo 2°, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4°, o sin la inscripción establecida en el artículo 5°, serán sancionados con presidio menor en su grado medio”

Para el análisis de la adecuación típica del delito en comento, efectuaremos la clásica distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo. Hacemos presente que esta distinción obedece a razones de claridad expositiva, pues el tipo penal es uno sólo, donde los elementos objetivos y subjetivos se presentan simultáneamente.

3.1. Tipo Objetivo:

Dentro del tipo objetivo del delito de posesión o tenencia ilegal de armas sujetas a control, y atendida su naturaleza, en que la sola acción tipificada colma las exigencias del tipo objetivo, es evidente que no se requiere de un resultado material ni de un nexo causal. Este tipo de construcciones, son muy cuestionables, pues sancionan conductas que no han lesionado ni puesto en peligro real un bien jurídico material.

Al no requerir resultado ni nexo causal nos limitaremos a desarrollar la acción típica, analizando dentro de ésta sus modalidades: los sujetos de ella, el objeto material sobre el cual recae; y los elementos normativos del tipo.

3.1.1. La acción:

De la lectura del tipo penal, se desprende que hay una acción y dos omisiones, de lo cual se podría pensar que se trata de un delito de naturaleza mixta, conformado como delito de comisión al exigir una conducta positiva: posesión o tenencia; y al mismo tiempo de omisión, al imponer el mandato de la autorización o inscripción.

No obstante, es indudable que el acento del legislador está puesto en la acción de tener o poseer. Las conductas imperativas que exige el tipo vienen a ser una cualidad o adjetivo de dicha posesión o tenencia.

Por tanto, estimamos que el delito es de comisión y su verbo rector es la posesión o tenencia. Los mandatos de autorización e inscripción son elementos normativos del tipo objetivo.

Se trata efectivamente de elementos normativos del tipo objetivo y no elementos de la antijuridicidad, puesto que el delito en comento presenta una particularidad: no se trata de una norma prohibitiva como la gran mayoría de tipos penales, en los cuales las conductas tipificadas sólo son justificadas por el derecho (permitidas) en determinadas circunstancias (cuando concurre alguna causal de justificación, las cuales se analizan en estadio de antijuridicidad). Se trata de una suerte de norma imperativa de requisitos, puesto que la tenencia de armas o elementos del artículo 2° no siempre está prohibida pues, cumpliendo con los requisitos que la ley y el reglamento estipulan, muchas personas pueden poseerlas. Todo ello con independencia de las causales de justificación alegables por quien se encuentre en alguno de los casos contemplados por la ley. Por tanto, cumpliendo con la autorización e inscripción legítimamente otorgadas, se elimina la tipicidad.

3.1.1.1. Verbo rector: poseer o tener

En la doctrina penal se han empleado como sinónimos, descartando los conceptos de posesión y tenencia del Derecho Civil; en dicha rama estos conceptos están claramente diferenciados por un elemento esencial: el animus rem sibi habendi o animo de señor y dueño, fundamental en la posesión y que no está presente en la tenencia, produciéndose efectos jurídicos radicalmente diversos como, por ejemplo, que la tenencia jamás puede transformarse en dominio, lo que si pasa con la posesión.

Poseer o tener un arma es incorporarla a la esfera potestativa de una persona, sin importar si esa situación se ha producido con arreglo o no a Derecho. Lo relevante es que el arma esté en poder de una persona, que de hecho pueda disponer de la cosa. Esto no quiere decir que el arma se encuentre en las manos de quien la posee, sino que se encuentre dentro de su órbita potestativa.

Por ser un delito de acción, el delito de tenencia ilegal de armas requiere, en nuestra opinión, de un mínimo de continuidad en la posesión, que implica no sólo la relación material del agente con tal instrumento, sino la conciencia y voluntad de que la tenencia se produce sin las autorizaciones de la autoridad correspondiente. De esto se advierte, que la relación material entre la tenencia del arma no debe suceder de manera esporádica y circunstancial puesto que la tenencia fugaz y momentánea, se halla excluida del tipo penal.

Como expresábamos anteriormente, y siguiendo a Politoff¹¹⁴, el concepto clave para determinar el concepto normativo de posesión o tenencia, es el de “esfera potestativa”. Así podrán existir situaciones en las cuales el arma, de hecho, una persona la sostiene, y sin embargo no la posee o tiene para efectos jurídico

¹¹⁴ POLITOFF, Sergio, “**El delito de apropiación indebida**”, Nueva Edición, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, Chile, año 1992, pág. 133 y siguientes.

penales, por cuanto no ha salido de la esfera de potestativa de quién se la entrega, siendo esa tenencia fugaz atípica.

La esfera u órbita potestativa está integrada por tres ideas, que constituyen formas específicas de ejercer el control sobre la cosa, las cuales son: “*Custodia, vigilancia y actividad*”¹¹⁵.

En la “*custodia*” el control lo ejerce el sujeto activo personalmente, ya sea porque la tiene a la vista o por presencia, con la posibilidad inmediata de recobrarla. “*A través de la custodia la persona con derecho sobre la cosa manifiesta su decisión de mantener su poder o control de hecho sobre ella*”¹¹⁶.

La idea de “*órbita de vigilancia*” excluye la custodia directa y personal del derecho habiente; ésta no es visual, ni se ejerce a través de su presencia. El control se realiza a través de representantes, o bien gracias a medios mecánicos o físicos¹¹⁷.

En la *actividad*, el sujeto activo mantiene subordinada la cosa a través de un complejo de condiciones estrechamente inherentes a su persona y que se representan por símbolos o datos prácticos y concretos que recuerdan por así decir, la vigencia del poder del sujeto activo, es decir, su órbita de actividad. Ese símbolo de índole fáctica retiene la cosa subordinada a su poder, como por ejemplo, “*el permanecer la cosa en el lugar en que fue colocada por el derechohabiente y en el cual éste quiere que continúe*”¹¹⁸.

Resumiendo, un arma tenida o poseída es aquella que se encuentra en poder de alguien, en razón de que esa persona está en condiciones de ejercer un

¹¹⁵ POLITOFF, Sergio, op. cit., pág. 133.

¹¹⁶ POLITOFF, Sergio, op. cit., pág. 135.

¹¹⁷ POLITOFF, Sergio, op. cit., pág. 137.

¹¹⁸ POLITOFF, Sergio, op. cit., pág. 139.

control sobre ella, ya sea porque la está custodiando (mirando) o la tiene vigilada (bajo llave) o porque está dentro de su órbita de actividad (la tiene marcada visiblemente).

Muy ligado a este concepto de posesión o tenencia está un elemento subjetivo del tipo, el cual es el *animus detinendi*: la relación entre el arma y el sujeto activo permite, a voluntad de dicho sujeto, la disponibilidad de la misma; es posible, en definitiva, su utilización conforme al destino o función objetiva que le es inherente. Por tanto, lo esencial en último término, más que la materialidad del hecho de la tenencia, es este elemento subjetivo del tipo, la relación de disponibilidad segura del arma por parte del sujeto, la posibilidad cierta de este último de usar o hacer lo que estime conveniente con el arma una vez que esta última se encuentre dentro de su órbita potestativa.

3.1.1.2. ¿Existe adecuación de tipo omisivo en el delito de posesión o tenencia ilegal de armas?

El tipo del delito en estudio tiene como verbo rector el concepto normativo de poseer o tener, que no requiere un asir material del arma para configurarlo; lo relevante es que el arma se encuentre dentro de la esfera normativa. Y considerando que contiene dos deberes de actuar como elementos normativos del tipo, los cuales son el deber de obtener la autorización correspondiente y el deber de inscripción, no habría problema para configurar hipótesis omisivas. Sin embargo, el legislador reguló en forma especial la omisión.

El artículo 6° inciso final de la Ley N° 17.798 sobre Control de armas regula exhaustivamente la situación de fallecimiento del tenedor de un arma. En efecto, se impone la obligación –ya sea al heredero o a la persona que tenga la custodia de arma, o a la persona que ocupe el inmueble en el que el causante estaba autorizado para mantenerla, o a aquél en que efectivamente ella se encuentre– de comunicar a la autoridad contralora la circunstancia del fallecimiento y la

individualización del heredero que, bajo su responsabilidad, tendrá la posesión provisoria de dicha arma hasta que sea adjudicada, cedida o transferida a una persona que cumpla con los requisitos para inscribir el arma a su nombre. Si no se efectúa dentro del plazo de noventa días desde la fecha del fallecimiento, el poseedor tendrá la obligación de entregar el arma a la autoridad contralora. Y en la parte final sanciona expresamente con una multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales la infracción de lo establecido en esta norma.

Por tanto, mantener la posesión de un arma sin regularizar la inscripción no configura una tenencia ilegal y dicha omisión se sanciona sólo con pena de multa, como una infracción administrativa. Lo cual es lógico, pues el objeto jurídico de la inscripción es mantener un catastro nacional de las armas que existen en la República y, al estar inscrita el arma, no hay lesión del bien jurídico por cuanto no se ha perdido el control de ella, solamente no se ha regularizado su situación.

Igual situación sucede con el individuo que tiene una arma inscrita a su nombre y pierde las aptitudes requeridas por el artículo 5 A de la ley en comento: su posesión no deviene en ilegal porque el legislador contempló otra medida en el inciso final de la disposición recién señalada:

“la Dirección General de Movilización Nacional deberá proceder a cancelar la respectiva inscripción, reemplazándola por una nueva a nombre de la persona que el poseedor o tenedor original señale y que cuente con autorización para la posesión o tenencia de armas.”

Por tanto, en esta situación, se impone una obligación a la Dirección General de velar por la regularización de dicha situación.

En el caso de un uniformado que deja de prestar servicios a su institución armada, la persona está obligada a devolver su armamento y municiones. Si

omitiera dicha devolución, el Código de Justicia Militar contempla un tipo penal especial para esta situación, en el artículo 357. Y si el arma es adquirida a cualquier título por otra persona, (por ejemplo, en el caso de muerte del funcionario, su esposa omite devolver el arma) esa conducta está sancionada por el artículo 356 del Código Punitivo Militar.

Por tanto, la omisión de devolver el arma perteneciente a las Instituciones Armadas, ya sea por el funcionario, o por otro individuo que la adquiriera a cualquier título, configura los delitos especiales contemplados en el Código de Justicia Militar, no pudiéndose sancionar como posesión ilegal de arma de fuego conforme al principio de non bis in idem.

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que el legislador trató en forma especial la omisión en materia de posesión de armas, siendo difícil configurar una situación hipotética de adecuación omisiva del tipo penal en estudio.

3.1.1.3. Sujetos de la acción.

3.1.1.3.1. Sujeto activo del delito:

En el artículo 9° de la ley 17.798, al describir el tipo penal, para referirse al sujeto activo que puede cometer el delito, se utiliza la expresión “los que”, con lo que se nos está indicando que se trata de un sujeto activo común. Por tanto, puede ser cometido por cualquier persona.

Cabe tener presente que, si bien las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile están exentas de las obligaciones de autorización y control, conforme a lo dispuesto en inciso final del artículo 4°, esta exención sólo se refiere a las armas de servicio y no se extensible a sus miembros considerados individualmente, los cuales para tener un arma en forma particular deben cumplir con los requisitos como cualquier ciudadano, so pena de incurrir en el delito en comento.

El Reglamento en su artículo 2° complementa un vacío dejado por el legislador en el inciso final del artículo 4°, haciendo extensible la exención de control a Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile, Dirección General de Aeronáutica Civil y demás Organismos estatales autorizados por la Ley, en lo referido a las armas y elementos que se adquieran y utilicen para sus propios fines Institucionales. No obstante ello, se hace necesario que se llene dicho vacío por parte del legislador, para no tener que recurrir a una norma de menor jerarquía como el Reglamento y evitarse problemas de interpretación.

3.1.1.3.2. Sujeto pasivo del delito:

Siendo que el bien jurídico protegido es la seguridad ciudadana, el sujeto pasivo no puede ser otro que la sociedad en general y cada uno de sus integrantes. El sujeto pasivo de la acción es el Estado como representante de la comunidad social, radicándose dicha acción más precisamente en el Ministerio Público.

3.1.1.4. Objeto material de la acción:

El objeto material de la acción o del delito, *“es aquella cosa o persona sobre la que recae la acción, normalmente, se vincula con los instrumentos del delito o con los medios empleados para perpetrarlo”*¹¹⁹.

En nuestra opinión, para que las armas tengan la calidad de objeto material de este delito deben encontrarse en un estado de conservación mínimo que las hagan útiles para la funcionar de acuerdo a su uso natural (disparar). Un arma incapaz de arrojar un proyectil mediante la expansión de gases – a través del disparo– no puede ser considerada un arma de fuego y, por tanto, no puede constituir un objeto susceptible de satisfacer las necesidades del tipo penal. Por

¹¹⁹ BULLEMORE, Vivian, **“Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito”**, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, año 2005, pág. 21.

dicha inutilidad para funcionar, se volverá imposible una situación de riesgo o de peligro para el bien jurídico.

En el delito en estudio, el objeto material del delito está compuesto por **“Algunas de las armas o elementos señalados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2°.”**

3.1.1.4.1. Artículo 2 letra b) *Las armas de fuego, sea cual fuere su calibre y sus partes y piezas;*

Las armas de Fuego se clasifican por el Reglamento en su artículo 44 en:

- 1) Armas de posesión prohibida:
 - a) Armas largas de ánima estriada, de calibre superior a 22, o su equivalencia en milímetros.
 - b) Armas largas de cualquier calibre, cuyos cañones hayan sido recortados.
 - c) Armas cortas de calibre igual o superior a 0,45 ó 11,43 mm
 - d) Armas cortas de cualquier calibre, que funcionen por automatismo total.
 - e) Arma de fantasía. Se denomina así a las que esconden su verdadera finalidad bajo una apariencia inofensiva.
 - f) Toda otra arma de fuego no incluida en el N° 2 de este artículo.

- 2) Armas de posesión permitida:
 - a) Para defensa personal:
 - Revólveres hasta calibre .44 o inferiores a .45 (11,43 mm.).
 - Pistolas hasta calibre 9 mm. o inferiores a .45 (11,43 mm.).
 - b) De caza:
 - Escopetas.

- c) De concurso:
- Escopetas.
 - Rifles.
 - Fusiles y carabinas.
 - Pistolas y revólveres.

3.1.1.4.2. Artículo 2 letra c) *Las municiones y cartuchos;*

El Reglamento en su artículo 59 señala que las municiones se clasifican en:

- 1) Cartuchos de proyectil único: Empleados en fusiles, carabinas, pistolas, revólveres y armas especiales.
- 2) Cartuchos de proyectiles múltiples: Empleados en escopetas.
- 3) Cartuchos de uso industrial: Son aquellos que se emplean con herramientas especiales de disparo.
- 4) Cartuchos fumígenos y luminosos: Son aquellos que emiten humo o luces de colores, y que se emplean para señalizaciones aéreas, marítimas o terrestres.

“Cartucho es un aparato intermedio entre la pólvora y el arma. Se compone de vainilla o casquete, cápsula fulminante o estopín, carga de proyección y proyectil o bala.

Cada tipo de arma usa un cartucho diferente, y por esto se hace esta clasificación en relación a los cartuchos, por ejemplo, en los fusiles, ametralladoras y similares, llamadas armas largas, la vainilla tiene mayor longitud que en las armas cortas, como el revólver, la pistola y similares, porque son de mayor alcance y necesitan una carga de proyección más potente, y esta se consigue con una mayor cantidad de pólvora”¹²⁰.

¹²⁰ PIERATTINI MIGUELES, Giovanni, **“Estudio de los delitos de posesión y porte de armas de fuego y artefactos explosivos en la Ley N° 17.798 sobre control de armas”**. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1975, pág. 182.

3.1.1.4.3. Artículo 2 letra d) *Los explosivos, bombas y otros artefactos de similar naturaleza y sus partes y piezas;*

El artículo 68 del Reglamento define lo que se considera por explosivo, señalando que es *“toda sustancia o mezcla de sustancias químicas que por la liberación rápida de su energía, en general produce o puede producir, dentro de cierto radio, un aumento de presión y generación de calor, llama y ruido”*.

3.1.1.4.4. Artículo 2 letra e) *Las sustancias químicas que esencialmente son susceptibles de ser usadas o empleadas para la fabricación de explosivos o que sirven de base para la elaboración de municiones, proyectiles, misiles o cohetes, bombas, cartuchos y los elementos lacrimógenos o de efecto fisiológico;*

El antiguo artículo 12 letra e) del Reglamento, señalaba que se entendía por sustancias químicas explosivas, todos aquellos cuerpos capaces de transformarse rápidamente en gas, con gran desprendimiento de calor y aumento de volumen y de producir, como consecuencia, efectos mecánicos o pirotécnicos de consideración.

3.1.2. Elementos normativos del tipo.

3.1.2.1. “No haber obtenido la autorización señalada en el artículo 4°”.

La autorización es el permiso que otorga la autoridad fiscalizadora competente a los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas, para que estos últimos adquieran la posesión o tenencia de un arma o elementos permitidos sometidos a control.

El artículo 4° exige en su inciso primero que se debe contar con la autorización para realizar todas aquellas actividades que tengan relación con el comercio de las armas, esto es, para fabricar, armar, transformar, importar o

exportar las armas o elementos indicados en el artículo 2º y para hacer instalaciones destinadas a su fabricación, armadura, almacenamiento o depósito.

Agrega en su inciso segundo que:

“Ninguna persona, natural o jurídica, podrá poseer o tener las armas, elementos o instalaciones indicados en el artículo 2, ni transportar, almacenar, distribuir o celebrar convenciones sobre dichas armas y elementos sin la autorización de la misma Dirección¹²¹ o de las autoridades a que se refiere el inciso siguiente dada en la forma que determine el reglamento. Sin embargo, tratándose de las armas y elementos establecidos en la letra a) del artículo 2º, esta autorización, sólo podrá ser otorgadas por la Dirección General de Movilización Nacional”.

A su vez, el inciso tercero de la disposición en comento, salva la excepción indicada, señala las otras autoridades que pueden otorgar la autorización las cuales son: las Comandancias de Guarnición de las Fuerzas Armadas, la Autoridad de Carabineros de Chile de mayor jerarquía, designadas en uno o en otro caso por el Ministro de Defensa Nacional, a proposición del Director General de Movilización Nacional, el que podrá también señalar para este efecto, a nivel local, y con las facultades que indica el reglamento, a otras autoridades militares o de Carabineros de Chile.

Por su parte el Reglamento, concreta el mandato del legislador en el capítulo II, titulado “De los permisos para Comercio Interior”, del título V, sobre el Comercio en general, en sus artículos 34 al 38.

¹²¹ Alude a la Dirección de Movilización Nacional.

El artículo 35 del Reglamento exige que previamente a cada convención, los compradores o futuros tenedores soliciten a la Autoridad Fiscalizadora de su domicilio, la autorización para efectuarla, la que será concedida mediante una Orden de Compra, la cual caduca al término del plazo de diez días hábiles a contar de la fecha de emisión.

En su inciso tercero exime de la exigencia de la Orden de Compra a los pirquineros, materialeros o canteros, inscritos en el Registro de Consumidores Habituales de Explosivos. Éstos para adquirirlos sólo necesitan presentar su Licencia para Manipular Explosivos al día, otorgada por la Autoridad Fiscalizadora que controlará la faena. (Máximo 50 Kgs. de dinamita, 60% o equivalente).

El inciso cuarto del artículo en comento exige que las ventas de armas y municiones que efectúen los importadores y/o comerciantes, deben ser informadas a las Autoridades Fiscalizadoras mensualmente mediante un informe denominado "Informe Mensual sobre Movimiento Comercial". Este documento se elabora con las Ordenes de Compra que otorguen las diferentes Autoridades Fiscalizadoras del país.

