



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

EL DELITO DE ENTREGA DE ARMAS A MENORES DE LA LEY N° 17.798 SOBRE
CONTROL DE ARMAS

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA PAZ ADAROS VARELA
PROFESORA GUÍA: MYRNA ROXANA VILLEGAS DÍAZ

Santiago de Chile

2019

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, Xavier, María Luisa, Natalia y Antonia, y a Carlos, por su apoyo y amor incondicionales, sin los cuales esto no hubiese sido posible.

A la profesora Myrna Villegas, por haber confiado en mí y haberme dado la oportunidad de trabajar con ella, sin conocerme.

Al Programa Fondecyt, pues esta tesis se realizó en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1170068, “La ley de control de armas y sus reformas. La eficacia de la herramienta punitiva v/s las garantías”, del cual la profesora Myrna Villegas es investigadora responsable.

TABLA DE CONTENIDOS

1. RESUMEN	vii
2. Introducción	9
3. Capítulo I: el bien jurídico protegido y la naturaleza jurídica del delito de entrega de armas a menores	15
4. Capítulo II: tipo objetivo en el delito de entrega de armas a menores	37
4.1. Art. 10 inciso 4.....	40
4.2. Art. 10 A.....	44
5. Capítulo III: el tipo subjetivo en el art. 10 A. ¿Dolo o culpa?	47
5.1. Tipo subjetivo en el inciso 1	48
5.2. Tipo subjetivo en el inciso 2.....	48
5.3. Tipo subjetivo en el inciso 3.....	49
5.3.1. Excurso: la conducta imprudente sancionada con multa administrativa	52
6. Capítulo IV: penalidad asignada a los delitos del inciso 1 y 2 del art. 10 A	58
6.1. El principio de proporcionalidad.....	58
6.2. Proporcionalidad de la pena frente a las distintas hipótesis comisivas	64
6.3. La pena del art. 10 A frente a la conducta atípica del receptor menor de 14 años	68
6.4. La pena frente al delito cometido por el menor en que el autor es partícipe, en conformidad al art. 17 B.....	69
7. Capítulo V: el delito de entrega de armas a menores en el derecho comparado	72
7.1. Argentina	72
7.2. Perú.....	72
7.3. Colombia	73
7.4. Brasil	74
7.5. Reino Unido.....	75
7.6. Estados Unidos.....	76
8. Conclusiones	79
9. Bibliografía	85

1. RESUMEN

El presente trabajo estudia el delito de entrega de armas a menores que contempla la Ley N° 17.798, incorporado por la reforma de la Ley N° 20.813 del año 2015. Para ello se atiende a los bienes jurídicos supraindividuales que protege, la seguridad colectiva y la integridad de la infancia, y su naturaleza de delito de peligro abstracto, categorías sumamente criticadas por la doctrina a la luz del principio de lesividad. Asimismo, se estudia su tipo objetivo y subjetivo, así como las penas previstas y su análisis desde el prisma del principio de proporcionalidad. Finalmente se revisa la legislación comparada, para terminar concluyendo que la figura responde a una pura manifestación de Derecho penal simbólico, debido a su deficiente configuración y nula aplicabilidad práctica, de acuerdo a lo manifestado por los intervinientes del sistema penal.

2. Introducción

La preocupación político-criminal por el control de las armas en el ámbito nacional no es reciente. La Ley sobre Control de Armas (en adelante “LCA”) N° 17.798 que aún nos rige data del año 1972, pero sus antecedentes son incluso anteriores.¹

Sin perjuicio de ello, el tema ha seguido suscitando el interés del legislador. Habiendo sufrido diversas reformas (ocho modificaciones entre su dictación y la actualidad) ha sido la más importante, tanto en contenido como en efectos prácticos, la introducida por la Ley N° 20.813 del año 2015, mediante la cual se materializó de forma definitiva el cambio en la ratio legis que la fundamentaba y que ya se había asentado a partir de la reforma de la Ley N° 20.014 de 2005².

La Ley del año 1972 tenía como fundamento la lucha contra los grupos armados que buscaban desestabilizar el Estado y atentarse contra la seguridad nacional.³ En cambio, las reformas sucesivas y en particular la del año 2015 muestran que la legislación se enmarca en la lucha contra la delincuencia común,⁴ preocupación transversal al espectro político: el antecedente inmediato de la reforma fue el Acuerdo Político y Legislativo en materia de Seguridad Ciudadana, suscrito por la Presidenta de la República Michelle Bachelet, representantes del gobierno, los presidentes de los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y senadores y diputados de todas las bancadas.⁵

Dicho acuerdo buscaba la modificación de la Ley N° 17.798 en dos aspectos fundamentales: la incorporación de una medida cautelar de prohibición de tenencia, posesión o porte de armas de fuego y el establecimiento de penas graves a quien proveyera de armas a menores de edad.⁶

¹ CEA, S., y MORALES, P. Control de Armas. Manual de aplicación de la ley 17.798 y su reglamento complementario. 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2018, p. 2.

² VILLEGAS, Myrna. La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813. En prensa. Política Criminal 14(28). Edición abierta, p. 3.

³ CEA y MORALES, op. cit., p. 7.

⁴ VILLEGAS, op. cit., pp. 2 y 3.

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.813, Modifica ley N° 17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal [en línea] <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/45157/2/HL20813.pdf>> [consulta 18 marzo 2019], p. 4.

⁶ *Ibíd.*, p. 5.

Sin perjuicio de ello, la Ley N° 20.813 reformó más de lo pretendido inicialmente, modificando globalmente el estatuto de la LCA. Así:

“(…) afectó no solo a la Ley N° 17.698 sino también al Código Penal, al Código Procesal Penal, y a la Ley N° 18.216 sobre penas sustitutivas a las penas privativas y restrictivas de libertad. En general las reformas pueden agruparse en cinco grandes áreas:

- a) Control de armas y elementos similares, que comprende no solo el control en sentido estricto, sino, asimismo, precisiones en los elementos prohibidos, y el cómo se asegura el legislador que se cumpla.
- b) Reforma a tipos penales existentes, nuevos tipos penales y agravaciones: tenencia y porte de armas de fuego, colocación de artefactos explosivos, disparo injustificado de armas, figuras nuevas y agravaciones en relación a la tenencia de armas por menores.
- c) Alteración de reglas ordinarias de penalidad: imposibilidad de construir concursos ideales, no aplicación de los arts. 65 a 69 del CP.
- d) Aspectos adjetivos: cambio en la competencia, desde ahora los tribunales militares ya no son más competentes para conocer de los delitos que se cometan en virtud de esta ley.”⁷

Pero más allá de ello, es de interés de este trabajo ahondar en uno de los fundamentos originarios de la regulación: el tratamiento penal a quien provea de armas a menores de edad, al que la LCA se refiere en dos disposiciones distintas.

En primer lugar, el art. 10 inciso cuarto establece una agravante en caso de distribución, entrega, oferta o celebración de convenciones con o para poner a disposición de menores elementos controlados por quien no tiene autorización, o de elementos no regulados o prohibidos (los descritos en el art. 3). No se trata de un delito independiente, sino de una agravación del delito de tráfico de armas establecido en el art. 10 incisos primero, segundo y tercero. Sin embargo, la redacción induce a confusión, al no explicarse por qué solo se incluyen algunos tipos penales de los señalados en el art. 10 (fabricar, armar, elaborar, adaptar, transformar, importar, internar en el país, exportar, transportar, almacenar, distribuir, ofrecer, adquirir o celebrar convenciones) y no otros, y además tampoco se explica la incorporación de la conducta “entregar”, que no aparece en los incisos previos.⁸

Luego, el art. 10 A establece el delito de entrega a un menor de un elemento regulado por quien se encuentra autorizado de acuerdo al art. 4 (inciso primero), el de permitir por el padre o tutor autorizado que un menor tenga en su poder un elemento (inciso segundo) y la figura culposa en que por mera negligencia del padre o tutor el elemento queda en poder de un menor, sancionada con multa administrativa (inciso tercero).