Este informe se remite a la Autoridad Fiscalizadora entre los primeros cinco días del mes siguiente, y ésta lo envía a la Dirección General, previa comparación del contenido, antes del día quince de cada mes.

Los elementos que se mencionen en el informe mensual deben identificarse indicando el producto, calibre y número de serie cuando se trate de armas. Los cartuchos deportivos empleados en escopetas se agrupan bajo el título "Cartuchos de Caza", sean de cualquier calibre.

Ante el incumplimiento de estas obligaciones, la Autoridad Fiscalizadora puede caducar la inscripción del interesado, quedando impedido de comerciar sus existencias hasta que la Dirección General estudie el caso y resuelva en definitiva.

Tratándose de fabricantes, comerciantes o consumidores habituales, se debe acompañar a la solicitud la constancia de su inscripción en los correspondientes registros.

El artículo 37 del Reglamento faculta a la Dirección General y las Autoridades Fiscalizadoras para exigir los antecedentes que estimen necesarios relativos a la idoneidad personal de los solicitantes, y a las características y finalidad de la operación de que se trata. Y conforme a lo dispuesto en el inciso final del Art. 6° de la Ley, la Dirección General y las Autoridades Fiscalizadoras pueden, mediante resolución fundada, denegar, suspender o condicionar las autorizaciones.

El artículo 38 del Reglamento preceptúa que la Autoridad Fiscalizadora competente para autorizar la transferencia de armas de fuego de posesión permitida y de sus municiones, es la del lugar del domicilio del adquirente, y exige que se debe acompañar la inscripción del arma, motivo de la venta o cambio de dueño y la solicitud de transferencia firmada por ambas contratantes. Previo estudio de los antecedentes de quien la adquiera, la Autoridad Fiscalizadora puede autorizar o denegar el permiso para transferirla.

Concedido el permiso, se tramitará la inscripción del arma en conformidad a lo establecido en el Capítulo II del Título VI de este reglamento.

El inciso final del artículo 38 reglamenta la situación del arma ante el fallecimiento de su dueño estableciendo que debe solicitarse una nueva inscripción a nombre del heredero encargado de su custodia. La adjudicación a distinto heredero originará una nueva inscripción a favor del adjudicatario.

3.1.2.2. “No haber realizado la inscripción establecida en el artículo 5°”.

Se establece la inscripción con la finalidad de llevar un registro de las personas que poseen armas, qué tipo de armas poseen, su cantidad y ubicación, lo que permite saber a las autoridades el lugar preciso en el cual se encuentran. Para velar por el cumplimiento de ello, la ley es reformada para ampliar las facultades de fiscalización de las autoridades, pudiendo exigir la exhibición del arma. Ante la negativa, se presume que no se encuentra en el lugar y se debe proceder a realizar la respectiva denuncia.

El artículo 5° en su inciso primero preceptúa la obligación que tiene el poseedor o tenedor de alguna de las armas o elementos del artículo 2° de inscribirla a su nombre, ante las autoridades señaladas en el artículo 4°. En el caso de personas naturales, la autoridad competente será la que corresponda a la residencia del interesado y en el caso de las personas jurídicas, las del lugar en que se guarden las armas.

El inciso segundo del artículo en comento dice relación con la creación del Registro Nacional de Inscripciones de armas, a cargo de la Dirección General de Movilización Nacional.

El inciso tercero dispone perentoriamente que la inscripción sólo autoriza al poseedor o tenedor para mantener el arma en el bien raíz declarado correspondiente a su residencia, a su sitio de trabajo o al lugar que se pretende proteger.

Por “residencia” debemos entender el lugar en que permanentemente habita el poseedor del arma; por “sitio de trabajo”, el recinto concreto en que ejerce su profesión u oficio; y con la expresión “lugar que se pretende proteger”

(que es bastante general) se incluyen todos aquellos lugares no comprendidos por en las denominaciones anteriores, pero cuya protección puede ser tan o más importante para el poseedor, como una casa en la playa u otro lugar de esparcimiento.

El inciso cuarto dispone que las autoridades sólo permitirán la inscripción del arma cuando, a su juicio, puedan presumir que el poseedor o tenedor del arma cumplirá con mantener el arma en el bien raíz designado. El capítulo II del Título VI del Reglamento complementa esta disposición en sus artículos 45 al 49.

El artículo 45 del Reglamento repite la norma del inciso 1° del artículo 5° de la ley.

El artículo 46 establece la obligación de someter el arma que se pretende inscribir a un examen del Banco de Pruebas de Chile o al de los Delegados de éste a fin de que se certifique sobre su naturaleza, calidad, condiciones de seguridad y exacta identificación. Si el arma presenta anomalías o discrepancias en su funcionamiento o características debe ser devuelta al tenedor o propietario para su corrección, dejándose constancia de ello. Si el arma se declara irreparable, será enviada a los arsenales de guerra del Ejército para su destrucción, previa autorización de la Dirección General.

El artículo 47 del Reglamento regula el número máximo de armas que se permite inscribir por una persona natural, el criterio es determinado por la finalidad de ésta; si son para defensa personal, se pueden inscribir hasta dos; si son armas de caza, hasta seis; si son armas de concurso, su número depende de la resolución que en cada caso dicte la Dirección General. Por su parte, el artículo 49 establece el stock máximo de armas que pueden tener los importadores y comerciantes inscritos; si son de defensa personal, 20 armas; si son de caza, 50 armas; y si son de concurso, 50.

En el inciso segundo del artículo 47 se señala que para la inscripción, además de la solicitud correspondiente, se debe presentar ante la Autoridad Fiscalizadora el Certificado del Banco de Pruebas aludido en el artículo 46. En el inciso tercero se establece que la Autoridad Fiscalizadora deberá verificar los antecedentes de seguridad de las personas involucradas.

El artículo 48 señala que, tramitada la solicitud de inscripción, la Autoridad Fiscalizadora entregará al poseedor del arma un padrón, sólo lo autoriza para mantenerla en su casa, sitio de trabajo o lugar que se desee proteger, y siempre que cualquiera de ellos haya sido declarado en el momento de efectuar la inscripción como domicilio o lugar donde se guardará. Y establece perentoriamente que en ningún caso este padrón constituirá permiso para portarla fuera de alguno de dichos lugares.

En el inciso segundo de dicho artículo 48 preceptúa que la inscripción será indefinida mientras no se disponga su reinscripción o se transfiera el arma.

El inciso tercero regula la situación del cambio de domicilio; en tal caso, el poseedor de un arma inscrita, deberá comunicarlo a la Autoridad Fiscalizadora correspondiente, dentro del plazo de 10 días, bastándole con presentar el padrón de la inscripción vigente.

Si no se efectúa la inscripción antes mencionada, se considerará que el arma se posee ilegalmente.

En caso de extravío de un arma, el propietario deberá dar cuenta escrita a la Autoridad Fiscalizadora y Carabineros de la pérdida del arma, indicando fecha y circunstancias en que se extravió.

Con la ley 20.014, se introducen grandes modificaciones, se agregan al artículo 5° de la ley los incisos 5° al 12°, que tienen por objetivo desincentivar el uso de armas de fuego, aumentando el control sobre las armas inscritas.

Estas modificaciones sólo serán enunciadas dado que se refieren a temas cuyo estudio escapa al análisis pretendido por esta tesis. Básicamente, se aumentan las facultades fiscalizadoras de las autoridades señaladas en artículo 1° de la ley y las de Carabineros para controlar la veracidad de la mantención del arma inscrita en el domicilio declarado; se permite el depósito del arma ante la autoridad fiscalizadora o su traslado a otro lugar por motivos de larga ausencia de su domicilio por parte del poseedor, para evitar el robo de armas del domicilio en periodos de vacaciones. Se regula también la situación de los deportistas y cazadores.

Mediante la Ley N° 20.014, se introduce el artículo 5 A, en el que se agregan mayores exigencias para la inscripción de un arma, con el fin de desincentivar el uso de armamento. Se consagran aquí una serie de requisitos:

- En la letra a) exige para la inscripción ser mayor de edad. Sin perjuicio de ello, se exceptúa expresamente de esta exigencia a los menores de edad que se encuentren registrados como deportistas, debidamente autorizados por sus representantes legales, pero para el solo efecto del desarrollo de dichas actividades. Sin embargo, se exige que el uso y transporte de las armas debe ser supervisado por una persona mayor de edad, quien es legalmente responsable del uso y transporte de las mismas;
- En la letra b) se exige tener domicilio conocido;

- En su letra c) ahora se exige haber aprobado un examen que acredite que tiene los conocimientos necesarios sobre conservación, mantenimiento y manejo del arma que pretende inscribir y además rendir exámenes para acreditar que se posee una aptitud física y psíquica compatible con el uso de armas. Todo esto parece muy lógico pero ¿Contamos con la suficiente dotación administrativa para realizarlo, considerando que son aproximadamente 400 mil armas inscritas? Se transforma en un trámite burocrático, que no contribuye en nada a la seguridad jurídica que se quiere lograr con las armas.
- Respecto al requisito establecido en la letra d), “*no hallarse condenado o procesado por crimen o simple delito*”, nos parece una discriminación arbitraria, un requisito demasiado amplio, que incluye, por ejemplo, a los procesados por estafa ¿Será inhábil para tener un arma? ¿En qué fundamento político criminal se puede basar la prohibición de inscribir un arma a un procesado por un delito de ese tipo, si ni siquiera aún se le acredita un delito y no ha manifestado ningún tipo de peligrosidad criminal con armas?
- El requisito señalado en la letra e), “*no haber sido sancionado en procesos relacionados con la ley sobre Violencia Intrafamiliar*”, en nuestra opinión, no tiene un fundamento lógico ni político criminal, debido a que el arma de fuego sólo es un medio que en nada incide en que se vayan a producir más o menos parricidios, porque sólo es un medio más. Si un sujeto es violento y se decide a matar a su cónyuge, lo va a hacer igual, ya sea con un arma de fuego, con un cuchillo o con otro medio. Con un requisito así, puede que disminuyan los parricidios cometidos con arma de fuego, pero es difícil que varíe la cantidad de parricidios que se cometen.

El inciso final regula la situación del arma en caso de que el titular del arma pierda las aptitudes exigidas de la siguiente forma:

“Si, por circunstancia sobreviniente, el titular de un arma inscrita pierde las aptitudes consignadas en las letras c) d), o e), la DGMN deberá proceder a cancelar la respectiva inscripción, reemplazándola por una nueva a nombre de la persona que el poseedor o tenedor original señale y que cuente con autorización para la posesión o tenencia de armas”.

La efectividad práctica de lo que se quiso con esta norma es difícil que se logre, debido a que por ejemplo, si el titular del arma es procesado por un delito, pero obtiene libertad provisional, puede señalar que se inscriba el arma a nombre de su hijo mayor de edad que vive con él, por lo tanto, el arma igual va a estar en la casa del procesado y a su alcance. Entonces ¿cuál es el sentido de la norma? ¿Dónde está su utilidad Político Criminal? Por el contrario, con requisitos tan estrictos, de una manera u otra, incentivarán la no inscripción de las armas y su porte ilegal.

En el debate parlamentario se hizo presente esta situación, por el diputado Baldo Prokurica. Lamentablemente, no se alcanzó el consenso necesario. Al respecto, el parlamentario señaló que:

“En mi concepto, lo que se está haciendo mediante esta iniciativa es un despropósito. La ley debe procurar que la inscripción de armas se facilite. Porque, según dije, nadie comete un delito con un arma inscrita”.

“Si analizáramos las estadísticas, comprobaríamos que Chile es de los países del mundo que registran más bajo número de personas

con permiso para portar armas (no con armas inscritas), es decir, para salir a la calle con ellas y utilizarlas. Entiendo que no se llega a setecientas”.

“Estamos, pues, frente a un hecho indesmentible: en Chile los delitos se perpetran con armas hechizas, con armas robadas o internadas ilegalmente, pero no con las que se hallan inscritas”.

“Por consiguiente, la legislación en proyecto sólo ayudará a los delincuentes y, en definitiva, provocará el efecto de que nadie pueda inscribir armas”¹²².

3.2. Tipo subjetivo.

Dentro del tipo subjetivo encontramos los siguientes elementos: el dolo –si el delito es doloso– o la culpa –si es que el delito es culposo o admite hipótesis culposas– y los elementos subjetivos del tipo.

3.2.1. Dolo:

“El dolo puede definirse como el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realización del mismo. Es decir, sencillamente, conocimiento y voluntad de realización.”¹²³

En el caso de un delito de peligro de abstracto, el dolo es de peligro y se da en cuanto el autor consume el juicio de peligro objetivo exigido por el tipo penal; esto es, el conocimiento que tiene el autor sobre los elementos y circunstancias

¹²² PROKURICA, Baldo, en Legislatura 351^a, ordinaria, Sesión 20^a, en miércoles 11 de agosto de 2004. Discusión General del Proyecto de ley que modifica a la ley N° 17.798 sobre control de armas, en segundo trámite constitucional. www.bcn.cl

¹²³ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal, Tomo II, ...”, pág. 31.

descritas en el tipo penal (representación del tipo objetivo) y la voluntad de realizarla.

Un aspecto importante dentro del elemento cognitivo del dolo es el **error de tipo**, que:

“Es un error en un elemento objetivo del tipo penal, en términos tales que cree que no concurre un elemento objetivo del tipo que sí se encuentra presente, afectando el elemento intelectual o cognitivo del dolo”¹²⁴.

Ciertamente, nada impide establecer hipótesis de error de tipo en el delito de posesión y tenencia ilegal de armas de fuego como, por ejemplo, quien erróneamente cree que la orden de compra del arma que ha adquirido le legitima para su tenencia en el propio domicilio y luego resulta que dicho documento había sido falsificado por el vendedor. Dicha persona yerra sobre los elementos objetivos pertenecientes al tipo.

Respecto de sus efectos, se distingue si es inevitable o evitable. Si es inevitable se elimina el dolo por completo y también la culpa, excluyendo la responsabilidad del sujeto. Si el error de tipo es evitable –esto es, si con mayor diligencia pudo haber superado ese error– entonces se elimina el dolo, pero subsiste la culpa, y se debe castigar a ese título en los casos excepcionales en que la ley admite el castigo por conductas culposas.

Esta distinción no puede ser aplicada al delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego ya que todo error de tipo, sea evitable o inevitable, excluye la responsabilidad del sujeto activo. A nuestro juicio (y como expondremos) en este

¹²⁴ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal, Tomo II, ...”, pág. 32.

tipo penal no es posible la estimación de la modalidad de imprudencia, debido a que la ley no admite el castigo por hipótesis culposas.

Desde el punto de vista del elemento volitivo del dolo es importante analizar si son posibles hipótesis de dolo eventual.

El dolo eventual es aquel en que el sujeto activo manifiesta una indiferencia absoluta frente a la posibilidad de que el tipo objetivo se produzca o no como consecuencia de la acción. Por tanto,

“la verificación del tipo penal es una consecuencia previsible de la propia conducta del agente, pero que no es perseguida ex profeso por este, de tal modo que su conducta no es un medio escogido para arribar a tal verificación, sino el medio para alcanzar otros fines, siendo la verificación del tipo objetivo sólo una consecuencia colateral previsible y ante la cual el sujeto activo manifiesta indiferencia para el caso de producirse”¹²⁵.

En nuestra opinión, es posible que se den hipótesis de dolo eventual. Si bien este delito es formal y de mera actividad, no por ello carece de resultado. Es sólo que en este tipo de delitos el resultado coincide en el tiempo con la acción, por tanto, es posible la representación de un resultado aunque con la realización de la acción se esté produciendo. Es, por ejemplo, el caso de quien planea robar un auto de policía, representándose la probabilidad de que en su interior pueda haber algún arma institucional. En este ejemplo el agente se representa que al robar la patrulla policial puede entrar en tenencia ilegal de un arma y, sin embargo, asiente en el hecho y sigue adelante.

¹²⁵ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal, Tomo II, ...”, pág. 34.

3.2.2. Culpa:

“La culpa es imprudencia o negligencia en el actuar, de modo tal que se omite controlar el curso causal de modo adecuado por quien tiene el poder de hacerlo, produciéndose por ello resultados típicos evitables”¹²⁶.

En nuestro país existe el sistema del *numerus clausus*, esto es, sólo excepcionalmente se castiga a las personas por sus conductas culposas y sólo en los delitos contra las personas (artículo 490 y siguientes del Código Penal)

En el delito que estamos analizando no reciben aplicación hipótesis culposas porque ni la acción ni las omisiones que describe el tipo del artículo 9° de la ley fueron concebidas por el legislador. Ello se explica porque en este tipo de delitos, atendido su bien jurídico protegido y al ser un delito de peligro abstracto, no existe una lesión material a un bien jurídico y, por tanto, no existe un menosprecio a un bien jurídico de una magnitud tal que lo haga merecedor de una pena.

3.2.3. Elemento subjetivo del tipo: animus detinendi

A pesar de que el tipo hable de posesión o tenencia, y como ya se señaló anteriormente, en materia penal se prescinde de las definiciones del Derecho Civil, y son considerados conceptos sinónimos, por lo que el tipo subjetivo no requiere el *animus possidendi*, ni tampoco un *animus domini* o *rem sibi habendi*. Basta con el *animus detinendi*, esto es, basta con que la relación entre el arma y el sujeto activo del delito permita la disponibilidad de la misma. Que haga posible, en definitiva, la voluntad del sujeto, su utilización conforme al destino o función objetiva que le es inherente.

¹²⁶ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal, Tomo I...”, pág. 203.

4. Antijuridicidad:

La antijuridicidad, puede ser definida como:

“La realización del tipo que no se encuentra especialmente autorizada, esto es, implica la presencia de una conducta típica y la simultánea ausencia de causales de justificación que autoricen la realización de esa conducta típica”¹²⁷.

En nuestra opinión, basados en criterios de justicia material, a la figura del delito de posesión o tenencia ilegal de armas no se le debería excluir de la vigencia de los principios generales de las causas de justificación. Por ejemplo, si un sujeto utiliza un arma de fuego para defenderse de una agresión ilegítima o evitar un mal grave para sí o para otra persona, cabe apreciar la legítima defensa o el estado de necesidad, siempre que se cumplan los requisitos de estas causas de justificación, tanto en sus elementos objetivos y subjetivo como cognitivos y como volitivos –esto es, conocimiento de los elementos objetivos de la causal de justificación y ánimo de obrar conforme a la causal como, por ejemplo, ánimo de defensa en la legítima defensa, para desvirtuar el disvalor de acción–. Sin embargo, de la redacción de la norma, y atendidas las características del delito (esto es, formal, de mera actividad, de peligro abstracto) es difícil la aplicación de causales de justificación.

5. Culpabilidad.

“La culpabilidad es, ante todo, un reproche personal, fundado en que el autor podía haber actuado del modo que el derecho esperaba que lo hiciera, y no lo hizo. Ha de quedar claro que tal reproche sólo es

¹²⁷ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal, Tomo II, ...”, pág. 48.

*posible formularlo contra aquellos individuos dotados de capacidad para comprender la significación de sus actos y para controlar sus acciones, esto es, respecto de los imputables. Y a su vez se requiere el conocimiento de la significación contraria al derecho que importa el acto que se realiza, esto es, el conocimiento de la ilicitud, y por último, Habiendo establecido que la culpabilidad es un juicio personal, es necesaria la posibilidad de **exigirle** a un sujeto concreto que se comporte de modo adecuado al derecho”¹²⁸.*

A propósito de la culpabilidad, debemos dejar bien en claro que, no obstante ser el delito de posesión o tenencia ilegal de armas una infracción de mera actividad y de peligro abstracto, con una naturaleza formal y objetiva, no está sustraída de las exigencias subjetivas de todo delito, por lo que el requisito de la culpabilidad es tan indispensable como en cualquier clase de delito. Es más, la conciencia de la ilicitud juega un importante papel en el enjuiciamiento de este delito, especialmente en lo tocante al error de prohibición.

El error de prohibición es definido como:

“El error del sujeto que recae sobre la antijuridicidad o tipicidad de la propia conducta, en términos de creer equivocadamente , en el primer caso, que su conducta se encuentra amparada por una causal de justificación o, en el segundo, de que su conducta no está en general tipificada en la ley.”¹²⁹

El error de prohibición recae sobre la tipicidad en general, esto es, se cree atípica la conducta por falta de descripción legal o sobre la antijuridicidad de la

¹²⁸ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal, Tomo II, ...”, pág. 80.

¹²⁹ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal Tomo II, ...”, pág. 93.

propia conducta, afectando la conciencia de la ilicitud, suprimiéndola o atenuándola.

Ciertamente, nada impide establecer las hipótesis de error de prohibición, como vemos en los siguientes ejemplos:

- El extranjero que acaba de llegar al país que erróneamente cree que no existe norma que prohíba la tenencia de armas sin la debida inscripción porque en su país no se exige la inscripción en un registro público para la tenencia de dicha clase de armas. **(Error de prohibición de subsunción).**
- El sujeto que encuentra un arma de fuego en su domicilio proveniente de un familiar ya fallecido y cree que puede poseerla sin especial autorización por ser el heredero, estando justificada dicha posesión por ejercicio legítimo de un derecho, causal que no existe en dicho caso. **(Error de prohibición directo)**
- El sujeto que cree que en las circunstancias en que posee el arma de fuego fundamentan la existencia de una causal de justificación que le permite en el caso concreto dicha posesión o bien porque está en una creencia errónea sobre los límites de la causal de justificación que existe realmente. **(Error de prohibición indirecto)**

Para determinar los efectos del error de prohibición es necesario analizar en el caso concreto si este es evitable o inevitable. El error de prohibición inevitable suprime la conciencia de la ilicitud excluyendo la responsabilidad criminal. Si el error de prohibición es evitable, atenúa la culpabilidad, obligando a atenuar la pena misma. Por ejemplo, frente a un error de prohibición indirecto, se puede

emplear la eximente incompleta contemplada en artículo 11 N° 1 del Código Penal como atenuante de la pena.

Sin embargo, fuera de estos casos de laboratorio, es difícil que se excluya el conocimiento de la ilicitud de la tenencia de armas de fuego, dada la notoriedad que tiene en nuestra sociedad, por estar prohibida dicha tenencia desde hace varias décadas.

En materia de exigibilidad de la conducta conforme a derecho, creemos que a esta figura son aplicables, cuando procedan, las causales de inexigibilidad contempladas en el Código Penal, como la fuerza moral irresistible y el miedo insuperable, ambos consagrados en el numeral 9 del artículo 10 o el encubrimiento de parientes consagrado en el artículo 17. Fuera del Código Penal se encuentra la obediencia debida, preceptuada en los artículos 214 y 335 del Código de Justicia Militar. El fundamento de todas estas causales de inexigibilidad no reside en la supresión de la voluntad del agente sino en la formación defectuosa de ella, a causa de circunstancias anormales que impiden la adecuada motivación del sujeto y suprimen la posibilidad de exigirle una conducta conforme a derecho.

Por ejemplo, una hipótesis de miedo insuperable puede ser aquella en que un sujeto temiendo con justo motivo por su vida y habiéndole sido denegada la correspondiente autorización e inscripción del arma, adquiera igualmente una de ellas. Aquí se podría acoger la eximente de miedo insuperable, aunque lo más probable es que sea admitida como eximente incompleta, atenuando los efectos de la pena.

6. Penalidad del delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas.

El artículo 9° de la ley, después de la modificación efectuada por la ley 20.014 con fecha 13 de mayo de 2005, sanciona al autor del delito de tenencia ilegal de armas de fuego o elementos sujetos a control que no sean de aquellos que están prohibidas, con pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, una pena que va desde los 541 días a los 10 años de presidio. Pena excesivamente alta para un delito que no lesiona materialmente ningún bien jurídico, y que no se trata más que de una infracción administrativa, que constituye una aplicación clara de Derecho Penal del Enemigo, como analizamos en extenso.

En el inciso final del artículo 9° se establece un aumento de la penalidad de esta figura si concurren dos condiciones:

- 1) **Encontrarse en tiempo de guerra:** Esta disposición debemos concordarla con el artículo 28, que nos señala que *“Las referencias que en esta ley se hacen a ‘tiempo de guerra’ se entenderá que aluden a ‘tiempo de guerra externa’*”, y debemos concordarla con los artículos 39, 40 y 43 de la Constitución Política, que regulan el estado de excepción constitucional denominado “estado de asamblea” el cual es declarado en caso de guerra exterior, indicando estas disposiciones los requisitos y el momento en el cual se entiende que existe estado de guerra exterior.
- 2) **Que de las circunstancias o antecedentes se permita presumir al tribunal que la posesión o tenencia de armas, estaba destinada a alterar el orden público o a atacar a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o a civiles.**

Cumpléndose estas dos condiciones, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es, una pena que va desde los cinco años y un día a veinte años.

7. Excusas legales absolutorias.

Las excusas legales absolutorias son una renuncia expresa a la punibilidad que hace el legislador bajo determinadas circunstancias y basado en razones de política criminal, no obstante existir una acción típica, antijurídica y culpable.

En la Ley sobre Control de Armas se consagraron dos excusas legales absolutorias en las que no obstante, encontrarse consumado el delito de tenencia ilegal de armas, el legislador no lo castiga.

7.1. Artículo 14 C de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.

El artículo 14 C señala que *“En los delitos previstos en los artículos 9° y 13°, constituye circunstancia eximente la entrega voluntaria de las armas o elementos a las autoridades señaladas en el artículo 1°, sin que haya mediado actuación policial, judicial o del Ministerio Público de ninguna especie”*.

Esta excusa legal absoluta fue introducida a la Ley sobre Control de Armas con fecha 21 de enero de 1987, mediante la ley N° 18.592, pero se aplicaba sólo respecto del delito de tenencia ilegal de armas prohibidas, y con fecha 13 de mayo de 2005. Mediante la ley N° 20.014 se amplió su aplicación al delito de tenencia ilegal de armas sujetas a control, a fin de incentivar la devolución de las armas, tanto prohibidas como permitidas, que no se encuentren inscritas, para evitar que las armas permanezcan en manos de los particulares, sin poder ejercer sobre ellas el control que esta ley establece

Con esta incorporación se manifiesta la importancia que tiene para el legislador el control de las armas, puesto que *“se pone en una balanza el disvalor del posible delito de tenencia ilegal cometido por quien entrega el arma , por un lado, y el peligro que representa para la seguridad de la sociedad que representa mantener dicha arma, sin control de la autoridad, en poder de un ciudadano, por el otro”*¹³⁰, inclinándose dicha balanza al control de la autoridad administrativa por sobre el punitivismo.

Para la procedencia de esta excusa legal se requiere copulativamente que:

- a. La entrega de las armas o elementos debe ser voluntaria.
- b. Dicha entrega se debe verificar antes de que haya mediado una actuación Policial, judicial o del Ministerio Público.

Debemos tener presente, que como toda eximente de responsabilidad, debe ser declarada judicialmente, previa verificación del cumplimiento de los requisitos que exige la ley.

7.2. Artículo 27 de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.

El artículo 27 establece que *“Facúltase a quienes tengan o posean armas permitidas por esta Ley, para inscribirlas antes de que se inicie procedimiento en su contra, ante las autoridades mencionadas en el artículo 4°”*.

Esta excusa legal absolutoria también fue introducida a la Ley sobre Control de Armas mediante la ley N° 18.592 el año 1987, no presentando modificaciones a la fecha.

¹³⁰ CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio, **“Control de armas: Manual de aplicación de la ley N° 17.798”**, Editorial Lexis Nexis, Chile, año 2006, pág. 153.

Su fundamento es *“regularizar la posesión de las armas de fuego permitidas, incentivando a los particulares a proceder a su registro e inscripción por la vía de omitir a su respecto una persecución penal por alguno de los delitos contemplados en esta ley, aún cuando procedería hacerlo en estricto rigor.”*¹³¹

Para que reciba aplicación esta excusa legal absolutoria se requiere que se cumpla copulativamente con las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de armas permitidas; el numeral 2 del artículo 44 del Reglamento señala las armas permitidas, distinguiendo según su finalidad:
 - Para defensa personal: se permite la posesión de revólveres hasta calibre .44 o inferiores a .45 (11,43 mm.) y Pistolas hasta calibre 9 mm. o inferiores a .45 (11,43 mm.).
 - Para la caza se permite la posesión de escopetas.
 - Para concurso se permite la posesión de escopetas, rifles, fusiles, carabinas, pistolas y revólveres.
- b) La inscripción se debe realizar antes de que se inicie un procedimiento en contra de quien posee el arma sin la inscripción.
- c) La inscripción se debe realizar ante las autoridades mencionadas en el artículo 4°, esto es, ante la Dirección General de Movilización Nacional, las Comandancias de Guarnición de las Fuerzas Armadas y la Autoridad de Carabineros de Chile de mayor jerarquía, designadas por el Ministro de Defensa Nacional.

Debemos tener presente que, a pesar de existir el delito –que al ser de mera actividad se consume al satisfacer la acción típica– se faculta al poseedor de un arma permitida a inscribirla ante la autoridad fiscalizadora correspondiente, la

¹³¹ CEA CIENFUEGOS, Sergio, **“Control de armas...”**. pág. 202.

cual, por aplicación de esta norma, debe proceder a dicha inscripción y abstenerse de realizar la denuncia por el delito de posesión ilegal de arma.

8. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad.

Consisten *“en un conjunto de situaciones concretas descritas por el legislador y que, al concurrir, producen el efecto de influir en la magnitud de la pena aplicable, sea porque la conducta es considerada más o menos injusta, o más o menos culpable”*¹³².

Respecto de este delito no hay inconvenientes en que se apliquen, por regla general las circunstancias atenuantes y agravantes del Código Penal. Pero, sin perjuicio de lo anterior, y atendida la naturaleza jurídica del delito en estudio, de peligro abstracto y de mera actividad, no se aplica la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Punitivo, procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus posteriores consecuencias perniciosas, toda vez que es un delito formal en el cual no existe una lesión de un bien jurídico material que sea susceptible de reparar.

Sin perjuicio de lo expuesto, el legislador en la ley 17.798 consagró en forma especial algunas circunstancias agravantes que a continuación pasamos a analizar:

¹³² BULLEMORE, Vivian, **“Curso de Derecho Penal Tomo II, ...”**, pág. 165 y 166.

8.1. Agravante especial del artículo 12 de la Ley N° 17.798 sobre control de armas

Este artículo señala que *“los que cometieren los delitos sancionados en los artículos 9, 10 y 11 con más de dos armas de fuego, sufrirán la pena superior en uno o dos grados a la señalada en dichos artículos”*.

Los requisitos copulativos de procedencia de la circunstancia agravante especial son:

- 1) Que se trate de alguno de los siguientes delitos:
 - a) delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego no prohibidas,
 - b) delito de convenciones ilegales de armas,
 - c) delito de porte ilegal de armas.
- 2) Que sean cometidos con más de dos armas de fuego.

Por tanto, resulta irrelevante para los efectos de determinar la pena la cantidad de otros elementos indicados en el artículo 9° que se tengan o posean, puesto que se aplicará la agravante sólo cuando se trate de dos o más “armas de fuego”.

En los casos en que se cumplen estos requisitos se deberá subir la pena que tienen asignada estos delitos en uno o dos grados.

8.2. Agravante especial del artículo 14 B de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.

Este artículo prescribe que *“constituye circunstancia agravante de los delitos de que trata esta ley dotar las armas o municiones, que se posean o tengan, de dispositivos, implementos o características que tengan por finalidad hacerlas más eficaces, ocasionar más daño o facilitar la impunidad del causante”*.

La circunstancia agravante especial de este artículo se aplica a todos los delitos contemplados en esta ley.

Los requisitos copulativos de procedencia de la circunstancia agravante especial son:

- 1) Que se trate de armas o municiones: La voz “armas” debe entenderse referida a las armas de fuego, puesto que, de una interpretación sistemática a diversas disposiciones, como los artículos 1º, 2º y 3º, entre otras disposiciones, se refieren a las “armas de fuego” o simplemente “armas”, por un lado, y los explosivos y otros elementos sujetos a control, por otro.
- 2) Que las armas o municiones estén en posesión o tenencia del sujeto activo, esto es, que estén en su esfera de resguardo.
- 3) Que se dote a estas armas o municiones de dispositivos, implementos o características: En cuanto al concepto “dotar”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “*equipar, proveer a una cosa de algo que la mejora*”¹³³.

Los conceptos “dispositivos” e “implementos”, nos dan a entender que son accesorios con los cuales se equipa al arma. *“Si dichos dispositivos o implementos vienen incorporados al arma de manera tal que no pueden retirarse sin detrimento para el arma misma y sus funciones normales, sirven para definir el arma como prohibida en los términos del artículo 3º (no pudiendo aplicarse como agravante). En caso contrario, si son agregados a las armas de que se trate, fundan la circunstancia agravante especial del artículo 14 B.”*¹³⁴

¹³³ Diccionario de la Real Academia Española, XXII versión, www.rae.es

¹³⁴ CEA CIENFUEGOS, Sergio, “**Control de armas...**”, pág. 151.

El concepto de dotar de “características”, se refiere no a adicionar elementos o cosas anexas al arma sino más bien a modificar el arma de fuego o las municiones mismas. Por ejemplo las balas “dum dum” *“que son balas normales con unos cortes en la punta para facilitar la deformación al romperse la envuelta. La envuelta suele romperse dejando esquirlas y heridas terribles”*¹³⁵

Respecto a las modificaciones del arma, para que opere como agravante no puede tratarse de armas largas cuyos cañones hayan sido recortados, o armas transformadas respecto de su condición original, como adaptar un revólver para disparar balas de un calibre superior, puesto en estos casos se trata de elementos normativos de los tipos penales prescritos en los artículos 13 y 14 en relación con el artículo 3°, y por ello no pueden utilizarse además como agravante aquellas características.

- 4) Que los dispositivos, implementos o características usados para equipar el arma o las municiones tengan por finalidad:
 - a) Hacerlas más eficaces: como por ejemplo las miras telescópicas u otros dispositivos de puntería,
 - b) Ocasionar más daño: Como por ejemplo dotar a las municiones de mayor cantidad de explosivo.
 - c) Facilitar la impunidad del causante: como por un silenciador.

9. Autoría y participación.

9.1. Autoría.

En este punto, siguiendo la teoría final objetiva o del dominio del hecho elaborada por Welsel, que sostiene que *“el concepto de autor depende de que el*

¹³⁵ En www.municion.org

*sujeto haya tenido, desde un punto de vista objetivo y subjetivo a la vez, el dominio final del hecho típico, lo que supone la capacidad y posibilidad de decidir acerca de su realización y consumación*¹³⁶ podemos distinguir tres clases de autores:

- a) **Autor material:** Es quien realiza directamente y materialmente la acción típica, de modo que posee el dominio final de la acción misma¹³⁷.

- b) **Autor mediato:** Es quién dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se vale de la conducta de otra persona (instrumento) para cometer un delito¹³⁸. Por ejemplo, el autor intelectual de un delito.

- c) **Coautoría:** La coautoría es autoría, y su particularidad consiste en el que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. El elemento esencial es el dominio funcional del hecho, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo, de modo que si no cumple con su parte el hecho no se verificaría¹³⁹.

Entrando al análisis de este tema en el delito que nos interesa, es indudable que autor material únicamente puede ser aquellas personas que tengan o posean un arma sin la autorización e inscripción correspondiente.

Hipótesis de autoría mediata puede ser aquella en que una persona le ordena a su sicario adquirir un arma en el mercado negro para cometer un asesinato.

¹³⁶ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal Tomo II, ...”, pág. 119.

¹³⁷ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal Tomo II, ...”, pág. 120.

¹³⁸ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal Tomo II, ...”, págs. 120 y 121.

¹³⁹ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal Tomo II, ...”, págs. 124 y sgtes..

También es posible la coautoría, por ejemplo en casos de coposesión o tenencia compartida de un arma de fuego por una pandilla. Se requiere, claro está, que el arma pueda ser utilizada por varios sujetos de forma sucesiva y debe estar dentro de la “esfera potestativa” de varios sujetos. Justamente, este concepto normativo de esfera potestativa es lo que hace que se pueda apreciar la coautoría en las bandas, grupos o pandillas criminales, pues comparten la posesión y posible utilización del arma de fuego.

9.2. Participación.

“Es partícipe, en general, el que interviene dolosamente en un hecho ajeno, sin concurrir a la ejecución de la conducta típica ni contar con el dominio de ella, realizando ciertos actos descritos en forma expresa por la ley, y que de ordinario revisten un carácter puramente preparatorio o como sucede en el derecho positivo chileno— de colaboración ulterior a la consumación”¹⁴⁰.

Las formas o clases de participación que contempla nuestro ordenamiento jurídico son:

- a) **La instigación:** *“El instigador es quien dolosamente, en forma directa, forma en otro la resolución de ejecutar una conducta dolosamente típica o antijurídica”¹⁴¹.*

- b) **La complicidad:** *“El cómplice es el que dolosamente, y sin tener el dominio del hecho, presta al autor la ayuda para la comisión del delito”¹⁴².* La

¹⁴⁰ CURY, Enrique, “**Derecho Penal, Parte General, Tomo II**”, 2ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, año 1992, pág. 243.

¹⁴¹ BULLEMORE, Vivian, “**Curso de Derecho Penal Tomo II, ...**”, pág. 133.

¹⁴² BULLEMORE, Vivian, “**Curso de Derecho Penal Tomo II, ...**”, pág. 134.

colaboración del cómplice, aunque útil y facilitadora, no es imprescindible o difícilmente reemplazable, no tiene en sus manos el poder de decisión acerca de la consumación del hecho.

Es indudable que en el delito de tenencia ilegal de armas se aplican las normas generales reguladoras de la participación. Así, será instigador de este delito quien dolosamente induce a otro a comprar un arma en el mercado negro para evitarse realizar los tramites engorrosos ante la autoridad fiscalizadora y será cómplice de este delito, por ejemplo, quien contacta a una persona que quiere comprar un arma en el mercado negro con un vendedor.

9.3. Encubrimiento

El encubrimiento está definido por el legislador en el artículo 17 del Código Penal donde los encubridores serían los que *“con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución...”*.