⁷ VILLEGAS, op. cit., p. 11.

⁸ CEA y MORALES, op. cit., p. 158.

Del tenor literal de las disposiciones aparece que éstas son perfectamente aplicables a ciudadanos no delincuentes, en virtud de no haberse hecho mención alguna en el tipo a la finalidad delictiva de la entrega. Este trabajo plantea que, atendiendo a la ratio legis que inspiró la reforma (el combate a la delincuencia) no era este un efecto buscado por el legislador.

Por otro lado, la alarma que el tópico suscitó en los legisladores para efectos de llevar a cabo la reforma es justificada en nociones de discutible rigor cuantitativo, en virtud de las inexactas y genéricas menciones a las cifras relativas al problema en la discusión legislativa. Las referencias abundan:

“En la Comisión varios diputados plantearon que es sabido que los jóvenes portan armas (...) muchas veces leemos en los diarios que un niño mató a otro menor al manipular un arma de fuego del padre o de la madre (...) “todos los años escuchamos de accidentes fatales que se producen en domicilios por un manejo o cuidado irresponsable de armas de fuego (...) una realidad que se ha vuelto habitual, cual es la entrega de armas a menores de edad para que cometan ilícitos (...) Se dice que los jóvenes portan armas, que se pasean con ellas por las calles. Esto es sabido, es público (...) Hay cabros que terminan cometiendo delitos que nunca pensaron perpetrar, por tener un arma y salir con ella a protegerse sin ser delincuentes. Yo conozco a muchos que lo hacen así (...) mucha gente plantea públicamente que en los sectores poblacionales los menores de edad utilizan armas”.⁹

Sin embargo, la realidad es otra: “de acuerdo a los datos proporcionados por el Ministerio Público, las cifras de menores que ingresaron al sistema por delitos de la Ley N° 17.798 dan cuenta que son muy inferiores a las de los adultos, y que tampoco experimentaron aumento significativo en los años anteriores a la reforma de la Ley N° 20.813.”¹⁰

Sin poner en duda la validez de la preocupación que el tema sobre las armas y los menores suscita, en consideración a la esencialidad del riesgo que conlleva su uso natural,¹¹ las decisiones de política criminal en torno al delito en estudio no tienen una base empírica verificable. Por ello, la estipulación del delito de entrega de armas a menores responde a la llamada “securitización”, entendida como el proceso discursivo por el cual un objeto de referencia (en este caso la tenencia de armas por menores) es declarado en peligro y necesitado de protección mediante el sistema penal, convenciendo a la sociedad de ello, y que tiene una fuerza discursiva de tal envergadura que los agentes que han intervenido en el proceso pueden salir políticamente beneficiados en el corto plazo, aunque nunca se haya tratado de un

⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit., p. 40, 105, 111, 174, 232, 235 y 621. Énfasis añadido.

¹⁰ VILLEGAS, op. cit., p. 22.

¹¹ BASCUR, Gonzalo. Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la ley 17.798 sobre Control de Armas. Política Criminal 12(23): pp. 533-609, 2017, p 534.

problema existencial de seguridad, y a pesar de que su implementación más que efectiva haya sido simbólica.¹²

En consideración de todas las disquisiciones anteriores, el ilícito plantea diversas interrogantes que esta investigación busca resolver.

En principio, cabe destacar que existen nudos problemáticos que recorren a toda la LCA, no limitándose al delito en estudio, como la aplicación del art. 17 B, que establece una regla de concurso real en su inciso primero e imposibilita aplicar la compensación de atenuantes y agravantes del Código Penal en su inciso segundo, y la eliminación de la pena sustitutiva,¹³ disposiciones que son aplicables a los casos del delito de entrega de armas a menores.

Luego, en particular, cada una de las disposiciones plantea diversas cuestiones, siendo objeto de estudio de esta investigación el bien jurídico que protege, su naturaleza jurídica, el tipo objetivo, los límites en cuanto al tipo subjetivo entre las distintas hipótesis planteadas, la penalidad asignada a los delitos, cuáles son los caracteres que diferencian la conducta imprudente establecida en el inciso 3 del art. 10 A, y cómo ha sido abordado el tema en el derecho comparado.

En cuanto al bien jurídico protegido, se sostiene se trata de un delito pluriofensivo, y que protegería, por un lado, la seguridad colectiva, y por otro la integridad de la infancia. Se pretende analizar críticamente su categoría de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, su delimitación y relación con el principio de lesividad, y la incorporación de los elementos enumerados en la letra a), b), c), d) y e) del art. 2, y las consecuencias de ello a la luz del principio de proporcionalidad. Sobre la naturaleza jurídica del delito, se trata de un delito de peligro abstracto. La legitimidad de esta categoría de delitos es sumamente discutida en la doctrina, por ello se buscará indagar en dichas discusiones y plantear todos los puntos problemáticos que presenta.

Se indagará en el tipo objetivo y en el subjetivo. En relación a este, se argumentará que la figura del art. 10 A es dolosa. No resultando tan evidente respecto de la figura del inciso segundo, siendo poco clara su distinción de la figura imprudente,¹⁴ se indagará en qué se diferencia en términos de culpabilidad con la del inciso tercero, que conlleva a un tratamiento

¹² BÖHM, María L. Securización. En: AMBOS, K., BÖHM, M. L., ZULUAGA, J. (Eds.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Alemania, Göttingen University Press, 2016, pp. 182 y 183.

¹³ VILLEGAS, op. cit., p. 46.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 23.

diferenciado al punto de someter una al estatuto del Derecho penal y la otra al del Derecho administrativo sancionador.

Con relación a la pena asignada, se buscará ilustrar qué justifica la diferenciación entre la conducta descrita en el inciso primero y segundo del art. 10 A, y su inciso tercero. En relación a la figura culposa sancionada con multa administrativa, se sostiene que parece una respuesta adecuada al fenómeno, ello en relación a los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad. Asimismo, se buscará dar cuenta de las dificultades que se plantean entre el delito de entrega de arma a menor y la posesión o tenencia ilegal del menor, así como el potencial delito que cometa con el elemento, habida consideración al inciso final del art. 10 A (que estipula que las sanciones dispuestas por los incisos anteriores son sin perjuicio de la que les corresponda a los menores en virtud de la Ley N° 20.084) y del art. 17 B.

Finalmente, en relación a la normativa en el derecho comparado, se indagará comparativamente cómo el delito ha sido abordado en distintas legislaciones. Se revisarán las normativas relacionadas de España, Argentina, Perú, Colombia, Brasil, Reino Unido y Estados Unidos.

En virtud de todo lo antes expuesto, la investigación que se propone plantea como hipótesis central que la incorporación del delito de entrega de armas a menores responde al derecho penal simbólico, desde una perspectiva crítica:¹⁵ no como aquel vinculado a los fines preventivo-especiales de la pena, de la confirmación del derecho y de la observancia de las leyes, sino como la aplicación instrumental del derecho penal y de la justicia penal y en que la función comunicativa predomina sobre la de protección de bienes jurídicos.¹⁶⁻¹⁷ Como corolario de lo anterior, se constatará la nula aplicación en la práctica de la figura delictiva, de acuerdo a los datos cuantitativos proveídos por los intervinientes del sistema penal.¹⁸

¹⁵ “Que las leyes (...) penales están vinculadas de una u otra forma a efectos simbólicos, no es en principio ningún reproche, sino que, al menos de acuerdo con la opinión contemporánea, es una simple obviedad”. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Nuevo foro penal (51): pp. 17-30, 1991, p. 19. La misma idea en DÍEZ RIPOLLÉS, José L. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En: ARROYO, L., NEUMANN, U., NIETO, A. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 149.