La doctrina critica este concepto porque no se puede intervenir con posterioridad en un delito consumado, resulta ilógico, y por tanto, no es una forma de participación. Para la doctrina y Jurisprudencia, el encubrimiento es un delito atentatorio más bien contra la expedita administración de justicia penal –y no como forma clase de participación criminal– en cuanto quien recibe, oculta, transfiere, reduce, etc., los objetos de delitos cometidos por otros o protege y ampara a los autores o cómplices de ellos, entorpece y dificulta el pronto esclarecimiento de hechos punibles y la sanción de los culpables, que constituye una esencial función del Estado.¹⁴³

¹⁴³ ETCHEBERRY, Alfredo, **“Derecho Penal”**, T. II, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, año 2004, pág. 74; LABATUT GLENA, Gustavo, **“Derecho Penal”**, T. II, pág. 194. y en Sentencia de la

Requisitos del encubrimiento:

- a) Conocimiento de la perpetración del hecho o de los actos ejecutados para llevar a cabo el delito.
- b) Calidad subsidiaria: El encubridor no puede haber sido autor o cómplice del delito encubierto. Se excluye la posibilidad de auto encubrimiento.
- c) Intervención posterior a la ejecución del crimen o simple delito. Es esencial de todo encubrimiento.
- d) Actuar según los casos enumerados en el artículo 17 del Código Penal, y que son los siguientes:
 - i) Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.
 - ii) Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.
 - iii) Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable.
 - iv) Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilio o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Respecto del delito de tenencia ilegal de armas es indudable que procede el encubrimiento puesto que, como dijimos, el encubrimiento no es participación criminal, es un delito autónomo, que depende del conocimiento que debe tener el agente de la comisión del hecho delictuoso penado por la ley. Es decir, *“debe ser desarrollado sabiendo el alcance y sentido del comportamiento, lo que presupone un necesario conocimiento de la ejecución del hecho o de los actos dirigidos a su*

Ultima. Corte de San Miguel, causa Rol 3624–2000, de fecha 14/12/2000, publicado en la Gaceta Jurídica N° 247.

*comisión. En eso consiste el dolo del encubridor*¹⁴⁴. Por tanto, es indiscutible su procedencia en el delito en estudio, por ejemplo, el que oculta un arma de un amigo, que sabe que no se encuentra inscrita, ante un allanamiento de la morada de su amigo que se efectúa por parte de Carabineros.

10. Iter Criminis o etapas de desarrollo del delito.

Sobre las formas de ejecución del delito, esto es, atendiendo a si se ha realizado completamente el hecho descrito en el tipo penal, podemos afirmar que el delito se encuentra consumado; en cambio, si hay una realización incompleta de él se dice que el delito es tentado. En Doctrina se distinguen dos tipos de tentativa:

- a) **Tentativa acabada o delito frustrado:** El inciso segundo del artículo 7° del Código Penal señala que se produce cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes a su voluntad, en este caso el curso causal se encuentra tan avanzado que de no mediar una especial acción de evitación por parte del agente o un evento inesperado, lo normal y razonable es que el delito se consume.

- b) **Tentativa inacabada o simple tentativa:** El inciso final del artículo 7° del cuerpo punitivo nos señala que hay tentativa (inacabada) cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. En este caso el curso causal se ha iniciado, pero se encuentra aún incompleto, a tal punto que si el agente no continúa impulsándolo, es imposible que el delito se consume.

¹⁴⁴ GARRIDO MONTT, Mario, "Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y participación", Editorial Jurídica de Chile, año 1986, pág. 402.

Atendida la naturaleza jurídica del delito de tenencia ilegal de armas, no se admiten en el mismo formas imperfectas de ejecución.

La doctrina descarta la posibilidad de tentativa acabada e inacabada en los delitos de mera actividad, ya que estos se consuman con la mera realización de la acción típica.

Y también se descarta la posibilidad tentativa acabada e inacabada en los delitos de peligro abstracto puesto que, al presumirse de derecho el peligro, tienen en el acto que los genera su perfecta consumación. Podemos agregar además que estos delitos son un adelantamiento de la punición antes de la lesión un bien jurídico, por tanto no podríamos adelantar más aún la punición.

Por tanto, el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, como delito de peligro abstracto y de mera actividad, hace prácticamente imposible que se puedan darse en su desarrollo formas imperfectas de ejecución.

11. Unidad y pluralidad de delitos.

11.1. Unidad de delito.

En esta materia nos detendremos en lo que se refiere a la unidad jurídica de acción, que se trata de

“casos en que se realizan dos o más acciones u omisiones, pero que son consideradas como una sola acción u omisión, en rigor, existe una unidad de

*delito con multiplicidad de acciones, donde el tipo penal reúne varias acciones u omisiones en la unidad de un hecho*¹⁴⁵.

Como señalamos al analizar el tipo objetivo, el delito de tenencia ilegal de armas de fuego está integrado por una acción –que consiste en poseer o tener un arma–, y por dos omisiones: no tener la autorización correspondiente y no haber inscrito el arma. Pero esta acción y las dos omisiones son consideradas como una unidad, satisfaciendo el tipo penal.

Además el delito de tenencia ilegal de armas de fuego es un delito permanente, dado que su hecho típico (como señalamos) tiene una acción y una omisión. Con la primera el sujeto crea la situación fáctica jurídicamente desaprobada y omite hacerla cesar, con ello provoca la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento, lo cual tiene importancia para los efectos de la prescripción de la acción penal y también para la aplicación de la excusa legal absolutoria del artículo 27, antes analizada.

11.2. Pluralidad de delitos o concurso de delitos

En materia de concurso de delitos, la doctrina suele distinguir entre:

- **concurso real de delitos:** cuando se trata de casos en que la pluralidad de acciones originan una pluralidad de delitos.
- **concurso ideal de delitos:** cuando se trata de casos en que una sola acción genera una pluralidad de delitos.

Respecto del delito de tenencia ilegal de armas de fuego, en nuestra opinión, no existen hipótesis de concurso ideal. Por ejemplo, en el caso de un

¹⁴⁵ BULLEMORE, Vivian, “Curso de Derecho Penal Tomo II, ...”, pág. 156.

robo con intimidación usando armas de fuego que no se encuentran inscritas, el delito de tenencia del arma de fuego sin inscripción fue consumado desde el momento en que el sujeto activo la tuvo a su disposición (momento anterior de los hechos). Por tanto, con independencia del asalto en que fue usado con propósitos intimidatorios, aquel delito de tenencia ya había alcanzado perfección jurídica. En consecuencia, son delitos independientes, puesto que atacan bienes jurídicos diferentes, uno contra la seguridad en general y otro, contra la integridad de una persona en particular; se consuman en momentos diferentes y porque puede darse el robo con intimidación con uso de armas sin incurrirse en el delito de tenencia ilegal, si el robo se efectúa con un arma inscrita por el sujeto activo.

Todos estos motivos nos llevan a concluir que no se cumple con el requisito de unidad de hecho, requerido para la aplicación del concurso ideal de delitos, configurándose sólo un concurso real de delitos, como en el ejemplo recién señalado.

Debemos tener presente que el uso de armas generalmente figura como elemento que califica o que agrava determinados delitos, como el delito de lesiones del artículo 403 o el delito de atentados contra la autoridad del artículo 262 N° 1 –ambos del código penal–, pero no por ello queda en ellos subsumido el delito de tenencia ilegal de armas, sino que concurre con ellos, pues es evidente que el uso agravatorio o calificante del delito puede llevarse a cabo con inscripción del arma o sin ella. Tampoco se puede entender al delito de tenencia ilegal de armas como medio necesario para cometer otro delito, puesto que como recién señalamos, pueden perpetrarse con otros medios o formas, debiendo pensarse los delitos separadamente.

Por tanto, en los casos en que concurra el delito de tenencia ilegal de armas con delitos que puedan cometerse con armas, como el homicidio, lesiones, atentado y otros, no podemos aplicar, por razones dogmáticas, el artículo 75 del

Código Penal que dispone que en el caso en que un solo hecho constituya dos o más delitos (concurso ideal), o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro (concurso ideal impropio) sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.

12. Tribunal competente para conocer del delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas.

De conformidad a lo establecido en el artículo 18 de la Ley sobre Control de Armas, los tribunales competentes para conocer del delito tipificado en el artículo 9° , que sanciona la tenencia ilegal de armas o elementos permitidos, son los de la justicia ordinaria, esto es jueces de de garantía y tribunales orales en lo penal.

CAPITULO IV. ANÁLISIS DEL DELITO DE POSESIÓN O TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO PROHIBIDAS.

En este capítulo abordaremos el estudio del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego prohibidas, que se encuentra tipificado en el artículo 13° de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas de la siguiente forma:

Los que poseyeren o tuvieren alguna de las armas o elementos señalados en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3° serán sancionados con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.”

Este delito es similar al injusto analizado en el capítulo anterior, salvo por algunas pequeñas pero muy relevantes diferencias por lo que, en su estudio, seguiremos la misma estructura esquemática desarrollada, centrándonos principalmente en las diferencias que presenta respecto del delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas.

1. Naturaleza Jurídica.

Es un delito formal o de mera actividad, de peligro abstracto y permanente.

2. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido es la seguridad ciudadana.

3. Tipo penal.

El tipo legal del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego prohibidas, está configurado esencialmente por lo dispuesto en el artículo 13° en relación con el artículo 3°, ambos de la Ley sobre Control de Armas, tipificando el delito de la siguiente forma:

“Los que poseyeren o tuvieren alguna de las armas o elementos señalados en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3° serán sancionados con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.

“Si dichas armas son material de uso bélico o aquéllas señaladas en el inciso final del artículo 3°, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo a medio”.

3.1. Tipo Objetivo.

3.1.1. Acción típica.

En este punto, se puede apreciar una gran diferencia respecto del delito de tenencia ilegal de armas permitidas porque en el caso que analizamos, el tipo está configurado por una única acción, la de poseer o tener las armas prohibidas. es lógico que no se presenten las omisiones de no contar con autorización ni contar con la inscripción, porque se tipifica la tenencia de armas respecto de las cuales hay una prohibición absoluta para su tenencia por particulares, no existiendo presupuestos bajo los cuales se puedan autorizar o inscribir por particulares.

3.1.1.1. Verbo rector: poseer o tener:

Conceptos normativos, que como dijimos anteriormente, son sinónimos, y no equiparables al concepto que da el Derecho Civil.

3.1.1.2. Sujetos de la acción.

3.1.1.2.1. Sujeto activo del delito:

En el artículo 13° de la ley 17.798, al describir el tipo penal, el legislador para referirse al sujeto activo que puede cometer el delito utiliza la expresión “los que”, con ello nos está indicando que se trata de un sujeto activo común, por tanto, puede ser cometido por cualquier persona.

Sin embargo, debemos tener presente que el artículo 3° en su inciso 4°, instituye una serie de sujetos que están exceptuados de la prohibición de tenencia y porte de las armas prohibidas. *“En primer lugar, establece una excepción genérica, respecto de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile. Para ellos no rige la prohibición de ningún tipo de armas, de ninguna clase o características.”*

Por el contrario, la excepción relativa a la Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil presenta una serie de restricciones legales:

- a) La excepción está contemplada *“sólo respecto de la tenencia y posesión de armas automáticas livianas y semiautomáticas”,* y de *“disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos y de granadas”.*
- b) Todo ello, sólo hasta la cantidad que determine el Ministro de Defensa Nacional a proposición del Director del respectivo Servicio.

3.1.1.2.2. Sujeto pasivo del delito:

Atendido a que, como lo señalamos anteriormente, el bien jurídico protegido es la seguridad de la ciudadanía, el sujeto pasivo no puede ser otro que la sociedad en general y cada uno de sus integrantes, y el sujeto pasivo de la acción es el Estado como representante de la comunidad social.

3.1.1.3. Objeto material de la acción:

Algunas de las armas o elementos señalados en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3°, las armas que sean material de uso bélico y aquéllas señaladas en el inciso final del artículo 3°.

3.1.1.3.1. Armas del Artículo 3° inciso primero.

Este inciso contiene una serie de armas de fuego caracterizados por un mayor poder destructivo o por una mayor eficacia y, para facilitar su análisis, las veremos separadamente.

- a) **Armas largas cuyos cañones hayan sido recortados:** por ejemplo, una escopeta que reciba un recorte en sus cañones, con ello se aumenta su poder destructor.
- b) **Armas cortas de cualquier calibre que funcionen en forma totalmente automática.**
- c) **Armas de fantasía,** entendiéndose por tales aquéllas que se esconden bajo una apariencia inofensiva; estas armas no tienen un alto poder destructor como las otras, sino que su inclusión como arma prohibida obedece a la dificultad de controlarlas debidamente por la autoridad. Esto demuestra que se eleva a la categoría de bien jurídico a la Administración del Estado, en cuanto al monopolio de que goza en el control de las armas.

Lo cual es reprochable, debido a que la pena es demasiado alta en consideración a la entidad del bien jurídico.

d) **Armas cuyos números de serie se encuentren adulterados o borrados;**

Este tipo de armas fueron incluidas como armas prohibidas con la ley N° 20.014 de 2005, que modificó la Ley sobre Control de Armas. Esta modificación es una manifestación más del Derecho Penal del Enemigo que ha seguido nuestro legislador, puesto que estas armas no constituyen en sí mismos elementos necesariamente más peligrosos o destructivos. La inclusión obedece a una errónea decisión de política criminal; como es una legislación de “combate a la delincuencia”, y este tipo de armamento alterado es el que generalmente utilizan los delincuentes para cometer delitos o facilitar su ocultamiento, se busca sancionar con una pena considerablemente mayor que la pena establecida en el artículo 9° para las armas del mismo tipo pero sin dichas adulteraciones, creyendo erróneamente que a través de este punitivismo exacerbado se logrará disminuir los niveles de delincuencia.

e) **Ametralladoras:** *La ametralladora “es un arma larga, de potencia y volumen considerables, que dispara proyectiles de fusil colocados en una huincha, miden más de un metro de longitud, normalmente disparan balas calibre 7.62 mm con una velocidad de 600 a 1200 tiros por minuto, y con un alcance útil de 2000 mts.; pesa entre 11 y 30 Kgs. Generalmente para su funcionamiento requiere a cuatro hombres.”*¹⁴⁶

f) **Subametralladoras:** *“La subametralladora también es un arma larga que utiliza munición de fusil de calibre 7.62, pero de menor potencia y volumen que la anterior. No dispara a tanta velocidad como la ametralladora y lo*

¹⁴⁶ PIERATTINI MIGUELES, Giovanni, “**Estudio de los delitos de posesión y porte...**”, pág. 58.

*hace a un alcance útil de 800 a 1200 mts. Su peso va de 5 a 8 Kgs. Lo que la convierte en un arma individual, utiliza sólo cargador*¹⁴⁷.

- g) **Metralletas:** *“La metralleta es un arma corta y ligera, una variedad de subfusil, que emplea munición del calibre de la pistola (9 mm) y de forma ovalada, su alcance útil es de 150 a 300 mts., es la más portátil y liviana y utiliza sólo cargador*¹⁴⁸.
- h) **Cualquiera otra arma automática y semiautomática de mayor poder destructor o efectividad, sea por su potencia, por el calibre de sus proyectiles o por sus dispositivos de puntería:** El legislador, en su afán de abarcar el mayor número de armas con características destructivas o de mayor efectividad, cerró el inciso primero con este enunciado general.

3.1.1.3.2. Artefactos del Artículo 3° inciso segundo.

- a) **Artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, de sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas:**

El legislador emplea una expresión general para abarcar con ella el mayor número posible elementos. En efecto, habla de “artefactos fabricados” y artefacto, según el diccionario de la Real Academia Española es *“obra mecánica hecha según arte”*. Como vemos, una expresión bastante amplia.

Los artefactos a los que se refiere el legislador están constituidos principalmente por las bombas, ya sea de tiempo, instantáneas, etc.; minas, sean antipersonales, antitanques, etc., y granadas de mano.

¹⁴⁷ PIERATTINI MIGUELES, Giovanni, “**Estudio de los delitos de posesión y porte...**”, pág. 58 y 59.

¹⁴⁸ PIERATTINI MIGUELES, Giovanni, “**Estudio de los delitos de posesión y porte...**”, pág. 59.

Las sustancias que sirven de base en la construcción de estos artefactos, esto es, sus componentes son los siguientes:

- i) *Gases asfixiantes*: son aquellos que producen una interrupción de la respiración, que pueden llegar incluso a la suspensión de las funciones vitales debido a la falta de oxígeno en la sangre.
- ii) *Gases paralizantes*: son aquellos que provocan una pérdida total o parcial de la sensibilidad, o de los movimientos voluntarios, o de unos y de otros a la vez.
- iii) *Gases venenosos*: son aquellos que contienen una sustancia que introducida al organismo – en este caso por el aire que se respira –, pueden ocasionar la muerte o graves trastornos.
- iv) *Sustancias corrosivas*: son aquellas que poseen la propiedad de corroer las cosas con que entran en contacto.
- v) *Artefacto de metal que por la expansión de los gases produce esquirlas*: este es un artefacto propiamente explosivo, porque la expansión requerida para que aparezcan esquirlas sólo puede producirse gracias a la actuación de un explosivo, por ejemplo, una granada de mano tipo “piña”.

b) Los implementos destinados a su lanzamiento o activación:

Aquí se trata de elementos que tengan como única destinación el lanzar o activar los artefactos recién señalados, como por ejemplo un lanza granadas, un lanza cohetes, etc.

c) Bombas o artefactos incendiarios.

Estas son las llamadas bombas molotov.

Este tipo de bombas fue introducida por la ley 20.014 de 2005, siendo otra clara manifestación del Derecho Penal del Enemigo, debido a que este tipo de

bombas artesanales son utilizados por grupos de protesta social y no poseen un poder destructivo equiparable al resto de artefactos que se contienen en el inciso segundo del artículo 3°. Por tanto, fue exagerado dejarla con la misma pena que el resto de artefactos. Si bien es correcto prohibir el uso de estas bombas, debido a que con ellas generalmente se producen daños a la propiedad pública y privada, no es para nada razonable sancionarlas con una pena tan alta como la establecida por el legislador.

3.1.1.3.3. Armas del Artículo 3° inciso tercero.

a) Armas de fabricación artesanal, sin autorización de la Dirección General de Movilización Nacional:

Este inciso tercero fue introducido por la ley 20.014 con el objeto de prohibir la tenencia de las llamadas escopetas “hechizas” que son armas de fuego fabricadas artesanalmente comúnmente por delincuentes. Para que sea punible debe faltar la autorización de la Dirección General de Movilización Nacional (DGMN), lo cual es perfectamente lógico, puesto que hay personas que coleccionan armas de fabricación artesanal y, al permitirse contar con autorización de la autoridad, puede seguir desarrollando ese hobby.

Esta también es una manifestación del Derecho Penal del Enemigo, puesto que no tienen un alto poder destructivo, como el resto de las armas sancionadas por el artículo 13° sino que la inclusión obedece a las características del sujeto activo, puesto que son utilizadas generalmente por los delincuentes, y al ser ésta una legislación de “combate a la delincuencia”, se busca sancionar a esos “enemigos” de la sociedad con penas muy severas.

b) Armas transformadas respecto de su condición original, sin autorización de la Dirección General de Movilización Nacional.

Esta inclusión de la ley 20.014 tiene por objeto prohibir la transformación de las armas de fuego con el fin de aumentar su poder destructor. (Por ejemplo, un revolver de pequeño calibre adaptado para disparar un calibre superior). Al igual que en el caso anterior, debemos tener presente que la prohibición rige en la medida en que no se obtenga la correspondiente autorización de la DGMN. Ello, en atención a que muchas veces la gente que práctica deportes con armas de fuego, requiere hacer modificaciones de estas últimas; de modo que si se considerase como arma prohibida aquella modificada respecto de su condición original, se impediría el desarrollo de dichas actividades deportivas.

3.1.1.3.4. Armas que sean material de uso bélico.

El propio legislador se encargó de definir que se entiende por material de uso bélico en la letra a) del artículo 2°, señalando que se entiende por tal, *“las armas cualquiera sea su naturaleza, construidas para ser utilizadas en la guerra por las Fuerzas Armadas, y los medios de combate terrestres, navales y aéreos, fabricados o acondicionados especialmente para esta finalidad”*.

3.1.1.3.5. Armas señaladas en el inciso final del artículo 3°.

Este inciso final contempla las armas denominadas especiales, que son las que corresponden a las químicas, biológicas y nucleares.