¹⁶ HASSEMER, op. cit., pp. 22 y 24.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª edición. Barcelona, Civitas, 2001, p. 21.

¹⁸ VILLEGAS, op. cit., p. 24.

Para efectuar en concreto el análisis crítico propuesto, se realizará una investigación teórica y documental, a través de un método analítico, examinando la configuración del delito de entrega de armas a menores, estudiando críticamente sus deficiencias y también las posibles causas de su inaplicabilidad práctica.

3. Capítulo I: el bien jurídico protegido y la naturaleza jurídica del delito de entrega de armas a menores

Precisar cuál es el bien jurídico protegido por el delito en estudio permitirá una mejor aproximación a su contenido.

Bien jurídico es “toda aquella realidad merecedora de tutela penal, por constituir un presupuesto valioso para la existencia de las personas, para su desarrollo en sociedad y para el funcionamiento de las sociedades”;¹⁹ aunque también ha sido entendido como “aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho”.²⁰

Esta investigación parte de la base de que el legislador solo puede echar mano al recurso del Derecho penal respecto de conductas que lesionen o pongan en peligro el funcionamiento de la sociedad, pero siempre orientada hacia el individuo y sus derechos,²¹ por lo que el Derecho penal sirve siempre a la protección de estos presupuestos de funcionamiento de la sociedad que son los bienes jurídicos, porque “la prohibición de una conducta bajo amenaza de pena que no pueda ser remitida a un bien jurídico, sería terror de Estado”.²² Esta garantía del Derecho penal se conoce como el principio de lesividad: “aquel según el cual la intervención punitiva solo tiene sentido para la protección de bienes jurídicos y en caso de que éstos sean afectados, sirve de criterio de referencia material sobre el cual predicar la antijuricidad o no de determinado comportamiento, además de ser un límite al momento de la atribución de responsabilidad.” La importancia de este principio radica en que “un derecho penal de protección de bienes jurídicos, reivindica la idea de derecho penal de acto, del respeto por las garantías, derechos fundamentales consagrados en la constitución y de la idea de desarrollo un Estado Liberal y Democrático de Derecho”.²³

¹⁹ BARRIENTOS, Deysi. Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Nuevo Foro Penal (84): pp. 90-136, 2015, p. 100.

²⁰ KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. InDret. Revista para el análisis del derecho (1): pp. 1-19, 2009, p. 7.

²¹ MANGIAFICO, D., ÁLVAREZ, D. Sociedad de riesgo y delitos de peligro abstracto. Reflexiones acerca de la tenencia de arma de fuego en la legislación argentina. Revista de Derecho Penal y Criminología (9): pp. 35-58, 2017, p. 3.

²² BARRIENTOS, op. cit., p. 92.

²³ *Ibíd.*, pp. 96 y 97.

Respecto al control de armas, el principio rector de la legislación ha sido siempre limitar su acceso por los particulares,²⁴ en virtud del monopolio del uso de la fuerza que le corresponde al Estado, que en nuestro ordenamiento ejercen las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad de acuerdo con lo previsto en el art. 103 de la Constitución Política de la República.²⁵

Por ello, son las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad las que ejercen el monopolio del uso de las armas; pero por excepción y mediante el cumplimiento de estrictos requisitos, se permite a los particulares su gestión bajo un régimen administrativo de control, que reposa actualmente en la Dirección General de Movilización Nacional y Carabineros.

En virtud de la excepcionalidad del régimen de gestión por la población, por una decisión del legislador chileno, todo acto fuera del marco regulado constituiría un ilícito de carácter penal,²⁶ estando el estatuto de lo administrativo sancionatorio reducido a su mínima expresión en esta materia. Dicha decisión, basada en la idea de combate a la delincuencia que inspiró la reforma de la Ley N° 20.813 (en relación con el uso de armas para la comisión de delitos), se enmarca en una política criminal de seguridad ciudadana, “cuyo protagonista es el delincuente clásico (contra la vida, integridad y propiedad) y que se basa en la sensación de inseguridad, el populismo penal y otorga sustantividad a las víctimas”.²⁷

En ese contexto, la LCA castiga la entrega a un menor de un elemento regulado o prohibido,²⁸ cuestión que en principio pareciese ser valorativamente neutra:²⁹ iniciar al menor en la posesión de dicho instrumento no importa comprometer la vida, la integridad física o la salud de ningún individuo en particular. En esa línea, “la posesión de un objeto no presenta, en sí misma, peligro alguno. Dicha posesión solo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la

²⁴ NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. En: SCHROEDER, F., ECKESTEIN, K., FALCONE, A. Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 40.

²⁵ Art. 103 inciso primero de la Constitución Política de la República: Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.

²⁶ BASCUR, op. cit., p. 536.

²⁷ VILLEGAS, op. cit., p. 4.

²⁸ En términos generales; más allá de los distintos verbos rectores del art. 10 inciso 4 y las figuras de omisión y negligencia del art. 10 A y del análisis más profundo de éstos que se hará en los capítulos sucesivos.

²⁹ BASCUR, op. cit., p. 537.

medida en que la posesión abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que puede conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto”.³⁰

Por ello, la infracción atenta contra la seguridad de otros bienes jurídicos, donde el contenido lesivo consiste en generar un riesgo común e indeterminado para intereses sociales.³¹ En ese sentido, según Roxin, se abriría una fuente de peligro para dichos intereses.³² El fundamento de la prohibición se relaciona, entonces, con las condiciones previas de disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos.³³

Así, el bien jurídico protegido es uno de carácter supraindividual o intermedio. No podría ser uno de carácter individual (mediante un adelantamiento de la punibilidad) en virtud del art. 17 B inciso primero: el riesgo común que importa el delito en estudio conforma un injusto independiente del resultado lesivo ocasionado por el empleo del elemento regulado o prohibido.³⁴ Sin perjuicio de ello, algunos autores defienden que el bien jurídico protegido en este tipo de delito es uno de carácter individual mediante el adelantamiento de la punibilidad: la falta de compromiso de un bien de esta naturaleza vulneraría el principio de lesividad.³⁵

Siendo el bien jurídico protegido la seguridad, se entiende por esta, genéricamente, al “conjunto de condiciones que garanticen la construcción, conservación y consolidación de la comunidad, permitiéndole avanzar hasta la concreción de su fin propio, que es el bien común”.³⁶ Pero al estudiar dicho concepto siempre es necesario preguntarse ¿seguridad para qué (o para quién)?, así como delimitar adecuadamente su contenido, porque el concepto de

³⁰ NESTLER, op. cit., p. 37.

³¹ SABADINI, Patricio. La posesión de armas de fuego en el derecho penal argentino. Conceptualización y distinción entre tenencia y portación, en función del incremento del riesgo de afectación y la no realización del derecho. En: SCHROEDER, F., ECKESTEIN, K, FALCONE, A. Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, parte General y Especial, y de Derecho procesal Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 143-163, p. 537.

³² ROXIN, Claus. Los delitos de tenencia. En: SCHROEDER, F., ECKESTEIN, K., FALCONE, A. Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 153.

³³ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pp. 122 y 123.

³⁴ BASCUR, op. cit., p. 538.

³⁵ MARDONES, Fernando. La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida [en línea] pp. 119-152. <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/11543-2.pdf>> [consulta 21 marzo 2019], p. 141.

³⁶ CEA y MORALES, op. cit., p. 8.

riesgo, y por ende el de seguridad, siempre está colmado de dificultades teóricas y políticas, aun cuando es manejado con las adecuadas cautelas metodológicas.³⁷

La preocupación político criminal en este tema, como se mencionó, partió en torno a la seguridad nacional, pero con las subsecuentes reformas, en especial la de la Ley N° 20.813, y particularmente en el caso del delito de entrega de armas a menores,³⁸ la preocupación muda hacia un bien jurídico relacionado a la delincuencia común y a la protección de la población, pero no hay consenso en la doctrina sobre su concepto. Se ha hecho mención de la seguridad colectiva y seguridad pública, de manera indistinta, no habiendo una distinción clara entre ambas nociones.

Por seguridad colectiva se ha entendido “un estado de cosas donde no existe una libre circulación de estos elementos debido al riesgo que implicaría la probabilidad de su uso no autorizado”.³⁹ Por seguridad pública, por otro lado, la incolumidad personal de los ciudadanos, esto es su vida, su integridad e incluso su patrimonio;⁴⁰ así como el estado que cautela “la posibilidad mediata de afectación a bienes jurídicos personales, como la vida, la integridad corporal, o la propiedad, pero entendida como dirigida a la colectividad toda”.⁴¹ También se ha entendido como “el complejo de las condiciones garantizadas por el orden público, que constituyen la seguridad de la vida, de la integridad personal, de la sanidad, del bienestar y de la propiedad, como bienes de todos y cada uno de los hombres y mujeres, independientemente de éstos en perspectiva individual.”⁴²

Como pone de relieve Villegas,⁴³ es clarificadora la distinción entre ambos que realiza Barrientos, quien entiende, por una parte, que la seguridad colectiva busca ser “garantía de evitación de daños de dimensión supraindividual o como sinónimo de tranquilidad colectiva”; y la seguridad pública, por otra, como aquel estado de cosas en que el individuo vive armónica y pacíficamente y el Estado le garantiza que la vida, la integridad corporal y la salud estarán exentas de lesión o peligro, mediante el imperio de la autoridad y las leyes. Entonces, la

³⁷ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* (20): pp. 129-149, 2006, pp. 132 y 134.

³⁸ La profesora Villegas opina que no existe un solo bien jurídico que informe a toda la LCA. Otros bienes protegidos serían la propiedad privada y el orden público. VILLEGAS, op. cit., p. 7.

³⁹ BASCUR, op. cit., p. 538.

⁴⁰ MARDONES, op. cit., p. 126.

⁴¹ SABADINI, op. cit., p. 403.

⁴² MANGIAFICO y ÁLVAREZ, op. cit., p. 50.

⁴³ VILLEGAS, op. cit., p. 6.

seguridad pública incorpora la noción de seguridad colectiva (como incolumidad de esos bienes jurídicos individuales) más una perspectiva de supraindividualidad conformada por el mantenimiento de la paz pública.⁴⁴

Se asume en este trabajo, entonces, que el bien jurídico protegido por el delito de entrega de armas a menores es la seguridad colectiva, entendiendo por tal el “bien jurídico supraindividual cuya protección penal estaría justificada por la posibilidad de afectación mediata a bienes jurídicos individuales de mayor relevancia (vida e integridad física)”.⁴⁵ Ésta seguridad tiene que ver con la expectativa, predicción o probabilidad que se tiene por la ciudadanía de la mantención de dicho estado de cosas considerado como valioso.⁴⁶

Pero esta consideración a la seguridad colectiva pareciese no ser la única a que atiende el delito, pues el receptor del elemento tiene una particular condición: debe tratarse de un menor de edad, tanto en el caso del art. 10 inciso cuarto como en el art. 10 A.

En principio pudiese parecer que la norma buscaría proteger la integridad física del niño, niña o adolescente y de su entorno, al proscribir que se le dé acceso a un arma; pero a mayor abundamiento pareciese que lo que involucraría es una noción más global de protección, que atiende a la infancia como un todo, entendiendo las perniciosas consecuencias de un generalizado acceso de armas a los menores. Esta última consideración se apoya en la idea de que no se trata de un delito de lesión, como sería el caso de que se sancionara al adulto que pone a disposición de un menor un arma si este resulta herido o muere, o si hiere o mata a otro, sino que se trata de un delito de peligro abstracto, en que solo la generación potencial del riesgo jurídicamente desaprobado, que el menor posea un elemento prohibido, implica que la disposición típica se satisface. Así, podría considerarse que esta especial consideración a la minoría de edad del receptor implica que el delito protege la seguridad de la infancia, entendida como un bien jurídico colectivo,⁴⁷ y no en consideración al menor específico.

La protección o especial consideración a la infancia como un bien jurídico independiente, en este caso de la seguridad colectiva, atiende a que esta etapa vital tiene caracteres que la diferencian de la necesidad de protección que tienen los adultos, y a la que

⁴⁴ BARRIENTOS, op. cit., pp. 123 y 127.

⁴⁵ VILLEGAS, op. cit., p. 8.

⁴⁶ PAREDES CASTAÑÓN, óp. cit., p. 131.

⁴⁷ DOLZ, Manuel Jesús. La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente. [en línea] *Diario la Ley*, 2018, N° 9189 <<http://elblogdedonbenito.blogspot.com/2018/05/la-infancia-como-bien-juridico.html>> [consulta 10 de septiembre 2019], p. 3.

hay que prestar especial atención. Por un lado, los menores carecerían, por la naturaleza de su desarrollo incompleto, de la experiencia y técnica necesaria para manipular un elemento prohibido, por lo que la tenencia en su poder sería en principio más peligrosa que la de un adulto; pero por otro, también es necesario atender a las consideraciones sociales, que son de especial relevancia en adolescentes. Así, “la pubertad y la adolescencia son etapas del desarrollo humano de suyo complejas, sobre todo en lo que respecta al aspecto social del mismo. Es una etapa donde, sobre todo, se busca reforzar el sentimiento de pertenencia y aparentar una pretendida madurez frente a los pares y superiores”.⁴⁸ Lo anterior eleva el riesgo en que los menores se encuentran al estar inmersos en contextos delictuales y criminógenos. Entonces, al poner a un menor de edad en contacto con elementos prohibidos se estaría desatendiendo la especial vulnerabilidad de la infancia considerada como grupo de personas con caracteres distintivos y especiales, y se daría una total indiferencia a su protección.⁴⁹

Esta atención primordial a la seguridad de la infancia estaría en concordancia con los compromisos internacionales adquiridos por Chile al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. La importancia de dicho instrumento es vasta, representando el consenso entre distintas culturas y sistemas jurídicos del mundo en cuestiones tan esenciales como “los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.”⁵⁰

De especial relevancia en el contexto normativo de la Convención resulta el principio del interés superior del niño,⁵¹ que se encuentra consagrado en su art. 3, que dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁴⁸ POLANCO, Daniel. Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación. *Política Criminal* 10(20): pp. 597-621, 2015, p. 602.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 602.

⁵⁰ CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (1): pp. 48-62, 1999, p. 50.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 49.

Este principio ha sido de difícil tratamiento en la literatura, siendo considerado como un concepto poco pacífico, de difícil concreción y que ha atraído la atención de muchos autores.⁵² Para salvaguardar las problemáticas que entorno a su conceptualización se suscitaron y buscando evitar cualquier tipo de arbitrariedad o abuso del derecho,⁵³ el Comité de los Derechos del Niño adoptó, el 29 de mayo de 2013, la Observación General n°. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

En cuanto a su definición, siendo esta problemática, se ha llegado a cierto consenso doctrinal: “desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del ‘interés superior del niño’ y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos (...)”.⁵⁴ Asimismo, la Corte Suprema ha afirmado que se trata de “un concepto jurídico indeterminado y de contornos imprecisos que se delimita por las circunstancias de cada caso en particular y, en la especie, por aquello que resulte más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales del niño y posibilitar la satisfacción de todos los requerimientos de una vida normal orientada al equilibrado desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, contención y formación integral”.⁵⁵ Por tanto, la certeza positiva de dicho principio se basa en que al menor de edad le interesa, ante todo, preservar su integridad física y moral, así como garantizar el desarrollo integral de su personalidad.⁵⁶

Se trataría en definitiva de una cláusula general que se encuentra presente y se proyecta a todo el sistema jurídico,⁵⁷ como un principio general del derecho vigente en nuestra legislación desde la incorporación al ordenamiento de la Convención de los Derechos del Niño.⁵⁸

⁵² RAVETLLAT, I., PINOCHET, R. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho, 42(3): pp. 903-934, 2015, p. 2.