3.2. Tipo subjetivo.

Al igual que el delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas, este delito sólo admite hipótesis de dolo y dolo eventual, no contemplándose por el legislador su sanción a título culposo.

Y también requiere, como elemento subjetivo del tipo, al *animus detinendi*.

4. Antijuridicidad.

Atendidas las características del delito, esto es, formal, de mera actividad, de peligro abstracto, y de la entidad de las armas, que en su mayoría tienen un alto poder destructor, es difícil la aplicación de causales de justificación.

5. Culpabilidad.

Este delito en nuestra opinión no está exceptuado de las reglas generales que rigen esta materia, pudiendo concebirse hipótesis de error de prohibición respecto de la conciencia de ilicitud, aunque por las características del delito y el carácter de las armas que constituyen el objeto material del delito, sólo se puedan concebir hipótesis de laboratorio como el del extranjero que interna al país con su equipaje un arma automática, desconociendo que está prohibida la tenencia y porte de tales armas, porque en su país se encuentran permitidas.

Igual opinión sostenemos respecto de la exigibilidad de la conducta conforme a derecho. Es poco probable que se den hipótesis de miedo insuperable, pero sí es probable concebir hipótesis de obediencia debida, encubrimiento de parientes o de fuerza moral irresistible, un ejemplo de este último caso puede ser aquel en que un grupo de combate obliga mediante amenazas a un sujeto a tener en su poder armas prohibidas.

6. Penalidad del delito de tenencia ilegal de armas de fuego prohibidas.

El artículo 13°, después de la modificación efectuada por la ley 20.014 con fecha 13 de mayo de 2005, sanciona al autor del delito de tenencia ilegal de armas de fuego prohibidas, con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio

mayor en su grado mínimo. Esto es, una pena que va desde los 3 años y un día a los 10 años de presidio.

Si el objeto material del delito consiste en armas que sean material de uso bélico o son armas de las denominadas especiales, que son las que corresponden a las químicas, biológicas y nucleares, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es, una pena que va desde los 5 años y un día a los quince años de presidio.

Las penas para este delito son mucho más elevadas que las del delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas, porque son armas de mayor poder destructivo y eficacia. Pero esta pena tan alta no aparece justificada ni en lo más mínimo respecto de las armas de fantasía, armas con número de serie borrado o alterado y las bombas molotov, puesto que estos objetos materiales del delito no presentan las características de los demás tipos de armas contempladas en el artículo 3° y penalizados por el artículo 13°. Si bien estamos de acuerdo con su ubicación dentro de las armas prohibidas opinamos que respecto de ellas se debió contemplar una pena menor ya que no tienen un poder destructivo equiparable al de los demás armamentos prohibidos.

En el inciso final del artículo 13° se establece un aumento de la penalidad de esta figura si es cometido en tiempo de guerra externa: la pena será de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo; esto es, una pena que va desde los diez años y un día a perpetuo.

7. Excusa legal absolutoria.

En la Ley sobre Control de Armas se consagró respecto de este delito una excusa legal absolutoria en el artículo 14 C, en el que no obstante encontrarse

consumado el delito de tenencia ilegal de armas prohibidas, el legislador no lo castiga si se cumplen dos requisitos copulativos:

- i) La entrega de las armas o elementos debe ser voluntaria.
- ii) Dicha entrega se debe verificar antes de que haya mediado una actuación Policial, judicial o del Ministerio Público.

Debemos tener presente que, como toda eximente de responsabilidad, debe ser declarada judicialmente, previa verificación del cumplimiento de los requisitos que exige la ley.

8. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad.

8.1. Agravante especial del artículo 14 B de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.

Este artículo prescribe que *“constituye circunstancia agravante de los delitos de que trata esta ley dotar las armas o municiones, que se posean o tengan, de dispositivos, implementos o características que tengan por finalidad hacerlas más eficaces, ocasionar más daño o facilitar la impunidad del causante”*.

La circunstancia agravante especial de este artículo se aplica a todos los delitos contemplados en esta ley.

Los requisitos copulativos de procedencia de la circunstancia agravante especial son:

- 1) Que se trate de armas o municiones: La voz “armas” debe entenderse referida a las armas de fuego.

- 2) Que las armas o municiones estén en posesión o tenencia del sujeto activo, esto es, que estén en su esfera de resguardo.

- 3) Que se dote a estas armas o municiones de dispositivos, implementos o características: En cuanto al concepto “dotar”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como *“equipar, proveer a una cosa de algo que la mejora”*.

Los conceptos “dispositivos” e “implementos”, nos dan a entender que son accesorios con los cuales se equipa al arma. *“Si dichos dispositivos o implementos vienen incorporados al arma de manera tal que no pueden retirarse sin detrimento para el arma misma y sus funciones normales, sirven para definir el arma como prohibida en los términos del artículo 3º (no pudiendo aplicarse como agravante). En caso contrario, si son agregados a las armas de que se trate, fundan la circunstancia agravante especial del artículo 14 B.”*¹⁴⁹

El concepto de dotar de “características”, se refiere no a adicionar elementos o cosas anexas al arma sino más bien a modificar el arma de fuego o las municiones mismas, como por ejemplo las balas “dum dum”.

Respecto a las modificaciones del arma, para que opere como agravante no puede tratarse de armas largas cuyos cañones hayan sido recortados, o armas transformadas respecto de su condición original, como adaptar un revolver para disparar balas de un calibre superior, puesto en estos casos se trata de elementos que constituyen el objeto material de los tipos penales prescritos en los artículos 13 y 14 en relación con el artículo 3º, por lo que no pueden utilizarse además como agravante aquellas características.

¹⁴⁹ CEA CIENFUEGOS, Sergio, “Control de armas”,..., pág. 151.

- 4) Que esos dispositivos, implementos o características con las cuales se equipa el arma o las municiones tengan por finalidad:
- a) Hacerlas más eficaces: como por ejemplo las miras telescópicas u otros dispositivos de puntería,
 - b) Ocasionar más daño: Como por ejemplo dotar a las municiones de mayor cantidad de explosivo,
 - c) Facilitar la impunidad del causante: como por un silenciador.

9. Autoría y participación.

9.1. Autoría.

En el delito en comento, es indudable que el autor material únicamente puede ser aquella persona que tenga o posea un arma de aquellas prohibidas por el legislador.

Hipótesis de autoría mediata puede ser aquella en que una persona le ordena a su sicario adquirir un arma automática.

También es posible la coautoría, por ejemplo en casos de coposesión o tenencia compartida de un arma de fuego prohibida por una guerrilla. Se requiere, claro está, que el arma pueda ser utilizada por varios sujetos de forma simultánea o sucesiva, debe estar dentro de la “esfera potestativa” de varios sujetos.

9.2. Participación.

En el delito de tenencia ilegal de armas prohibidas es indudable que se aplican las normas generales reguladoras de la participación. Así, será instigador

de este delito quién dolosamente induce a otro a tirar una molotov en una protesta, y será cómplice de este delito, por ejemplo, quién aporta a un grupo de protesta botellas de vidrio y botellas de bencina blanca para la fabricación de bombas molotov.

9.3. Encubrimiento.

Respecto del delito de tenencia ilegal de armas prohibidas, es indudable que procede el encubrimiento, porque como señalamos anteriormente, el encubrimiento no es participación criminal, sino un delito autónomo, que depende del conocimiento que debe tener el agente de la comisión del hecho delictuoso penado por la ley. Por tanto, es indiscutible su procedencia en el delito en estudio. (Por ejemplo, el que oculta a un amigo que es buscado por tener material de uso bélico en su propiedad).

10. Iter Criminis o etapas de desarrollo del delito.

Al igual que el delito de tenencia ilegal de armas permitidas, no se admiten en el mismo formas imperfectas de ejecución, ello atendida su naturaleza jurídica, como delito de peligro abstracto y de mera actividad, lo que hace prácticamente imposible que puedan presentarse hipótesis de tentativa acabada e inacabada.

11. Unidad y pluralidad de delitos.

11.1. Unidad de delito.

El delito de tenencia ilegal de armas de fuego prohibidas, como delito permanente, presenta una acción y una omisión. Con la primera, el sujeto crea la

situación fáctica jurídicamente desaprobada y omite hacerla cesar, provocando la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento, lo cual tiene importancia para los efectos de la prescripción de la acción penal.

11.2. Pluralidad de delitos o concurso de delitos

Respecto del delito de tenencia ilegal de armas de fuego prohibidas, en nuestra opinión –al igual como lo señalamos respecto de la tenencia ilegal de armas permitidas– no existen hipótesis de concurso ideal por ser un delito formal consumado con la mera realización de la acción. Consumándose por ello en un momento anterior al delito que cometido con estas armas prohibidas, no cumpliéndose con el requisito de unidad de hecho que se requiere para la aplicación del concurso ideal de delitos. Por lo que se configuraría sólo un concurso real de delitos.

Debemos tener presente que el uso de armas generalmente figura como elemento que califica o que agrava determinados delitos -como el delito de lesiones del artículo 403 o el delito de atentados contra la autoridad del artículo 262 N° 1 ambos del Código Penal–, pero no por ello queda en ellos subsumido el delito de tenencia ilegal de armas, sino que concurre con ellos, puesto que resulta evidente que el uso agravatorio o calificante del delito puede llevarse a cabo con un arma prohibida o con un arma permitida e inscrita.

Tampoco se puede entender al delito de tenencia ilegal de armas prohibidas como medio necesario para cometer otro delito, puesto que como recién señalamos, pueden perpetrarse con otros medios o formas, debiendo pensarse los delitos separadamente.

Por tanto, en los casos en que concurra el delito de tenencia ilegal de armas prohibidas con delitos que puedan cometerse con armas, como el

homicidio, lesiones, atentado, etc., no podemos aplicar, por razones dogmáticas, el artículo 75 del Código Penal que dispone que en el caso en que un solo hecho constituya dos o más delitos (concurso ideal), o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro (concurso ideal impropio) sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.

12. Tribunal competente para conocer del delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas.

De conformidad a lo establecido en el artículo 18 de la Ley sobre Control de Armas, para determinar los tribunales competentes para conocer del delito tipificado en el artículo 13°, debemos distinguir el tipo de arma de que se trate.

Si se trata de delitos cometidos con:

- a) Bombas o artefactos incendiarios,
- b) Armas de fabricación artesanal,
- c) Armas transformadas respecto de su condición original,
- d) Armas cuyos números de serie se encuentren adulterados o borrados.

Los tribunales competentes serán los tribunales ordinarios, esto es, los jueces de garantía y los tribunales de juicio oral.

Si el delito es cometido con material de uso bélico o con las demás armas o artefactos señalados en el artículo 3°, los tribunales competentes serán los Tribunales Militares.

PARTE III: JURISPRUDENCIA.

CAPITULO V: JURISPRUDENCIA TEMÁTICA

Aunque la jurisprudencia en este tema es escasa y dispersa, expondremos de forma sistemática algunos fallos importantes sobre la materia. Es necesaria esta revisión sistemática para saber de qué forma aplican estos tipos penales nuestros tribunales de Justicia, y saber si se han visto influidos por las nuevas tendencias expansionistas o si han continuado con una interpretación a la luz de del Derecho Penal tradicional.

1. Sobre el principio de lesividad del bien jurídico protegido en el delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego:

Itma. Corte de Apelaciones de Santiago

Recurso de Apelación

Sentencia de fecha 15 de diciembre de 1995,

Causa Rol 46.274–1995, caratulada contra Pérez Alcaíno, por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego. La Itma. Corte revoca sentencia condenatoria.

Doctrina:

Considerando 1° “Que el objetivo de la ley N° 17.798 es el de prohibir, en su caso restringir y siempre controlar la tenencia y uso de instrumentos que puedan ser calificables de armas, esto es, como instrumento, medio o máquina destinado a ofender o a defenderse. Es requisito de la esencia del objeto propio de la mentada legislación el que se pretenda ofender o defenderse, a través del utensilio;”

Considerando 2° “Que al tenor de las piezas de fs. 14 a 16, se está en presencia de una máquina cuya marca no puede sino presumiblemente

*establecerse, cuya ánima del cañón está oxidada en toda su extensión y en la que la estrella de la nuez presenta una deformación que, aunque leve, dificulta su giro normal;*¹⁵⁰.

Pronunciado por los Ministros señores Carlos Cerda Fernández, Juan Guzmán Tapia y señora Gloria Álvarez Godoy, Ministro redactor señor Carlos Cerda.

Comentario:

Como se puede apreciar, la ltma. Corte sigue el principio de lesividad, según el cual para sancionar una conducta con una pena se debe analizar si se ha lesionado un bien jurídico digno de protección jurídico penal. En el caso en comento, el objeto, si bien era una pistola, para efectos jurídico penales no fue calificada como arma por no ser idónea para su función así que con ella no se podía lesionar un bien jurídico protegido.

Como lo señala claramente el sentenciador, *“es requisito de la esencia del objeto propio de la mentada legislación el que se pretenda ofender o defenderse, a través del utensilio”*. Por tanto, es requisito de la esencia de la legislación que con el objeto se puedan poner en peligro bienes jurídicos protegidos.

Este criterio se ha seguido en diversos fallos; a modo de ejemplo podemos citar el fallo de 12 de julio de 2002, de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, recaído en causa RIT 20–2005, que absuelve al imputado Carlos Cáceres Pérez de los delitos de porte y tenencia ilegal de armas señalando en su considerando decimocuarto:

¹⁵⁰ Fallo publicado en la **Gaceta Jurídica N° 186**, diciembre año 1995, págs. 106 y ss.

“Que, la hipótesis del delito de tenencia ilegal de armas de fuego a juicio de estos juzgadores, sólo puede configurarse en la medida que dichas armas cumplan con la función de tal, esto es, que sean aptas para ser utilizadas de acuerdo a su propia naturaleza, circunstancia que correspondía probar al ente acusador y no habiéndose aportado en audiencia elementos de prueba alguno que acrediten tal circunstancia, respecto del arma encontrada supuestamente en poder de Chodil Fernández, este Tribunal estima que existe duda razonable sobre el establecimiento del hecho punible que se le imputa, lo que impide alcanzar el necesario convencimiento para condenar al imputado por el referido delito”.

2. Bien jurídico protegido: Control del Estado sobre las armas.

Excma. Corte Suprema

Recurso de Casación en el Fondo acogido

Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004,

Causa Rol 423–2003, caratulada contra Gastón Fuentes Urriola, por los delitos de porte y tenencia ilegal de armas de fuego, acoge recurso atendido que el fallo de recurrido aplicó una pena menor al subsumir el delito de tenencia ilegal en el delito de porte ilegal de armas.

Doctrina:

Considerando 3° “Que, esta Corte debe manifestar su discrepancia con el criterio sustentado por el tribunal en la sentencia objeto de la presente nulidad, en cuanto a que la figura penal del porte ilegal subsume la de la tenencia. Se debe entender que el delito de porte ilegal y el de tenencia ilegal de armas de fuego son dos hechos típicos distintos. Efectivamente, el delito de tenencia ilegal de armas de fuego se configura al tener o mantener particulares en su poder, sin la obligación de inscripción, armas de fuego registrables, figura sancionada en el artículo 5° y 9° de la

Ley de control de armas. El porte público de armas de fuego, sin autorización, se encuentra tipificado en el artículo 11 en relación con el artículo 6° del mismo cuerpo legal. Es evidente la diversa finalidad que cada figura delictiva persigue; ya que mientras la exigencia contenida en el artículo 5° persigue un control efectivo por parte del Estado sobre las armas de fuego que existen en el país, permitiendo una restringida tenencia de ellas en la residencia, lugar de trabajo o aquel que se pretende proteger, la exigencia del artículo 6° tiene por objeto evitar que personas porten armas fuera de los lugares indicados en el artículo anterior sin permiso de las autoridades señaladas en el inciso tercero del artículo 4. Esta autoridad podrá otorgarla de acuerdo con los requisitos y modalidades que establezca la Dirección General de Movilización Nacional. Incluso más, la misma norma del artículo 6° de la ley citada establece que el plazo máximo del permiso durará un año y sólo autoriza al beneficiario para portar un arma, situación que dista absolutamente del porte habida consideración de la inexistencia de plazo alguno de vigencia de permiso;”

Pronunciado por los Ministros señores Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Milton Juica A., Jaime Rodríguez E. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A. Ministro Redactor don Alberto Chaigneau.

Comentario:

En el fallo en comento, el máximo tribunal deja en claro que el bien jurídico protegido en el delito de tenencia ilegal de armas de fuego es la **Administración del Estado, en cuanto al monopolio de que goza en el control de las armas.**

Somos de la misma opinión que la Excma. Corte y, atendido que el bien jurídico protegido es el control que tiene el Estado por sobre las armas que existen en el país, es muy cuestionable que el legislador lo haya establecido como delito; sólo debió dejarlo bajo la potestad sancionatoria de la Administración,

sancionándose su vulneración sólo con pena de multa y no con penas privativas de libertad.

3. Concepto normativo de posesión o tenencia

Itma. Corte Marcial

Recurso de Apelación.

Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2005,

Causa Rol 682–2005, caratulada contra David Pérez Alcaíno y otros, por los delitos de convenciones ilícitas sobre armas de fuego, tenencia ilegal de armas de fuego prohibidas.

Doctrina:

“Cuarto: Que se define la tenencia de armas como lo posesión de armamento sin licencia para llevarlo, ni siquiera mantenerlo en donde se vive o en otro lugar donde quepa disponer del mismo. Asimismo se entiende por posesión el poder de hecho o derecho sobre una cosa material. (Diccionario Militar, páginas 593 y 65 tomo IV).

En consecuencia, se tiene la posesión o tenencia de un arma, aun cuando sea encontrada en el domicilio de un tercero, quien la mantiene en su poder por orden, solicitud o disposición de otro, que le encarga su custodia transitoria, para que sea recuperada en cada momento en que se necesite utilizar.”

Pronunciado por los Ministros señores Alejandro Solís Muñoz, Joaquín Billard Acuña, Hernán Novoa Carvajal, Patricio Franjola Buigley y Patricio Moya Bernal.

Comentarios:

Para efectos jurídico penal, la Ilma. Corte Marcial adopta el concepto normativo de posesión o tenencia, teniendo como elemento esencial la “esfera potestativa”. Se subraya que lo relevante es que el arma se encuentre dentro de la órbita potestativa del poseedor o tenedor. Es indiferente que no la tenga materialmente en su poder, porque continúa en condiciones de ejercer un control sobre ella. En terminología de Politoff, correspondería a la idea de “órbita de vigilancia”.

4. Subsunción del delito de tenencia en el delito de porte ilegal de armas de fuego. Diferentes bienes jurídicos.

Excma. Corte Suprema

Recurso de Casación en el fondo rechazado.

Sentencia de fecha 30 de junio de 1997,

Causa Rol 130–1997, caratulada contra Emilio Benítez Vega,¹⁵¹ por los delitos de porte y tenencia ilegal de armas de fuego.

Doctrina:

Considerando 4° “Que habiendo quedado fijado como hechos del proceso los indicados en el fundamento 1° del fallo impugnado, esto es, que el procesado Benítez portaba un arma de fuego sin autorización, la que tampoco se encontraba inscrita a su nombre, ellos, a la luz de las disposiciones legales que se han reproducido han sido debidamente calificados, pues se trata de dos conductas independientes entre sí, que se encuentran tipificadas en los artículos 5° y 6° de la ley N° 17.798, y sancionadas en los artículos 9° y 11 del mismo cuerpo legal con

¹⁵¹ Fallo publicado en la **Gaceta Jurídica N° 204**, junio año 1997, págs. 111 y ss.

las penas que allí se señalan, y por lo tanto, al aplicar las penas se ha hecho una correcta interpretación del artículo 74 del Código Penal”.