⁵³ *Ibíd.*, p. 904.

⁵⁴ CILLERO, op. cit., p. 55.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 10 de septiembre de 2014, en RAVETLLAT y PINOCHET, ob. cit., p. 904.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 921.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 917.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 908.

De la misma forma, se ha entendido que el principio es multidimensional. Por un lado, se le ha considerado como un medio de información, de integración y de interpretación,⁵⁹ y en esta última función, se entiende que los principios de la Convención deben ser interpretados sistemáticamente, porque en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.⁶⁰ Por otro, delimita las relaciones parentales de crianza y educación, y el deber del Estado de garantizar y apoyar dicha labor, en cuanto la orientación fundamental con que los padres ejercerán sus funciones es precisamente el interés superior del niño,⁶¹ entendiendo que los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, sino derechos limitados por los derechos de los propios niños.⁶²

La especial consideración al interés superior del niño ha sido un tema que ha abarcado todas las dimensiones del ordenamiento jurídico, particularmente el derecho civil, pero también en materia penal. Así:

“Todas las modificaciones legales que se han producido en el último tiempo y que se enmarcan dentro del proceso de adecuación de nuestra legislación interna a la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) van consolidando una sola convicción: interés superior del niño se identifica con la satisfacción de sus derechos. La Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, en su Art.16, al consagrar al interés superior del niño, niña y adolescente como principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal, señala que el objetivo es “garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”. El Art.2 de la Ley 20.084, de responsabilidad penal juvenil (LRPA), es tajante: “[e]n todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”.⁶³

El principio va dirigido a todas las personas, lo que sugiere que involucra a cualquier individuo que actúe o adopte decisiones que afecten directa o indirectamente a los niños, lo que incluye por cierto a los órganos legislativos y a los progenitores y tutores.⁶⁴

Bajo determinadas circunstancias la decisión de un tercero, o de un padre, madre o tutor de poner a disposición de un menor un arma de fuego o alguno de sus elementos, podría configurarse claramente como una vulneración a los derechos del niño niña o adolescente. Ya sea que dicha entrega se dé en un contexto de criminalidad, o de negligencia parental sobre las

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 905.

⁶⁰ CILLERO, *op. cit.*, p. 58.

⁶¹ Art. 10.1. de la Convención de los Derechos del Niño.

⁶² CILLERO, *op. cit.*, p. 60.

⁶³ GÓMEZ, Alejandro. Interés superior del niño: cuando el principio se transforma en obstáculo. [en línea] Seminario de Justicia Penal Adolescente, 2015, <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10741.pdf>> [consulta 5 de septiembre 2019], p. 1.

⁶⁴ RAVETLLAT y PINOCHET, *op. cit.*, p. 912.

necesidades y aptitudes del menor, nos parece claro que podría atentar contra el derecho de los menores no solo a la vida y a la integridad física, sino también a su integridad moral, en el sentido del derecho a no verse involucrados en actividades delictivas, y en ese contexto, al desarrollo de su personalidad libre de dichas cargas.

Pero dicho lo anterior, la disposición en comento es de una amplitud tal que permite abarcar situaciones distintas a las expresadas, por ejemplo la entrega de un arma en un contexto rural de caza, o de un cartucho vacío o un gas pimienta, último caso en que inclusive pudiese apreciarse el ánimo contrario: la excesiva preocupación del tercero, padre, madre o tutor por la seguridad del menor; si dicha conducta debe sancionarse con una pena privativa de libertad por contravenir el interés superior del menor y su derecho a una infancia protegida es discutible.

Poniendo de relieve que la situación del art. 10 inciso cuarto es distinta a la del art. 10 A, toda vez que sanciona la conducta de un tercero no autorizado y que se tipifica en el contexto del tráfico (que se relaciona eminentemente con el delincuente clásico y el contexto criminógeno) en ese caso la protección a la seguridad de la infancia se torna de primera importancia. Así, se entiende que la conducta de tráfico que involucra a menores no solo es reprochable desde el la antijuricidad de la conducta típica, sino que también desde un punto de vista social, porque expone al niño, niña o adolescente a contextos criminales en un momento de desarrollo vital de la persona,⁶⁵ y existe un reproche incrementado al adulto que no se inmuta ante la representación de poder inducir a una persona de desarrollo incompleto, que no es madura, a potencialmente cometer conductas ilícitas y la consiguiente corrupción que eso conlleva.⁶⁶

Pero esta investigación no cree que dicha disposición proteja un bien jurídico independiente, como la corrupción de menores a que hizo alusión el profesor Jean Pierre Matus en la discusión legislativa de la norma⁶⁷, porque buscar la evitación de contacto criminógeno del menor parte de la misma concepción de seguridad de la infancia, vista desde un enfoque global, como parte de su protección. Asimismo, no existen expresiones típicas en la disposición que indiquen alguna intencionalidad delictiva en la entrega, de modo que ello es

⁶⁵ POLANCO, op. cit., p. 528.

⁶⁶ CURY, Enrique. Derecho Penal, parte general. 10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p. 516.

⁶⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit., p. 693.

simple especulación. Lo sancionado es que el adulto no autorizado entregue al menor un elemento prohibido, con una finalidad indeterminada, que pudiese ser eventualmente recreativa, de seguridad o, también, delictiva.

En consideración a este bien jurídico protegido infancia, de lege ferenda se puede apreciar que, considerando la falta de mención en la disposición típica de resultados lesivos y de consideraciones a fines delictivos, la conducta se enmarcaría más dentro del contexto de las normas de crianza y relaciones paterno filiales, reguladas por el Código Civil, donde cuestiones como la aptitud de los padres para otorgar al hijo un contexto material y espiritual en el que desarrollar su vida y sus potencialidades y donde la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño, niña o adolescente cobran especial relevancia.⁶⁸

Pero más allá de lo antedicho, la conducta se encuentra tipificada con una sanción penal, de modo que la consideración a este bien jurídico protegido en conjunto con las circunstancias particulares del caso van a permitir al juez arribar a una solución justa y que se condiga con el fin protector de salvaguardar la integridad de los niños, niñas y adolescentes y su interés superior.

En virtud de lo expuesto, la figura tipifica un delito de carácter pluriofensivo: se busca proteger la seguridad colectiva, así como la seguridad de la infancia. Y se busca alcanzar dicho fin por la norma recurriendo a la figura del delito de peligro abstracto.

Los delitos de peligro abstracto han sido definidos como aquellos que “están concebidos como la prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro, sin que sea necesaria la verificación (en sede procesal) del peligro que se pretende evitar”.⁶⁹ Esta categoría de delito ha sido ampliamente discutida en la doctrina.

Existiendo perspectivas tanto que la defienden como otras que abogan por su ilegitimidad, lo cierto es que su tipificación es de antigua data (como afirma Nestler, la tenencia ilegal de arma de fuego es sancionada hace 70 años),⁷⁰ y su origen viene de la consideración a la frecuencia con que de los hechos descritos en este tipo de delitos se siguen

⁶⁸ Villegas cree que la conducta del inciso 2 y 3 del art. 10 A se refieren a disposiciones civiles relativas a los deberes de crianza. VILLEGAS, op. cit., pp. 23 y 24.

⁶⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean P., RAMÍREZ, María C. Lecciones de Derecho Penal chileno Parte General. 2ª edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 211.

⁷⁰ NESTLER, op. cit., p. 36.

riesgos no deseados. Su surgimiento exponencial se debe a que se le considera si no la única, la más eficiente herramienta para proteger los bienes jurídicos colectivos,⁷¹ y su “atractivo”, como indica Kiss, radica en que es más sencillo obtener una condena penal: su establecimiento implica la reducción de los presupuestos que deben probarse en el proceso para aplicarse una pena, no siendo necesario ejercer una actividad probatoria que acredite resultado, nexo causal ni dolo.⁷² Pero la fuerte crítica que ha recaído sobre ellos se debe a que, como afirma Nestler, “es en estos donde la relación entre la acción típica y el bien jurídico se muestra menos estrecha”.⁷³

Mangiafico y Álvarez afirman que en estos delitos es difícil establecer la lesión, por la vaguedad e imprecisión de su tipificación, y por su difícil materialización, y debido a esta descripción típica tan amplia, no se exigiría en el caso comprobarse la afectación al bien jurídico protegido. Ante la ausencia de alguna referencia a la puesta en peligro del bien jurídico, se ha entendido que el peligro se presume *iuris et de iure* de la conducta descrita en el tipo, limitándose la labor del juez a verificar que la conducta concreta se adecúa formalmente a la conducta tipificada.⁷⁴ Esto, en nuestro ordenamiento, es problemático desde dos perspectivas. Por un lado, por la consideración al delito como una pura contravención formal de la norma sin una consideración valorativa sobre si se produjo alguna afectación al bien jurídico; por otro, por la consideración al delito como de peligro presunto, lo que contraviene garantías penales plenamente vigentes: en caso de suponer que se trata de una presunción de derecho, se contravendría la prohibición constitucional de presumirse la responsabilidad penal sin admitir prueba en contrario, prevista en el art. 19 N° 3 inciso séptimo de la CPR; pero aun en caso de suponer que se trata de una presunción simplemente legal, se contravendría también la presunción de inocencia (art. 4 Código Procesal Penal, en adelante, “CPP”) y el principio *in dubio pro reo* (art. 340 inciso primero CPP).⁷⁵

Por ello, Mangiafico y Álvarez ponen de relieve que la sola existencia de un bien jurídico protegido (de carácter individual o colectivo) no es suficiente para despertar una

⁷¹ MANGIAFICO Y ÁLVAREZ, op. cit., p. 12.

⁷² KISS, Alejandro. Delitos de peligro abstracto y bien jurídico. En: SCHROEDER, F., ECKESTEIN, K., FALCONE, A. Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 175.

⁷³ NESTLER, op. cit., p. 37.

⁷⁴ MANGIAFICO Y ÁLVAREZ, op. cit., p. 13.

⁷⁵ BASCUR, op. cit., p. 539.

reacción punitiva, toda vez que debe cumplirse con el principio de lesividad, por tanto, este debe lesionarse o ponerse en peligro. Esto no ocurriría en los delitos de peligro abstracto, careciendo de antijuricidad material, y solo habiendo una antijuricidad formal de la conducta. Esto plantea problemas de legitimidad del delito a la luz de los principios que configuran el Derecho penal liberal, principalmente el principio de protección de bienes jurídicos, que postula “la necesidad de que los delitos se construyan sobre la base de la protección de un bien jurídico”,⁷⁶ del cual Roxin es acérrimo defensor, al entender que “un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente –para el legislador– solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”.⁷⁷

Desde el principio de protección y su función crítica se ha buscado realizar una labor interpretativa que permita introducir al tipo factores de conexión con el bien jurídico protegido. Se ha intentado limitar la consideración solo al desvalor de acción, basando el injusto exclusivamente en la peligrosidad (abstracta) de la conducta, entendida como la “posibilidad de que el hecho concreto generase una situación de peligro para otros intereses sociales”. La conducta debiese entonces ser apta ex ante (como una prognosis objetivo-posterior donde el juez se pone en el proceso desde la perspectiva de un observador promedio), “para eventualmente desencadenar un resultado de peligro para algún bien jurídico, lo cual quiere decir que el hecho ha de revestir de un mínimo de propiedades asociadas a la generación del riesgo que la norma intenta prevenir”. Se exige, por tanto, un potencial de daño, que en las armas y elementos regulados y prohibidos implica su aptitud para ser utilizado en calidad de tal.⁷⁸

Esta teoría ha sido llamada la del criterio de idoneidad, donde es necesaria y a la vez suficiente la ejecución de una conducta peligrosa idónea para producir peligro de un bien jurídico protegido.⁷⁹ Esta es además la perspectiva en que la jurisprudencia chilena ha aplicado

⁷⁶ MANGIAFICO Y ÁLVAREZ, op. cit., pp. 14, 15 y 16.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 14.

⁷⁸ BASCUR, op. cit., pp. 540 y 541.

⁷⁹ MANGIAFICO Y ÁLVAREZ, op. cit., p. 20.

los tipos de peligro abstracto tradicionales como el tráfico de estupefacientes y la conducción bajo los efectos del alcohol.⁸⁰

No obstante, esta teoría ha sido criticada desde dos consideraciones. Por un lado, al no producirse un resultado lesivo, “el juicio de peligro se basa en un error del observador, quien no conocía todos los hechos relevantes para un pronóstico correcto del curso causal”. Que el observador simulado errado tenga que ser fingido por el tribunal que ya sabe que no se produjo el resultado dañoso, parece grotesco, y por tanto no es posible fundar seriamente un injusto jurídico-penal en el error de un observador ficticio.⁸¹ Por otro lado, se critica la perspectiva remarcando que una de las características del delito de peligro abstracto es precisamente una “abstracción” o prescindencia de ciertos factores deliberadamente por el legislador, como la lesión o el peligro concreto, pero también la afectación a un bien jurídico. Interpretar un tipo penal es “analizar los conceptos y las formulaciones que contiene la ley, determinar los posibles sentidos que pueden inferirse de su tenor literal y seleccionar algunos de ellos conforme distintas pautas que aporta la teoría de la interpretación”, pero no implica sobrepasar estos límites para transformar o derogar la norma y así pasar por encima del juicio legislativo y contradecir su explícita decisión (de tipificar un delito de peligro abstracto). Asimismo, razonando que el bien jurídico protegido por los delitos de peligro abstracto es uno de carácter supraindividual o colectivo, entendiéndolo como la disposición racional libre de preocupaciones de bienes jurídicos clásicos, se produce una desmaterialización o espiritualización de la noción de bien jurídico que tiende a neutralizar la función crítica del principio de protección.⁸²

En oposición a lo anterior, dentro de las perspectivas legitimadoras de los delitos de peligro abstracto, están las de Kiss y la de Kindhäuser.

Por un lado, Kiss afirma que los delitos de peligro abstracto son definidos usualmente de forma negativa como “una forma de regulación penal que no incluye, entre los elementos del tipo, ni una lesión ni un peligro concreto sobre el objeto del bien jurídico”. En consecuencia,

⁸⁰ BASCUR, op. cit., p. 540.

⁸¹ KINDHÄUSER, op. cit., p. 9.