Pronunciado por los Ministros señores Roberto Dávila D., Adolfo Bañados C., Guillermo Navas B. y los Abogados Integrantes señores Vivian Bullemore G. y José Luis Pérez Zañartu. Redactor: Abogado integrante José Luis Pérez.

Comentario:

Si bien, las conclusiones a la que llega la Excma. Corte son correctas desde un punto de vista dogmático, es más coherente lo planteado en el voto disidente de los abogados integrantes señores Vivian Bullemore y José Luis Pérez, quienes estuvieron por condenar sólo por porte ilegal y absolver por el delito de tenencia ilegal de armas basados en los siguientes fundamentos:

“1º.– Que, al analizarse los antecedentes acumulados en la causa se observa que a fs. 22 aparece el informe de la Comandancia General de la Guarnición del Ejército de Chile, Antofagasta, en el que se señala que la pistola Browning cal. 7,65, serie 535673, que era la que portaba el reo Benítez Vega, se encontraba inscrita ante la autoridad correspondiente desde el 22 de octubre de 1979 a nombre de Manuel Alberto Romero Ramírez, antecedente que si bien es señalado en la letra d) del considerando primero del fallo de primera instancia, en la de segundo grado no existe ninguna consideración acerca de este hecho ni se dan razones legales o doctrinales para establecer la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado en el delito contemplado en el artículo 9º de la ley Nº 17.798, atendida la evidencia de que el arma se encontraba inscrita con anterioridad.”

“2.– Que el artículo 5º de la Ley Nº 17.798, sobre Control de Armas, establece la obligación de que las armas de fuego que no sean de aquéllas señaladas en el

artículo 3º de la misma ley, cual es el caso de autos, sean inscritas a nombre de su poseedor o tenedor ante la Dirección General de Movilización Nacional, con el objeto preciso de controlar la existencia de armamento en poder de particulares.”

“3.– Que, por su parte, el artículo 9º de la ley mencionada sanciona con las penas que ella señala el incumplimiento de la obligación de inscripción que establece el artículo 5º de la Ley de Control de Armas, de donde se deduce que el análisis acerca de las consecuencias de la inscripción previa de un arma en el establecimiento del cuerpo del delito es fundamental para determinar con posterioridad la responsabilidad del encausado.”

“4.– Que hechas estas apreciaciones, resulta evidente que el hecho descrito en el motivo segundo del fallo de primera instancia no constituye el delito de tenencia ilegal de arma de fuego previsto en el artículo 9º de la ley N° 17.798, por cuanto la que portaba el procesado Benítez Vega se encontraba debidamente inscrita ante la autoridad militar correspondiente, como consta del documento de fs. 22 emanado de la Comandancia General de la Guarnición de Antofagasta, cumpliéndose de esta manera con el propósito del legislador establecido en el artículo 5º de la referida ley, que es precisamente controlar la existencia de armamento en poder de terceros, y si dicha arma se encontraba ya inscrita, no puede exigírsele a los que la portan, que además, y en cada oportunidad, cumplan a su respecto con la exigencia del artículo 5º de la ley, ya que de esta manera se daría el caso que un arma debería tener varias inscripciones, lo que no parece haber sido la intención del redactor de la norma.”

Como señalamos en la parte II de nuestro estudio, los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan por lo que compartimos lo sostenido en el voto disidente.

No nos podemos cerrar a las estructuras normativas ya que, en el desarrollo y concretización de los principios normativos, deben considerarse los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante.

En el voto disidente esta compatibilización entre lo dogmático y lo ontológico se expone con toda claridad, puesto que no contradice lo resuelto en el sentido de que los delitos de tenencia y de porte ilegal de armas son independientes y de diversa naturaleza. Es más, el delito de tenencia ilegal de armas se analiza desde el punto de vista del bien jurídico protegido, haciendo patente que el objeto de este delito es el control por parte de la autoridad administrativa de las armas que se encuentran en poder de terceros, llegando a la conclusión que en el caso en comento no hay delito por no haberse vulnerado el bien jurídico protegido, ya que el arma se encontraba inscrita. Razón por la cual, el control de la cantidad de armas que hay en poder de terceros no se vio vulnerado.

Sin perjuicio de lo expuesto en este numeral, la jurisprudencia no siempre ha sido uniforme respecto de la diferente naturaleza jurídica que existe entre los delitos de porte y tenencia ilegal de armas de fuego, existiendo varios fallos de tribunales superiores de justicia que subsumían el delito de tenencia ilegal de fuego en el delito de porte¹⁵². A modo de ejemplo, podemos señalar la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 19 de abril de 2006, dictada en causa Rol de 4438–2006, caratulada contra Freddy Arrollo Carvajal, por el delito de porte y tenencia ilegal de armas de fuego y municiones. En su motivo 2° argumenta que:

¹⁵² **Sentencias de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, de fecha 18 de junio de 2002, causa Rol de Corte N° 38.605–2002 caratulado contra Pérez Guerrero, Juan Carlos; Sentencia de fecha 2 de junio de 2003, causa Rol de Corte N° 14.130–2000 caratulado contra Hernández Navarro, Jaime; Sentencia de fecha ocho de marzo de de dos mil cuatro Rol de Corte N° 3.669–2004 caratulado contra Ramos Pino, Cristian y; Sentencia de fecha 1 de junio de 2005 Rol de Corte N° 12.259–2.005, caratulado contra Cornejo González, Manuel Antonio.

2º.– Que, sin embargo, la circunstancia de no encontrarse inscrita el arma a nombre de quien la trasladaba, no puede en la situación de autos, derivar en una condena separada del porte de arma, desde que esa actividad aparece subsumida en la sancionada por el artículo 11º de la Ley 17.798. A tal conclusión se arriba del análisis del artículo 9º del reiterado estatuto, que de manera disyuntiva exige para sancionar, la falta de autorización para portar o la omisión de la inscripción¹⁵³.

No obstante, este fallo fue acordado en la parte que estima subsumidas ambas conductas con el voto en contra de la ministro señora Valdovinos, quien estuvo por condenar al enjuiciado a penas separadas por los delitos de porte y tenencia ilegal de arma de fuego, teniendo para ello en consideración lo siguiente:

1º Que el artículo 5º de la Ley 17.798 obliga a que toda arma de fuego debe ser inscrita a nombre de su poseedor o tenedor ante la autoridad que el mismo estatuto señala, mientras que el artículo 6º de la ley citada, impide portar armas fuera de los lugares que especifica la norma anterior.

2º Que la exigencia primera, tiene por objeto el control efectivo del Estado, a través de la autoridad militar, sobre las armas de fuego existentes en el país, permitiendo a su poseedor o tenedor mantenerlas, de manera restrictiva, en el bien raíz declarado como residencia, en su sitio de trabajo o en el lugar que se pretende proteger. La segunda –en cambio– se dirige a evitar que personas que no cuenten con el permiso de la autoridad correspondiente, las trasladen a sitios que no sean su residencia, sitio de trabajo o lugar que se trata de proteger. El permiso en el porte, tiene el carácter de temporal, por un máximo de un año, mientras que la tenencia, carece de un plazo determinado de vigencia.

¹⁵³ Fallo publicado en www.lexisnexus.cl, **Jurisprudencia on line**, N° identificador LexisNexis: 34427, 19 de abril de 2006.

3º Que, de lo anterior se colige que frente a ilícitos diferentes, corresponde la aplicación de sanciones también diversas.

Como se puede apreciar, en el voto disidente se dejan de manifiesto los diferentes objetos jurídicos cautelados en los delitos de tenencia y porte ilegal de armas, que hace que sean ilícitos diferentes.

5. Principio de non bis in idem y error de prohibición en el delito de posesión ilegal de armas de fuego.

Tribunal de Juicio Oral de Quillota

Sentencia de fecha 18 de julio de 2006 (ejecutoriada 29 de julio de 2006)

Causa R.I.T. Nº 33–2006, caratulada contra Maximiliano Vivanco Campaña, por los delitos de homicidio simple y tenencia ilegal de arma de fuego.

Doctrina:

Vigésimo primero: Que los antecedentes de juicio referidos precedentemente, si bien son constitutivos del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, en grado de consumado, tipificado y sancionado en el art. 9º en relación con el Art. 4º ambos de la Ley Nº 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos, y en el cual al acusado Maximiliano Vivanco Campaña le ha correspondido una participación de autor, dicha conducta no será sancionada por impedirlo el artículo 63 del Código Penal, esto es, por aplicación del principio de la consunción. Se previene que la Juez doña Verónica Rivera González estuvo por absolver al acusado, estimando que su conducta adolece de un error de prohibición.

Que, efectivamente el Tribunal por mayoría estima en la especie que no es posible sancionar separadamente al acusado por el delito de tenencia ilegal del arma de fuego porque si el acusado no hubiere contado con este elemento el

delito no se habría cometido y ello por impedirlo en principio de non bis in ídem consagrado en el artículo 63 del Código Penal, ya que la ley penal al describir un comportamiento prohibido abarca conductas punibles que ya han sido descritas por otros tipos penales, de modo que esa actividad pasa a quedar aparentemente comprendida en dos o más figuras típicas al mismo tiempo, no obstante que debe serlo por la primera, en atención que el desvalor de la segunda queda consumido por aquélla. De consiguiente corresponde aplicar el primer tipo únicamente, para mantener la unidad de lo injusto. (Mario Garrido Montt, Tomo II, pág. 458)

Prevención:

Que, la Juez Verónica Rivera González estuvo por absolver al acusado Maximiliano Baldomero Vivanco Campaña de la acusación formulada en su contra como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9º de la Ley Nº 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos, estimando que su conducta adolecía de un error de prohibición, toda vez que al haber inscrito el arma que le fuera incautada en su poder ese día, las probanzas rendidas en el juicio permitieron establecer que contaba éste con la autorización correspondiente, ignorando en concepto de esta juez que sería objeto de reproche debido a la antijuridicidad de su conducta al mantener este armamento sin haber registrado su nuevo domicilio, ya que desconocía la exigencia de la ley de registrarlo y de este modo evitar el reproche por su conducta, circunstancia que tampoco queda claro de la sola lectura de la Ley Nº 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos en su artículo 5º inciso tercero, puesto que al referirse a los lugares en los cuales podrán ser autorizados para la posesión o tenencia del arma inscrita, en su parte final indica el bien raíz declarado correspondiente a su residencia, a su sitio de trabajo, y expresamente, en forma amplia a los “lugares que se pretende proteger”, de manera tal que no se le podía exigir otra conducta, pues de sus dichos éste pensaba en su fuero interno que a pesar de haber cambiado su domicilio, cumplía con la exigencia que autorizaba la tenencia de su

armamento en su actual morada, como se desprende de la prueba documental que rindió el Ministerio Público correspondiente al oficio N° ½, hoja N° 1/1 de fecha 16 de noviembre de 2005 de la Comandancia de Guarnición de Ejército de Quillota, por el cual se informa situación del arma utilizada en la comisión del delito y los permisos y autorizaciones del acusado para portar o tener armas de fuego, y que tal como lo dijo al Tribunal el acusado al ocurrir este hecho, vivía en el domicilio ubicado en San Miguel 770, departamento N° 11 de la Villa Chañaral en la ciudad de La Calera.

Pronunciada por los Jueces Titulares del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, don Alonso Arancibia Rodríguez, doña Verónica Rivera González y doña Irene González Minvielle.

Comentario:

No compartimos con el argumento del voto mayoritario en el sentido de que en el caso en comento se darían los presupuestos de non bis in idem, puesto que se está en presencia de dos tipos penales totalmente diferentes, que cautelan por tanto, bienes jurídicos diferentes. En efecto, el delito de homicidio tiene como objeto jurídico a la vida; en cambio, el delito de tenencia ilegal de armas –como tantas veces se ha señalado– tiene por objeto proteger el monopolio de que goza el Estado en el control de las armas existentes en el país y la seguridad ciudadana. Es más, el tipo penal del homicidio simple no considera las armas de fuego como elemento del tipo objetivo. Si se considera que el arma de fuego era un medio necesario para cometer el delito, se debió haber sancionado conforme al artículo 75 del Código Penal.

En términos dogmáticos es más acertado y coherente el razonamiento que efectúa la magistrado Verónica Rivera en su prevención, que absuelve al imputado del delito de tenencia ilegal de arma de fuego fundado en un error de prohibición,

porque el imputado tenía el arma inscrita pero no actualizó su domicilio, ignorando que existía obligación legal de actualizar el domicilio, pues pensaba que bastaba con tener el arma dentro de su morada, el lugar que pretendía proteger con el arma de fuego.

6. Improcedencia de la atenuante del N° 7 artículo 11 del Código Penal, reparación con celo del mal causado.

Excma. Corte Suprema

Recurso de Queja acogido

Sentencia de fecha 9 de junio de 1993.

Queja contra Ministros de la Itma. Corte de apelaciones de Santiago, que aprueban sin modificaciones, la sentencia de primera instancia que condena a dos penas de cuarenta y un días de prisión en su grado medio a José Hugo Monje Muñoz como autor de los delitos de tenencia y porte ilegal de arma de fuego, decidiéndose en cambio por la Excma. Corte, que se aprueba en lo consultado la referida sentencia, con declaración que se elevan a sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo las penas que se le imponen al mencionado encausado como autor de los delitos señalados.

Doctrina:

“Considerando 1º.– Que no es posible estimar concurrentes en relación con los delitos de tenencia y porte ilegal de armas de fuego, la atenuante de responsabilidad de procurar con celo reparar el mal causado contemplada en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, como tampoco la derivada de la eximente incompleta de legítima defensa a que se refiere el artículo 11 N° 1 en concordancia con el 10 N° 6 del mismo cuerpo legal, ambas reconocidas en favor del encausado José Monje Muñoz.

Considerando 2º.– Que, en efecto, la primera de ellas resulta improcedente atendida la naturaleza de los ilícitos señalados que por tratarse de delitos de peligro no son susceptibles de ser reparados mediante consignaciones en dinero y la segunda, por carecer de toda vinculación con la comisión de esos delitos en el caso específico de que se trata.”¹⁵⁴

Pronunciada por ministros señores Álvarez, Carrasco, Correa, Navas y el Abogado Integrante señor Cousiño.

Comentario:

Es acertada la conclusión del máximo tribunal, toda vez que atendida la naturaleza jurídica del delito de tenencia ilegal de armas –delito de peligro abstracto y de mera actividad–, y atendido su bien jurídico protegido –el control de las armas por parte del Estado y la seguridad ciudadana– no es posible reparar su lesión mediante consignaciones de dinero pues no hay un mal que reparar; a través de este delito se adelanta la barra de punición a un estadio previo a la lesión de un bien jurídico material. Hay punición antes de una lesión, por tanto, no corresponde una compensación económica de un mal no producido.

7. Inexistencia de concurso material entre el delito de tenencia ilegal de armas de fuego con el delito de lesiones.

Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel

Consulta de sentencia definitiva condenatoria.

Sentencia de fecha 24 de enero de 1996.

¹⁵⁴ Fallo publicado en la **Gaceta Jurídica N° 156**, junio año 1993, pág. 88 y ss.

Causa Rol 2678–1995, caratulada contra Osses Matus, Carlos, por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego. La ltima. Corte revoca sentencia condenatoria, absolviendo al imputado.

Doctrina:

Considerando 4º: Que, conforme a lo expuesto y en mérito a la secuencia específica como se desarrollaron los hechos en que participó el encausado en carácter de autor, la posesión del arma de fuego y el uso que hizo de ella, quedaron subsumidos en el delito contra la salud que perpetró –precisamente con dicha arma– habiendo existido una sola acción, una unidad de acción, que no puede ser objeto de una duplicidad de valoración y sanción penal.

Considerando 5º: Que, tal como lo ha decidido esta Corte en ocasiones anteriores, el hecho de haber tenido el reo un arma y haberla portado, careciendo de los permisos exigidos por la ley, no puede entenderse en relación de concurso material con el delito de lesiones, sancionándose todos esos ilícitos por separado, toda vez que la posesión y uso del revólver, han sido un elemento sine qua non para la perpetración del atentado contra la salud, por el cual el imputado haya sido sancionado y un mismo hecho no puede ser castigado doblemente, so pena de afectarse severamente el principio fundamental de "non bis in idem".

Previsión:

Se previene que el Abogado Integrante Sr. José Luis Pérez Zañartu estuvo por revocar la sentencia condenatoria, en la parte que sanciona al reo como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego y absolverlo de esta acusación, por encontrarse acreditado únicamente que aquél guardaba o mantenía en su poder un revólver, sin contar con el permiso correspondiente, siendo responsable de este modo, del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, coincidiendo con el

*criterio del señor Fiscal en cuanto a imponerle la pena corporal de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y darla por cumplida con el tiempo que permaneció privado de libertad. En concepto de quien previene, la infracción a la ley N° 17.798, imputada en este caso, representa un delito formal, autónomo e independiente de aquel que pudiera cometerse mediante la utilización del arma poseída o guardada en forma ilegal, no siendo factible subsumir este último ilícito en el otro que se hubiere perpetrado.*¹⁵⁵

Pronunciada la Ministro señora Carmen Rivas González y Abogados Integrantes señores Carlos Künsemüller Loebenfelder y José Luis Pérez Zañartu.

Comentario:

No concordamos con el voto de mayoría porque el delito de tenencia ilegal de armas de fuego es un delito formal, de mera actividad, consumado desde el momento en que el sujeto activo la tuvo a su disposición, con independencia de las lesiones ocasionadas con ella al sujeto pasivo. Son delitos independientes, que atacan bienes jurídicos diferentes; uno es contra la seguridad en general y el otro, contra la integridad de una persona en particular y se consuman en momentos diferentes. Tampoco se cumple con el requisito de unidad de hecho, que se requiere para la aplicación del concurso ideal de delitos, configurándose sólo un concurso real o material de delitos.

Por estas razones concordamos plenamente con la prevención del Ministro señor José Luis Pérez Zañartu, quien estuvo por castigar por la infracción a la Ley sobre Control de Armas separadamente de aquel que pueda cometerse con el arma poseída en forma ilegal, por tratarse de un delito formal, autónomo e independiente, no siendo factible subsumir este último ilícito en el otro que se hubiere perpetrado.

¹⁵⁵ Fallo publicado en la **Gaceta Jurídica N° 187**, enero año 1996, pág. 116 y ss

8. Objeto Jurídico de la inscripción del arma.

Itma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Consulta de sentencia definitiva condenatoria.

Sentencia de fecha 2 de mayo de 1996.

Causa Rol 18.297–1996, caratulada contra Bernal Rosales, Rene, por los delitos de porte y tenencia ilegal de arma de fuego. La Itma. Corte aprueba la sentencia consultada condenado por porte y absolviendo por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

Doctrina:

Primero: Que para la existencia del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5º de la ley N° 17.798, sobre control de armas, se exige que el arma no se encuentre inscrita en el Registro Nacional de la Dirección General de Reclutamiento y Movilización a nombre de su poseedor o tenedor. La inscripción tiene por objeto mantener un catastro nacional de las armas que existen en la República y no es necesario que sea el propietario el que mantenga la inscripción por lo que no se divisa cómo el procesado pueda haber cometido este delito por el que fue acusado.

Segundo: Que en estas circunstancias y constando de autos que el arma utilizada por René Arturo Bernal Rosales se encontraba inscrita, no pueden estos sentenciadores considerar que se ha comprobado en estos autos la existencia del delito y deberá, por tanto, absolverse al encausado.¹⁵⁶¹⁵⁷

¹⁵⁶ Fallo publicado en la **Gaceta Jurídica N° 203**, mayo año 1996, pág. 162 y ss.

¹⁵⁷ En igual sentido: Fallo de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de junio de 1996 causa Rol N° 15.146–96, sobre Consulta de Sentencia condenatoria penal. La Corte revoca sentencia absolviendo a Juan Salinas Calinas del delito de tenencia ilegal de armas pero aprueba la condena por porte ilegal de arma de fuego, fundado en la circunstancia de “que el arma de fuego que portaba el procesado al momento de ser aprehendido estuviera inscrita a nombre de Hilario Víctor Lopetegui Muñoz, como consta del oficio de fojas 8, de los documentos de fojas 16,

Pronunciado por los Ministros señores Ricardo Galvez Blanco, Alberto Chaigneau del Campo, Juan Araya Elizalde.

Comentarios:

Concordamos con la doctrina sentada por la Iltma. Corte, en cuanto establece el objeto jurídico de la inscripción – *mantener un catastro nacional de las armas que existen en la República*– Al estar inscrita el arma, no hay lesión del bien jurídico porque esa arma se encontraba en el catastro nacional de las armas que existen en la República.

Pero no hay que olvidar que el delito tipificado en el artículo 9° de la Ley 17.798 sobre Control de armas es un delito formal, que sanciona al que posee o tiene un arma sin la inscripción establecida en el artículo 5° Y esta disposición establece en términos imperativos que el arma de fuego “*deberá ser inscrita a nombre de su poseedor o tenedor ante las autoridades indicadas*”.

Por tanto, interpretando estrictamente la disposición legal –aunque esta no sea la doctrina correcta–, sí es necesario que el propietario mantenga la inscripción, y en este aspecto no es acertada la conclusión a la que llegan los señores ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago en su fallo.

17 y 18 y de los dichos de fojas 19, permite concluir que en la especie no se encuentra acreditada la existencia del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, puesto que el ilícito sanciona el hecho de tener un arma no inscrita en el registro respectivo.” Publicado en la **Gaceta Jurídica N° 192**, pág. 116.

9. Prueba del delito de tenencia ilegal de armas.

Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Consulta de sentencia definitiva condenatoria.

Sentencia de fecha 16 de junio de 1997.

Causa Rol 1686–1997, caratulada contra Silva Muñoz, Samuel, por los delitos de porte y tenencia ilegal de arma de fuego. La Ittma. Corte aprueba la sentencia consultada condenado por porte y absolviendo por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

Doctrina:

Considerando 1º: Que la sola circunstancia de haberse encontrado en poder del procesado un revólver, adaptado para calibre 22, no basta para estimar configurado el delito de tenencia no autorizada del arma de fuego, puesto que debió haberse acreditado, por los medios de prueba legal y no con la confesión del imputado, que el arma la había mantenido en su poder durante un tiempo razonable que ponga de manifiesto dicha tenencia

Considerando 2º) Que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un delito y que en él ha cabido al imputado una participación culpable y penada por la ley.¹⁵⁸

Pronunciada por los Ministros señora Sonia Araneda Briones, señores Haroldo Brito Cruz y Alejandro Solís Muñoz.

¹⁵⁸ Fallo publicado en la **Gaceta Jurídica N° 204**, junio año 1997, pág. 150 y ss.

Comentario:

Compartimos plenamente con lo dispuesto en este fallo en que, aun tratándose de un delito formal, se exige que se acredite el presupuesto de la tenencia del arma mediante los medios de prueba legal, no bastando para tal efecto la confesión. Este fallo aplica de forma muy clara los principios que rigen el Derecho Procesal Penal, según los cuales el nivel de convicción que se debe alcanzar por el juez con los medios de prueba legal es el de una convicción más allá de toda duda razonable, y esta no se alcanza con la sola confesión del imputado.

10. Coutoría en el delito de tenencia ilegal de armas.

Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso

Consulta de sentencia definitiva condenatoria.

Sentencia de fecha 1° de marzo de 1994.

Causa Rol 19.966–92, caratulada contra Solimano y otros, por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego. La Ilma. Corte aprueba la sentencia consultada.

Doctrina:

Considerando 1º Que el procesado Nelson Solimano Menares, por intermedio de su abogado, contestó a fs. 242 el dictamen acusatorio de fs. 237, argumentando que no se singularizó la infracción de tenencia ilegal de armas previsto y sancionado en los artículos 5º y 9º de la ley Nº 17.798 sobre Control de Armas, puesto que la acusación le atribuye una responsabilidad colectiva junto con los encausados José Ramírez Abello, Juan Carlos Castillo y Eduardo Grinaldo Torres Moyano, en circunstancia que solamente se le encontró un arma; la

alegación debe ser desechada por la propia descripción del tipo que hace la ley en los artículos citados, en que hay una unicidad en la mención del primero de ellos, que luego se alude pluralmente en el segundo de los mismos de manera indeterminada, al emplear el adjetivo "alguno" en su texto. Ello unido a lo indicado en el artículo 12 de la misma ley y el expreso reconocimiento de haber delito por la tenencia ilegal de una sola arma que hace el acusado, lo que deja en claro que la argumentación sobre el texto del dictamen aludido es meramente lingüístico, por lo que la conclusión a que se llega en el fallo consultado se conforma plenamente a derecho;

Considerando 2° La otra argumentación del acusado se remite al aspecto de tratarse, por el verbo rector empleado por el legislador, de un acto material positivo, específico y personal, como es "poseer o tener", raciocinio que no es aceptable por lo dicho en el considerando anterior y porque el "mantener, tomar, poseer o tener en su poder un arma de fuego", no puede significar asir física y materialmente la misma, sino el que esté a disposición, como se deduce de lo establecido en el artículo 5° de la ley, llegándose así también a una conclusión inculpatoria.¹⁵⁹

Pronunciada por la Ministro señora Carmen Salinas Guajardo y Abogados Integrantes señores Gonzalo Calvo Castro y René Moreno Monroy.

Comentario:

La tenencia es un concepto normativo, que no implica necesariamente un asir físico o material, sino que lo relevante es que se encuentre a disposición. O, dicho en términos dogmáticos, que se encuentre dentro de la esfera potestativa, permitiéndose por tanto hipótesis de coautoría, en casos en que el arma se

¹⁵⁹ Fallo publicado en la **Gaceta Jurídica N° 165**, marzo año 1995, pág. 97 y ss.

encuentra bajo la esfera potestativa de varias personas que la pueden utilizar indistintamente en las bandas, grupos o pandillas criminales, que comparten la posesión y posible utilización del arma de fuego. Por lo que compartimos plenamente con lo resuelto por la Ilma. Corte.

CONCLUSIONES

1. Respecto a la Política Criminal adoptada por nuestro legislador en Ley sobre Control de Armas:

No se ha adoptado una política criminal correcta que se proponga conseguir la disminución de la criminalidad. Tampoco se ha partido de presupuestos criminológicos y dogmáticos claros, ni se ha implementado un plan de acción que integre todos los mecanismos con los cuales cuenta el Estado, además de la represión penal.

El legislador ha optado por hacer uso del Derecho Penal Simbólico, que le reporta mayores beneficios políticos en términos de popularidad e imagen, mostrándose ante la opinión pública como un legislador atento, que impondrá mano dura contra la delincuencia, lo que se traduce en un aumento del punitivismo y/o la estigmatización.

Al respecto, el penalista chileno Eduardo Novoa Aldunate nos señala que parte de los efectos expansivos del Derecho Penal se deben a que estamos en una *“sociedad del miedo”*, efecto de una sensación social de inseguridad donde la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos, asumiendo los medios de comunicación la vía a través de la cual se expresa *“la indignación y la cólera social”*.

Eso provoca que, frente a movimientos de restricción del Derecho Penal, aparezcan demandas de ampliación del recurso penal que ponga fin a la *“angustia derivada de la inseguridad”*. Agrega este autor que *“la mayoría social se identifica con la víctima del delito: entonces la aplicación de la pena cumple una función*

simbólica' *de manifestar la solidaridad social con la víctima*.¹⁶⁰

Rechazamos esta tendencia que nuestro legislador ha protagonizado y sigue protagonizando, al atender más a la aprobación mediática de sus leyes que a la seriedad y eficiencia de las mismas. Es absolutamente necesaria una mayor profundidad político criminal y jurídica en la criminalización de conductas.

No se consideran las variadas fuentes del fenómeno criminal como, por ejemplo, la violencia intrafamiliar. Menores maltratados y carentes de amor, de seguridad emocional y de una educación adecuada, que bajo otras circunstancias podrían haber sido hombres de bien, terminan como delincuentes por esos graves problemas sociales; la miseria económica conduce finalmente a los grupos marginados de la población a la comisión de delitos contra la propiedad, los cuales ponen en peligro la seguridad ciudadana.

En los casos señalados anteriormente el punitivismo se muestra ineficaz ya que, a quien no tiene nada que perder, no se le puede disuadir con la amenaza penal. El legislador no considera este factor, ya que utiliza el Derecho Penal para la obtención de sus propios fines políticos y no como respuesta adecuada al fenómeno de la criminalidad.

Sin perjuicio de lo antes señalado, no se propone el abolicionismo de las penas porque, por una exigencia de paz jurídica, el Estado debe desaprobado las conductas delictuales (por muy diferentes que sean los orígenes de la criminalidad). Lo que se critica es el endurecimiento de las penas como solución del fenómeno criminal, por ser sus fuentes de variada naturaleza, que obedecen más bien a carencias de índole socio-cultural y económica.

¹⁶⁰ NOVOA ALDUNATE, Eduardo, “**Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal**”, en Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, N° 15 año VII, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, año 2007, pág. 198.

Comprobamos empíricamente en este estudio que con el aumento de las penas en la Ley sobre Control de Armas, no se disminuyeron las denuncias por delitos violentos, sino que incluso hubo un aumento de algunos índices. Tampoco se produjeron diferencias estadísticamente significativas en materia de victimización.

De los estudios empíricos tenidos a la vista, se desprende que el mayor porcentaje de los delitos son contra la propiedad, como los robos por sorpresa, los hurtos y los robos a accesorios de vehículos, perpetrados generalmente por gente de sectores marginales, de escasos recursos y bajo nivel educacional. Es más, las encuestas analizadas arrojan que el 48.6% de la población estima que la falta de trabajo es la principal causa de los niveles de delincuencia en el país.

Ello se explica porque el delito es la expresión de conflictos personales y sociales complejos. El sistema penal, atendidas sus limitaciones, no alcanza al trasfondo social y personal que ha incidido en la comisión del delito. La pena resulta totalmente ineficaz para solucionar ese trasfondo social y ya ni siquiera cumple una función intimidatoria debido a que, como ya lo señalamos, el delincuente a lo que verdaderamente teme no es tanto a la pena (de la que piensa siempre escapará), sino a ser descubierto.

De lo anterior se desprende que son importantes fuentes de criminalización las necesidades económicas, la ausencia de socialización familiar de los estratos más pobres de la sociedad y los déficit educacionales, que no se reducen mediante la estigmatización de las penas sino son acrecentados por éstas, atendido que:

- Se crea una falsa idea de que la mayor represividad controla la criminalidad. Confianza peligrosa, dado que dificulta la adopción de otras medidas de diverso orden que sí podrían contribuir a solucionar el problema.

- Las penas de presidio son altamente estigmatizantes y tienen un carácter criminógeno: esto es, contribuyen a la reproducción de la criminalidad dado que los mecanismos de detención y el abuso en la prisión preventiva y la pena de cárcel son previstas para toda clase de delitos y de autores. Esto contribuye a estigmatizar como delincuentes a todos los imputados o condenados, sin considerar la gravedad de sus delitos, necesidades y características. El contacto mismo con otros reclusos de mayor peligrosidad eleva altamente el riesgo de la desocialización y del contagio criminal, haciéndolos ingresar a la carrera criminal o reforzando su decisión de mantenerse en la misma.
- Es evidente que la pena de multa es un medio de sanción inidóneo, puesto que los más altos índices de criminalidad se concentran en sectores marginales. Suelen ser sujetos que no pueden pagarlas y es injusto tenerlos por esta causa en el establecimiento penitenciario, con los efectos nocivos que ello ocasiona y que se expusieron en el punto anterior. En cambio, quien es solvente se libera fácilmente de la sanción penal, no produciendo ningún efecto.

El Estado podría reducir sustancialmente este problema mediante una buena política social, para lo cual se necesita una fuerte inversión en infraestructura y personal, lo cual genera renuencia por el alto costo que implicaría para las arcas fiscales, pero es necesario si realmente se quiere dar una solución efectiva para el problema de la criminalidad.

Un sistema de seguridad social ideal debería velar por la educación personal y familiar, por la igualdad laboral y social, por la generación de empleos genuinos y no subsidios temporales, provisión de recursos humanos y materiales a los organismos de seguridad y justicia, fomentar su capacitación profesional y promover una reestructuración ética y un compromiso vocacional con la función

pública de estas organizaciones. Éstas, entre otras medidas, pueden llegar a ser un camino más factible para alcanzar el objetivo final de disminuir la criminalidad.

Además, el Estado debe convencer a los sectores más acaudalados de la necesidad de contribuir a un fondo social para aliviar la miseria social en la que se encuentran los sectores marginales, y de esta manera se ganará en seguridad social, dado que si se protege a los niños abandonados de caer en la criminalidad, dándoles una buena educación, aumentar los fondos de capacitación y empleo, aumentar apoyo a microempresarios focalizando los recursos en los sectores marginales, se estará dando a esos sectores una vía diferente al de la criminalidad para surgir.

Otro método, complementario a los anteriores, para reducir la inseguridad ciudadana es aumentar la dotación policial en las calles, dado que ante el riesgo de ser descubierto el potencial delincuente tenderá a abandonar su plan delictual en beneficio de su propio interés. Mayor dotación de carabineros en las calles, apoyados con medios computacionales de investigación y la vigilancia por video son medios eficientes de prevención.

Y en cuanto a la reacción al delito, cuando este ya se ha producido, se debe optar por un Derecho Penal de Alternativas basado en alternativas a la pena privativa de libertad, lo que Roxin llama “sanciones penales socialmente constructivas”¹⁶¹ y nos señala las siguientes:

- a. Terapias para reincidentes, esto es razonable cuando el infractor está dispuesto para trabajar enérgicamente en sí mismo.
- b. A los autores de delitos leves y medianamente graves se les debería ofrecer la posibilidad de sustituir la multa o la pena privativa de libertad, hasta determinado nivel, por trabajos de utilidad pública

¹⁶¹ ROXIN, Claus, “**Problemas actuales...**”, pág. 99 y ss.

(servicios comunitarios). Esto sólo puede ser exitoso a partir de una base voluntaria; pero tiene la ventaja de que el trabajo se puede realizar en el tiempo libre y conseguir algo provechoso, cuyo sentido también parece evidente para el infractor. Se puede tratar de trabajo corporal (en instalaciones públicas y aún en la recolección de basura), pero también intelectual según la calificación del interesado (en bibliotecas, computadoras, etc.). Estas actividades de utilidad pública se deben establecer, de preferencia, en tiempos en las cuales las fuerzas laborales remunerados no trabajen habitualmente como domingos, días festivos o en las horas de la madrugada.

- c. Reconciliación y reparación entre autor y víctima.
- d. Sobreseimiento en casos leves, entrelazado con la obligación de reparación y con los trabajos de utilidad pública. Casos leves cuyo hecho delictivo sólo cause perturbaciones sociales.

Un amplio catálogo de sanciones es más eficaz en la disminución de la delincuencia en comparación con el endurecimiento de las penas.

2. Respecto a los principios dogmáticos inspiradores de la legislación sobre Control de armas.

Nuestro legislador adoptó en esta materia las corrientes expansionistas del Derecho Penal que poco a poco han ido imperando en las diversas legislaciones, en especial en Norteamérica y Europa, siendo una aplicación, mas precisamente, del Derecho Penal del Enemigo, el cual se manifiesta en las siguientes características:

- a. **Tipos penales que anticipan la punibilidad a actos preparatorios de hechos futuros:** Pues, el delito de posesión ilegal de armas de

fuego, con la modificación legal pasó a ser un tipo penal de peligro abstracto, imponiéndose pena por la lesión de un deber sin requerir lesión de un bien jurídico material. Además se aumenta el tipo penal incorporando nuevos elementos cuya posesión está sancionada.

- b. Desproporcionalidad de las penas:** Se pena un acto preparatorio, no hay ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo. Y por otra parte, se aumenta las penas con las modificaciones legales.
- c. Legislación de lucha o de combate:** Basta con leer los antecedentes de la ley y el debate parlamentario que presidió la dictación de la ley para darse cuenta de que abiertamente se señala que es una legislación de combate contra la delincuencia
- d. Considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados:** Hay una abierta vulneración del principio de inocencia, dado que es un delito de peligro abstracto y formal, e incluso aunque se acredite que no se perseguía atentar contra la vida y seguridad del orden público y de la ciudadanía, igual se debe imponer pena. Siendo por tanto, extremadamente escasas las posibilidades de formular una buena defensa.

No sólo en estas modificaciones a la ley de armas encontramos manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo por parte de nuestro legislador, sino también en otras materias. Por ejemplo, se han ingresado otros proyectos de ley tendientes a restringir los derechos procesales, como el que dispone sanciones al juez a quien la Corte le revoque la libertad otorgada (Boletín 4022–07). O el

que amplía los casos en que la Policía puede proceder a la detención de personas, sin orden judicial previa, como en el caso siguiente: *“El que en general se encontrare en lugares o en circunstancias que arrojen motivos e indicios que permitan a los funcionarios policiales estimar que ha intentado cometer un crimen, simple delito o falta o que se dispusiere a cometerlo, si las explicaciones que diere de su conducta y el control de identidad practicado de conformidad con este artículo, no desvanecieren las sospechas respecto de su presencia en el lugar con las circunstancias señaladas”* (Boletín 5227–07).

- e. **Recrudescimiento de condiciones penitenciarias para los condenados:** Como se expuso, el enemigo debe ser excluido, no debe ser tratado como persona por el Estado, por lo que se limitan al máximo sus beneficios penitenciarios, especialmente la libertad condicional. En esta materia nuestro legislador, mediante la ley 20.074, derogó del artículo 141 del Código Procesal Penal el principio de proporcionalidad de la prisión preventiva en relación a la gravedad del delito y su sanción probable. Y en el artículo 139, mediante ley 19.789, amplió los casos de procedencia de la prisión preventiva, aplicándose también para garantizar la seguridad del ofendido y la seguridad de la sociedad.

Como señalamos en el desarrollo de esta investigación, este “Derecho Penal del Enemigo” no es un verdadero sistema de Derecho Penal, puesto que no cumple con los criterios de legitimidad que establece nuestro sistema jurídico–constitucional.

La carga emocional que conlleva la etiqueta de “enemigo” predispone ya a un rechazo de un Derecho Penal del Enemigo en una sociedad que se configura, al menos en un sentido formal, como democráticamente estructurada y fundada en los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad. No puede ser

catalogado como Derecho Penal—al menos desde el punto de vista material— si sólo se limita a preceptuar meros dispositivos de coacción.

Es muy criticable asimismo, la configuración del “enemigo” como no—persona. Discrepamos, como lo señalamos anteriormente, de la concepción del sujeto como persona normativa o jurídica, entendido como una construcción social y normativa porque aquel no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano. Como señalamos anteriormente, citando a Schünemann, el reemplazo que propone Jakobs del individuo por la persona como mero portador de un rol en Derecho Penal destruye justamente su legitimación, porque a quien se castiga es a un hombre de carne y hueso. Asimismo debemos tener presente el postulado Kantiano de la Teoría de la Pena, conforme al cual el delincuente no debe poder ser utilizado como medio para alcanzar fines sociales.

En efecto, el delito en estudio se configura como un delito de peligro abstracto, formal, de mera actividad, caracterizado por un adelantamiento de la punición a un estadio previo a la lesión al bien jurídico, prácticamente presumiendo el peligro que conlleva el actuar del sujeto activo. Castigándose, por tanto, una mera desobediencia a una norma de carácter más bien administrativo.

Como señala Luis Rodríguez Ramos, “toda abstracción más allá de la inevitable generalidad de la norma, es peligrosa para los derechos de las persona y debe reducirse todo lo posible. Abstracciones peligrosas son: el abuso de los tipos penales con bienes jurídicos supraindividuales, particularmente los colectivos; el también abuso de los delitos de peligro abstracto y abstracto—concreto; la extensión de

los delitos de comisión por omisión, a delitos sin un resultado real y, además lesivo para el bien jurídico".¹⁶²

Precisamente en el delito de posesión ilegal de armas se resguarda la seguridad ciudadana como bien jurídico colectivo, lo que lleva a que la colectividad se perciba a sí misma como víctima. Los principios garantistas característicos del Derecho Penal tradicional, son interpretados como obstáculos que se oponen a la solución "del problema de la delincuencia".

Estos bienes jurídicos de amplios, abstractos y colectivos, producen que se desplace el objeto de la tutela penal desde el sujeto hacia complejos funcionales. Básicamente, antes que bienes jurídicos, protege funciones, como la actividad administrativa del Estado, produciéndose una administrativización del Derecho Penal, pues cada vez es más creciente la tipificación de delitos en sectores reguladores de la intervención estatal o la actividad privada en campos como el de la salud, la construcción y la economía en general. Un claro ejemplo de administrativización de esta disciplina es el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, el cual erige como objeto de protección el monopolio de la autoridad administrativa en el control de las armas.

Este delito constituye una verdadera exageración del imperativismo de la norma por lo difuminado y genérico de su bien jurídico, y por su tipificación como delito de peligro abstracto, castigándose por tanto una mera inobservancia de una norma organizativa, pretendiéndose con ello el mero mantenimiento de la vigencia de la norma. Su consecuencia es manifiesta pues, como todo normativismo, es una fachada de argumentaciones circulares, de conceptos vacíos, libres de empirismo, que en realidad no resuelven el problema jurídico, sino que sólo lo

¹⁶² RODRIGUEZ RAMOS, Luis. "Los riesgos de lo abstracto en el Derecho Penal (El delito de contaminación ambiental en el CP español como ejemplo)", Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, Número 5, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, año 2003, pág. 79.

parafrasean, lo cual es relleno a gusto por el legislador con un contenido puramente decisionista

Un Derecho Penal democrático y con un Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito en ningún ordenamiento que se establezcan reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso, por tanto, no es posible fundamentar legítimamente ningún “Derecho Penal del Enemigo”.

Respecto del análisis efectuado a los delitos de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego, tanto permitidas como prohibidas, podemos concluir que los bienes jurídicos protegidos son dos: la seguridad ciudadana y la Administración Pública (manifestada ésta en el monopolio del control de las armas por parte de la autoridad administrativa). Ambos bienes jurídicos son de carácter colectivo y de contenido abstracto, no condiciéndose con el principio de lesividad.

En nuestra opinión, estos bienes jurídicos no son merecedores de protección penal, y su infracción debe castigarse con sanciones de tipo sancionatorio administrativo. Y como lo desarrollamos en extenso, la seguridad ciudadana se cautela de mejor forma con medidas de carácter preventivo de tipo político–social, siendo ineficaz la vía punitiva.

Asimismo, del estudio realizado podemos concluir que su naturaleza jurídica es la de un delito formal o de simple actividad como es la tenencia de un arma de fuego con prescindencia de la autorización e inscripción. Y es un delito de peligro abstracto, lo cual queda claro con la derogación del inciso segundo del artículo 9° de la Ley sobre Control de Armas, disposición que permitía el sobreseimiento o absolución si de la prueba allegada al proceso se podía presumir que las armas no tenían por objeto atentar contra el orden público, contra las Fuerzas Armadas y contra la Seguridad Pública o cometer otros delitos.

Ahora, la tenencia de armas sin la correspondiente autorización e inscripción siempre se presume peligrosa, y merecedora de sanción punitiva, atentando claramente contra los postulados mínimos y garantistas de Derecho Penal que han imperado en casi toda nuestra tradición jurídico penal, tal como el bien jurídico como límite del ius puniendi y el principio de inocencia, ya que en los delitos de peligro abstracto se invierte la presunción de inocencia. Lo cual es altamente cuestionado por la doctrina comparada por su dudosa constitucionalidad.

Estimamos extremadamente alta la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, una pena que va desde los 541 días a los 10 años de presidio, para el autor del delito de tenencia ilegal de armas de fuego permitidas, atendido que no se lesiona materialmente ningún bien jurídico, y que no se trata más que de una infracción de naturaleza más bien administrativa, que constituye una aplicación clara de Derecho Penal del Enemigo, como lo señalamos anteriormente.

Las mismas críticas formuladas valen para el delito de posesión de armas de fuego prohibidas, delito que también vio incrementada su penalidad sin un fundamento dogmático ni político criminal, y que además vio ampliado su tipo penal en cuanto al número de conductas sancionadas, incluyéndose dentro de este tipo a las armas de fuego con sus números de serie adulterados o borrados y las armas de fabricación artesanal. Modificaciones que son una clara manifestación del Derecho Penal del Enemigo, puesto que estas armas no constituyen en sí mismos elementos necesariamente más peligrosos o destructivos, sino que su inclusión en este tipo penal obedece a las características del sujeto activo, debido a que este tipo de armas son usadas generalmente por los delincuentes para cometer delitos o facilitar su ocultamiento. Al ser una legislación de “combate a la delincuencia”, se busca sancionar al delincuente que

es el “enemigo” con una pena considerablemente mayor que la pena establecida en el artículo 9° para las armas del mismo tipo pero sin dichas adulteraciones.

Asimismo se incorpora como arma prohibida a las bombas molotov. Inclusión que, si bien es lógica en el sentido de que no puede ser un arma sujeta a control, asigna una pena demasiado alta, para un tipo de bombas que no tiene un poder destructivo comparable al resto de bombas sancionados por el artículo 13° de la Ley sobre Control de Armas. El mantenimiento de esa sanción obedece también a las características de su sujeto activo, por ser bombas utilizadas generalmente por grupos que realizan protestas en demandas de tipo social, siendo estos “vándalos” enemigos declarados del poder político.

Con lo anterior, no buscamos la impunidad de los daños que pueden ocasionar a la propiedad pública o privada o a personas con este tipo de bombas, sino que apelamos a criterios objetivos para determinar su sanción, como tomar en cuenta su poder destructivo y no las características del autor.

3. Respecto de la aplicación de la legislación sobre control de armas por nuestros tribunales de justicia.

Se desprende del análisis de la jurisprudencia que (afortunadamente) nuestros tribunales de justicia no han seguido la tendencia propugnada por el legislador. Esto ha creado variados conflictos entre ambos poderes del Estado, manifestadas principalmente a través de variadas críticas de determinados sectores políticos a través de los medios de comunicación. Manipulan la opinión pública, con frases como “la puerta giratoria de la delincuencia” en los tribunales, olvidando que quien tiene el poder persecutorio es el Ministerio Público y éste es quien tiene que lograr, a través de los medios de prueba que franquea la ley, la

convicción en el tribunal fuera de toda duda razonable de que se ha cometido un delito y de que en él le cabe participación culpable a la persona que se acusa.

El descontento de los parlamentarios se manifiesta en el hecho de que los tribunales de justicia al resolver estos asuntos, han aplicado esta legislación de excepción a la luz de los principios que rigen el Derecho Penal tradicional, como el principio de lesividad del bien jurídico protegido, el principio de culpabilidad, principio de inocencia respetando la carga de la prueba, etcétera, absolviendo en varias causas por dichos motivos, ya sea por error de prohibición, por aplicar un concepto restringido de arma de fuego, no considerándose tal aquella que no tenga la aptitud de ser disparada, la cual por ello atentaría contra el bien jurídico protegido, se radica la carga de la prueba en el ente acusador, etc..

4. Propuesta.

En nuestra opinión, y como ya lo señalamos anteriormente, el Derecho podría, en esta línea, indagar posibilidades de sustituir a las sanciones como medio de garantía de expectativas, dando entrada a otros remedios institucionales menos gravosos para los destinatarios. Pueden ser incluso perfectamente reemplazadas por la operación de otros subsistemas, como la educación, con su generación de susceptibilidades de obediencia individual, o el sistema político, en la medida que puede planificar una política criminal preventiva.

Y respecto a la construcción dogmática a seguir, proponemos la estructura finalista de Welsel, pero complementada con los aportes que ha hecho la dogmática jurídico penal, como por ejemplo, la teoría normativa de la imputación objetiva. No sólo eso, sino que además, los principios normativos se deben desarrollar de tal modo que se consideren las estructuras ontológicas

El Derecho debe tomar en cuenta la realidad. Como señala Schünemann:

“los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide que estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en el ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante”¹⁶³.

Pero, por sobre todo, los pilares sobre los cuales se hace la construcción dogmática, deben ser los siguientes principios limitadores del ius puniendi:

- **El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos**, llamado también de lesividad,

“según el cual el Derecho Penal debe intervenir sólo ante la lesión o amenaza inmediata o próxima para concretos bienes jurídicos, descartando la posibilidad de castigar por conductas de mera desobediencia, de simple desviación moral o de mera marginalidad por la conducción de vida de los ciudadanos, que no afecten a bienes jurídicos. Donde sólo pueden tener la calidad de bienes jurídicos aquellos intereses que de una forma empírica se demuestre que pueden ser dañados, de allí el reparo que se hace a la tipificación de los delitos de peligro abstracto.”¹⁶⁴

Además el bien jurídico:

¹⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre ontologismo y...”, pág. 661

¹⁶⁴ NOVOA ALDUNATE, Eduardo, op. cit, pág. 193.

“debe ser merecedor, necesitado y capaz de protección penal, lo anterior significa que el Estado debe renunciar a su empleo cuando, conforme a un diagnóstico político criminal serio, sea inoperante, contraproducente o inadecuado para prevenir el delito, ya que entonces supondría un mal injustificado, en cuyo caso habrá que dejar paso a otra reacción más eficaz.”¹⁶⁵

- **El principio de culpabilidad**, el cual en términos de Roxin es el fundamento y la medida de la pena. En otros términos, no hay pena sin culpabilidad y la pena debe ser proporcional al grado de reproche que pueda hacerse al autor, lo cual lleva a rechazar supuestos de responsabilidad objetiva.
- **Principio de Intervención mínima o ultima ratio**, según el cual se debe renunciar a emplear recursos de carácter penal si, en términos de prevención, igual o mejor resultado puede lograrse con sanciones más suaves que las penales.
- **Carácter fragmentario del Derecho Penal**, significa que no se deben proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las figuras lesivas a los mismos, sino solo los ataques más graves e intolerables a los intereses sociales o personales más importantes

“El abandono de estos principios limitadores del derecho a castigar del Estado – prefiriéndose la amenaza de la pena y las medidas de seguridad a otros recursos – es sin duda el camino más cómodo y menos gravoso para el Estado, pues lo exime de tener que asumir vías alternativas de prevención del delito o de implementar políticas claras dirigidas a su evitación o disminución, que muchas veces

¹⁶⁵ NOVOA ALDUNATE, Eduardo, op. cit, pág. 193.

*requieren de gastos en infraestructura que el Estado es renuente a adoptar*¹⁶⁶.

¹⁶⁶ NOVOA ALDUNATE, Eduardo, op. cit, pág. 195.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

ARIAS, Manuel, **“Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo”**, en www.unifr.ch/ddp17derechopenal.

BARATTA, Alessandro, **“Criminología Crítica y Política Penal Alternativa”**, en Revue International du Droit Penal, N° 1, año 1978.

BARATTA, Alessandro, **“Integración-Prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistemica”**, en Revista Doctrina Penal, año 8, N° 29, año 1985.

BELESTÁ, Luis, **“Aproximación al estudio del delito de tenencia de armas prohibidas”**, En Revista de Derecho y Proceso Penal, N° 9, Editorial Aranzadi, Pamplona, año 2003.

BINDER, Alberto, **“Política Criminal: de la formulación a la praxis”**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, año 1997.

BLANCO S. Javiera y VALDIVIA R Claudio, **“Comentarios al proyecto legislativo que modifica la ley N° 17.798 sobre control de armas”** en <http://www.pazciudadana.cl/documentos/controldearmas>. PDF, 2004.

BULLEMORE, Vivian. **“Curso de Derecho Penal, Tomo I, Parte General”**, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, año 2005.

BULLEMORE, Vivian, **“Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito”**, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, año 2005.

BULLEMORE, Vivian Y MACKINNON John, “**Fin y función del Derecho Penal y de la pena: Las teorías de la pena**”. En Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 1, año 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “**Derecho Penal del Enemigo y delitos de terrorismo**”, En Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, N° 3, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, año 2003.

CEA CIENFUEGOS, Sergio y MORALES CONTARDO, Patricio, “**Control de armas: Manual de aplicación de la ley N° 17.798**”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, año 2006.

CESANO, José Daniel, “**Discursos de emergencia y política criminal: tendencias de la política criminal argentina en los albores del siglo XXI**”, En cuadernos de Política Criminal, segunda época, N° 86, CESEJ, Madrid, España, 2005.

CURY, Enrique, “**Derecho Penal, Parte General, Tomo II**”, 2ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, año 1992.

DE PALMA, Anthony “**Las Américas Cortejan un Grupo que Cambió a Nueva York**”, crónica publicada en el New York Times, el 11 de Noviembre de 2002. www.manhattan-institute.org.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “**El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena**” En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, XXXV, N° 103, año 2002. En: www.ejournal.unam.mx

DUCE, Mauricio, **“La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal”** en “Nuevo Proceso Penal”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, año 2000.

ETCHEBERRY, Alfredo, **“Derecho Penal”**, Tomo II, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2004.

FERRAJOLI, Luigi, **“El Derecho Penal Mínimo”** En: Prevención y teoría de la pena, Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile, año 1995.

GARRIDO MONTT, Mario, **“Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y participación”**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1986.

HABERMAS, Jürgen, **“El discurso filosófico de la modernidad: Doce lecciones”**, Ed. Taurus, Madrid, año 1989.

GRACIA MARTIN, Luis, **“Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo”**, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 07–02, año 2005, www.crimenet.es/recpc.

HASSEMER, Winfried. **“Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos”** en “Pena y Estado. Función Simbólica de la Pena”, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, año 1995.

HASSEMER, Winfried, **“Fundamentos del Derecho Penal”**, Trad. por F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona, año 1984.

HIDALGO CAPITÁN, Antonio, **“Hacia una Economía Global Postmoderna. La economía mundial como sistema socioeconómico autopoiético”**, en Cinta de

moebio N° 17, Septiembre de 2003, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile. www.moebio.uchile.cl/ .

JAKOBS, Günter, “**Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación**”, Ediciones Jurídicas Marcial Pons., Madrid, España, año 1995.

JAKOBS, Günter, “**Estudios de Derecho Penal**”, Editorial Civitas, Madrid, año 1997.

JAKOBS, Günter, “**Fundamentos del Derecho Penal**”. Traducción de Manuel Cancio Meliá; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año1996.

JAKOBS, Günter/ CANCIO MELIÁ, Manuel, “**Jakobs/Cancio Melia, Derecho Penal del Enemigo**”, Editorial Civitas, Madrid, año 2003.

LUHMANN, Niklas, “**El concepto de sociedad**”, en “Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.” Editorial Trotta. Madrid, año 1998.

MATURANA, Humberto y VARELA Francisco, “**De maquinas y seres vivos**”, Editorial Universitaria, 1995.

NOVOA ALDUNATE, Eduardo, “**Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del ius puniendi estatal y la expansión del derecho penal**”, en Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, N° 15 año VII, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, año 2007.

PIERATTINI MIGUELES, Giovanni. “**Estudio de los delitos de posesión y porte de armas de fuego y artefactos explosivos en la ley 17.798, sobre control de armas y explosivos**”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en

Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 1975.

POLITOFF, Sergio, **“El delito de apropiación indebida”**, Nueva Edición, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, Chile, año 1992.

PRIETO, Evaristo, **“Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social, Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal”**, en “DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho”, N° 23, año 2003. www.cervantesvirtual.com.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis. **“Los riesgos de lo abstracto en el Derecho Penal (El delito de contaminación ambiental en el CP español como ejemplo)”**, Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, Número 5, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, año 2003.

ROXIN, Claus, **“Política criminal y sistema del derecho penal”**, editorial Bosch, Barcelona, año 1972.

ROXIN, Claus, **“Transformaciones de la Teoría de la pena”** En: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina, año 2002.

ROXIN, Claus. **“Problemas actuales de la política criminal”** en Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal. Traductor Dr. Enrique Díaz–Aranda, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie ensayos jurídicos núm. 1, México D.F., año 2001.

SARTORI, Giovanni, **“Partidos y Sistemas de Partido”**, Alianza Editorial, Madrid, España, año 1980.

SCHÜNEMANN, Bernd, “**Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**”. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX, Madrid, año 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd, “**La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico -penal**”, En Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología, Editor: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, año 2001.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. “**Política criminal y persona**”, Editorial Ad.Hoc, Buenos Aires, Argentina, año 2000.

ZAFFARONI, Eugenio, “**El enemigo en el Derecho Penal**”, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio, SLOKAR Alejandro y ALAGIA Alejandro, “**Derecho Penal. Parte General**”, Editorial Ediar, Buenos Aires, año 2000.

PÁGINAS DE INTERNET

www.bcn.cl : Página de la Biblioteca del Congreso Nacional

www.cervantesvirtual.com. : Página de la Biblioteca virtual de Miguel de Cervantes.

www.crimenet.ugr.es/recpc/ : Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología.

www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/boletin_mderecho110.html:

Revista electrónica de Derecho Comparado de la UNAM.

www.ine.cl : Página del Instituto Nacional de Estadísticas

www.pazciudadana.cl/: Página de Paz ciudadana

www.unifr.ch/ddp1/derechopenal : sitio “derecho penal” de la universidad de Friburgo, Suiza.

www.moebio.uchile.cl/ : Página de Revista Cinta de moebio de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile.

TEXTOS LEGALES

- Constitución Política de la República de Chile 1980, Edit. Jurídica de Chile, 2007.
- Código Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 17° Edición, 2001.
- Código Procesal Penal, Editorial Lexis Nexis, 2006.
- Ley N° 17.798, sobre control de armas.
- Reglamento de la Ley 17.798 sobre control de armas.
- Código de Justicia Militar, Editorial Lexis Nexis, 2006
- Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial, abril y junio de 1972.

– Primer Informe de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana, recaído en el proyecto de ley que modifica la ley n° 17.798, sobre control de armas, con objeto de establecer mayores exigencias para inscribir un arma y prohibir el porte de la misma, entre otras modificaciones, en primer trámite constitucional, Cámara de Diputados, de fecha 8 de Marzo de 2001.

– Informe de la Comisión de Defensa Nacional, recaído en el proyecto de ley que modifica la ley N° 17.798, sobre control de armas, en primer trámite constitucional, Cámara de Diputados, de fecha 2 de Marzo de 2004.

– Informe de la Comisión de Defensa Nacional, recaído en el proyecto de ley, que modifica la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, en segundo trámite constitucional, Senado, de fecha 16 de Julio de 2004.

JURISPRUDENCIA

Gaceta Jurídica, Editorial LexisNexis

Base de datos on-line: www.lexisnexus.cl