⁸² KISS, op. cit., pp. 182, 183 y 186.

no constituyen elementos del tipo ni la lesión ni la puesta en peligro concreto, “pues justamente estos elementos se han abstraído”.⁸³

El autor afirma que la concepción de peligro es en sí misma es elusiva, escapando a una definición científica. Sin perjuicio de ello, se destacan siempre dos factores: probabilidad de que se produzca un acontecimiento y que este sea desventajoso. Supone siempre cierto desconocimiento del observador que efectúa el pronóstico sobre los elementos que pertenecen a la cadena causal, porque de otra forma, utilizaría categorías como seguridad e imposibilidad. Se concibe a la conducta (portadora de peligro) como “un ejemplo de aparición de una clase de acciones”, pero teniendo el legislador conciencia al momento de prohibirla de que “muchas de sus manifestaciones particulares no habrán de reflejar, en concreto, ese peligro propio del juicio general”. En esta clase de delitos, por lo tanto, “el legislador selecciona entre las condiciones propia de una ley causal general, a través de la descripción típica, cuáles de ellas tienen que verificarse en concreto”. En atención a estos aspectos causales, el autor redefine el delito de peligro abstracto como aquel que, sumado a la ausencia entre los elementos del tipo de lesión o peligro concreto para el bien jurídico, describe en su configuración una conducta que pertenece a una “clase de acciones consideradas en general peligrosas con respecto a determinados bienes jurídicos”.⁸⁴

Por su parte, Kindhäuser afirma que la concepción tradicional de este tipo de delito se basa en el llamado “paradigma de la agresión”, que entiende que desde la planificación hasta la efectiva lesión hay estadios intermedios sancionables como delitos, como los de planificación o de posesión, donde cada uno de ellos es valorado en relación de su proximidad con la lesión. Pero este paradigma es criticado por el autor, quien en primer término observa que no se condice con la ley (alemana), estando conductas que representan estadios de proximidad con la lesión distintos, sancionados con igual pena; pero afirmando que su verdadera crítica concierne al contenido del injusto, entendido como lesión de la sustancia del bien jurídico, donde una puesta en peligro no podría nunca constituirlo: si el observador promedio ex ante es omnisciente y se produce la lesión, el injusto de peligro sería un mero estadio previo al de lesión; si no se produce, el injusto estaría basado en un error de un

⁸³ *Ibíd.*, pp. 166 y 167.

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 168, 170, 172 y 173.

observador ficticio. Por tanto, necesariamente el contenido de injusto del delito de peligro es autónomo del delito de lesión.⁸⁵

El autor reflexiona que poder gozar de un bien jurídico conforme a su fin no solo puede menoscabarse por la alteración de su sustancia, sino que, teniendo en consideración que los bienes jurídicos son medios de libre desarrollo del individuo, también cuando se afecta dicha función; y esta se afecta igualmente en la situación en la que solo depende de la pura casualidad que el bien sea o no menoscabado en su sustancia. En ese sentido, defiende el menoscabo autónomo en el delito de peligro abstracto, porque “los bienes no se pueden utilizar racionalmente como medio de libre desarrollo cuando no es suficientemente seguro que al emplearlos no serán dañados”.⁸⁶

Adscribimos, así, al planteamiento de Kindhäuser, que plantea que en este tipo de delitos “se trata de proteger ámbitos institucionalizados de la vida que son per se peligrosos o que son en gran medida susceptibles de abuso. En estos casos, los solos delitos de lesión son insuficientes, puesto que cada uno de estos ámbitos de la vida solamente puede funcionar cuando se cumplen estándares de seguridad”. Pero igualmente compartimos su prevención: “Si un comportamiento constituye un injusto y si este injusto es merecedor de pena son dos preguntas que hay que deslindar limpiamente. Sería perfectamente compatible con mi concepción sacar fuera del Derecho penal todos los delitos de peligro abstracto y asignarlos al Derecho de las infracciones administrativas.”⁸⁷

Por todo lo anterior, el recurso a la técnica de los delitos de peligro abstracto que efectúa la LCA debe justificarse en la búsqueda de la protección de las condiciones bajo las cuales la población pueda esperar que sus bienes jurídicos individuales no se vean afectados, en virtud de que el valor de estos bienes radica en su función de hacer posible la libertad, por lo que al ser menoscabados en dicha función, disminuye su valor; y esto es especialmente cierto respecto de los mismos menores involucrados, que tienen la expectativa de no ver afectados sus derechos más básicos como la integridad física o moral, pero también las condiciones que hagan posible el pleno desarrollo de su personalidad. Esta idea refuerza que el delito en estudio no se trate de afectaciones a bienes jurídicos individuales como vida o salud,

⁸⁵ KINDHÄUSER, op. cit., pp. 7, 8, 9, y 10.

⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 10, 13 y 14.

⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 18 y 16.

ya mediante el adelantamiento de la punibilidad, ya por la mayor o menor cercanía a la lesión de dichos bienes jurídicos, porque en atención a la definición dada (posibilidad de afectación mediata a bienes jurídicos individuales de mayor relevancia, o potencial de afectar la integridad o libre desarrollo de los menores), el hecho de no lesionarse ni remotamente la vida o la salud de un individuo no pone en entredicho la existencia del injusto: este se llena de contenido en “casos en los que ejemplarmente se habrían dado todas las condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiera encontrado en el mismo lugar”.⁸⁸

Las consideraciones anteriores plantean un sinnúmero de problemáticas que la idea de peligro abstracto para el bien jurídico protegido seguridad colectiva permite tamizar.

El delito consiste en poner a disposición de un menor de edad un elemento regulado o prohibido. El contenido del injusto radica, entonces, en el peligro común que entraña que un menor de edad esté en posesión de un arma u otro elemento regulado o prohibido, en atención a su insuficiente desarrollo y falta de aptitudes, y este peligro puede ser tanto para sí mismo como para su entorno. En ese sentido, el hecho principal es que el menor tenga o posea dicho instrumento, que puede ser de la más variada naturaleza: “material de uso bélico, armas de fuego, sus partes (por ejemplo, una empuñadura), sus dispositivos (un silenciador) y piezas (un cargador vacío), las municiones y cartuchos (ej. un cartucho de escopeta), sustancias químicas que sirven de base para la fabricación de explosivos (ej. pólvora), elementos lacrimógenos o de efecto fisiológico (ej. un spray de gas pimienta).”⁸⁹

Difícilmente puede apreciarse cómo entregar a un menor una empuñadura o un cargador vacío pueda comprometer las condiciones en las cuales las personas puedan esperar que sus bienes jurídicos individuales no sean afectados, o aun el mismo menor, su expectativa de tener derecho a desarrollar su vida en un ambiente libre de peligros para su integridad y el pleno desarrollo de su personalidad.

En ese sentido, en tales casos nos encontramos ante un problema de lesividad: si la conducta no compromete bienes jurídicos, entendiendo que en ese caso en particular no es peligrosa (ni siquiera en abstracto), no justifica su inclusión como una conducta sancionada penalmente con prisión; pues “al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del

⁸⁸ KINDHÄUSER, op. cit., pp. 10 y 15.

⁸⁹ VILLEGAS, op. cit., p. 22.

Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal”.⁹⁰ En virtud de ello, una solución adecuada a estos casos pudiese ser su devolución al derecho administrativo sancionador o al Derecho civil de familia, porque el Estado también puede satisfacer la necesidad de seguridad mediante el Derecho civil y el Derecho público, entendiendo que en los casos descritos la conducta no es inocua, pero responde más bien al incumplimiento de reglas de carácter administrativo o civiles de crianza.⁹¹

A mayor abundamiento, el Derecho administrativo sancionador no requiere al imponer una sanción que la conducta en particular comprometa un bien jurídico, por tanto, no es necesaria la revisión de la lesividad en el caso concreto. Pero prescindir de dicho análisis en sede de Derecho penal resulta inadmisibile, no pudiendo estar sancionada penalmente una conducta que implique “ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente (...). Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o –todavía mejor- peligro global”. Esto provoca asimismo una vulneración del principio de culpabilidad, porque al tratarse de un riesgo general o global, no es posible reconducirlo equitativamente a acciones de personas en concreto; y en definitiva también del principio de proporcionalidad de la sanción penal, al no haber lesión ni peligro atribuible a dicha conducta del sujeto en particular.⁹²

No obstante, igual problemática se presenta cuando los instrumentos que posee el menor tienen la posibilidad de afectar las condiciones en que los ciudadanos gozan de sus bienes jurídicos individuales de mayor relevancia (vida, integridad, salud), donde efectivamente existe un peligro abstracto verificable, más que uno presunto o global, como es el caso de que el instrumento facilitado sea, por ejemplo, un arma de fuego, material de uso bélico o un explosivo. En este caso, lo que ocurre es que estas conductas prohibidas penalmente tienen el carácter de generalmente peligrosas para el bien jurídico, pero pueden ser perfectamente inocuas en el caso concreto.⁹³

⁹⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Tomo I. Madrid, Civitas, 1997, p. 61.

⁹¹ VILLEGAS, op. cit., p. 24.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pp. 126, 127, 132 y 133.

⁹³ NESTLER, op. cit., p. 39.

Sumando lo anterior a otras consideraciones como las diversas hipótesis comisivas posibles y que la pena privativa de libertad deba ser cumplida efectivamente,⁹⁴ pareciera que lo adecuado a estos casos es una pena (penal) de multa, ya que, existiendo una relativización de los principios de garantía del derecho penal en este tipo de delitos, debería renunciarse a una conminación con prisión. Este reparo se puede contextualizar en lo que se ha llamado “derecho penal de dos velocidades”,⁹⁵ que introduce la idea de que allí donde se imponen penas privativas de libertad, especialmente de larga duración, debe mantenerse el rigor de los principios de garantía del Derecho penal y los presupuestos de imputación de responsabilidad. Parece una advertencia plenamente atingente al delito en estudio, principalmente a la agravación del inciso 4 del art. 10. De no ser así, podríamos estar en presencia de la llamada “tercera velocidad”, en que la pena de prisión se conmina y aplica con amplia relativización de las garantías, las reglas de imputación y de criterios procesales, que tiene íntima relación con el derecho penal del enemigo.⁹⁶

En otro aspecto en que los bienes jurídicos protegidos, como han sido entendidos, son clarificadores, es en relación a la distinción de penalidad entre el art. 10 inciso cuarto y art. 10 A. En principio la distinción parece orientada al contexto criminal en que las conductas de tráfico suelen desenvolverse, y que al momento de involucrar menores, pareciese agravarse; pero esta parece insuficiente, porque al radicar dicha agravación en una presunción de peligrosidad del facilitador que carece de autorización, se estaría obviando que no hay remisión en la norma a la finalidad de entrega, por lo que la atención necesariamente debe dirigirse al hecho de que la tenencia de parte de un menor de uno de los instrumentos descritos en la Ley implica siempre una posibilidad de afectación de las condiciones en que las personas gozan de sus bienes jurídicos individuales de primera línea como la vida o la integridad física, o aquellas condiciones en que los niños, niñas y adolescentes desenvuelven el pleno desarrollo de su vida y de su personalidad, con ausencia de la existencia de la autorización o el fin de entrega, debido a que el mismo potencial lesivo puede desencadenarse de la utilización del arma por el menor, con independencia de esa circunstancia.⁹⁷

⁹⁴ VILLEGAS, op. cit., p. 24.

⁹⁵ Latamente en SILVA SÁNCHEZ, op. cit., particularmente pp. 149 y ss.

⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 156, 157, 163 y 164.

⁹⁷ BARRIENTOS, op. cit., p. 127.

Pero el aspecto que más destaca es que pareciese ser que los bienes jurídicos protegidos seguridad colectiva y protección de la infancia se encontrarían suficientemente protegidos por el que llamamos el hecho principal: el propio y personal delito de posesión ilegal por parte del menor, y que si es menor de 18 años y mayor de 14, es responsable por este delito de acuerdo con lo prescrito por la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente. Si la Ley busca prevenir aquella peligrosidad común y abstracta que entraña la tenencia de un arma por un sujeto no habilitado para ello, por su inmadurez y falta de habilidad, la amenaza de pena respecto a este hecho pareciese bastar.⁹⁸

Finalmente, como se mencionó, una de las consecuencias de la reforma de la Ley N° 20.813 fue la incorporación del art. 17 B, que establece una regla de concurso real en su inciso primero e imposibilita aplicar la compensación de atenuantes y agravantes del Código Penal en su inciso segundo (inciso solo aplicable al caso de la agravante del art. 10 inciso cuarto), así como la eliminación de la pena sustitutiva para los delitos de la Ley N° 17.798. De esta forma, se aumenta el rigor de la pena privativa de libertad, que tendrá que ser siempre efectiva, produciéndose una respuesta desproporcionada respecto a otros delitos que afectan bienes jurídicos individuales de primer orden, como el homicidio y las lesiones. Quien cometa el delito de lesiones puede optar a la compensación de atenuantes y agravantes y sustituir su pena, no así quien entrega un arma a un menor. En este sentido, y en relación a los bienes jurídicos que se han venido estudiando, pareciese ser que la Ley les ha dado excesiva relevancia, en desmedro y desproporción con los bienes jurídicos más clásicos. Aunque este fenómeno de endurecimiento de la consecuencia penal no es exclusivo de la LCA, sino que surge en el contexto de reformas similares como la llamada “Ley Emilia” (N° 20.770) y la “Agenda Corta Antidelincuencia” (Ley N° 20.931).⁹⁹

En virtud de ello, sostenemos que la creación de la figura de entrega de armas a menores surge en el contexto de un fenómeno opuesto al llamado “derecho penal mínimo” (como vocación restrictiva del mismo): la llamada “expansión del derecho penal”, caracterizada por “la creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”. Esta responde en parte a que

⁹⁸ VILLEGAS, op. cit., p. 26.

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 30 y 38.

el Estado buscaría en el recurso al derecho penal una aparente solución fácil a problemas sociales, trasladando a lo meramente simbólico (declaración de principios que sosiega a la comunidad) lo que debería resolverse en un plano de protección efectiva; así como también al modelo social que se ha configurado las últimas décadas y al cambio de perspectiva que amplias capas sociales han tenido sobre el rol del derecho penal.¹⁰⁰

Como corolario de lo anterior, la posibilidad y necesidad comunicativa social del Derecho penal se ha transformado en las sociedades contemporáneas, lo que tiene su origen remoto en la rebelión de masas del siglo XX y que produce una democratización de la vida política en las sociedades occidentales, en virtud de lo cual “si antes era suficiente con los delitos “verdaderamente necesarios”, (...) hoy crear nuevos delitos es una forma de intentar comunicar a los nuevos protagonistas (ciudadanos diversos, y además, generalmente con un bajo nivel de información experta), que el derecho Penal está a su servicio.”¹⁰¹

Esta faz simbólica del derecho penal no necesariamente se ve como algo positivo, en virtud de que no atiende primordialmente a la protección de bienes jurídicos, o la búsqueda de dicha protección no se concentra en los objetos personales que son los determinantes en la afectación de los mismos;¹⁰² por el contrario, busca una ganancia para la imagen del legislador¹⁰³ y producir sensación de seguridad, muchas veces recurriendo a los medios de comunicación.¹⁰⁴

Este fenómeno se daría en virtud de encontrarnos actualmente en la llamada sociedad de riesgo,¹⁰⁵ en la que surgen nuevas necesidades, valores y problemas, sociedad que es sin duda compleja,¹⁰⁶ y donde existe una sensación general de inseguridad que multiplica emocionalmente el riesgo verdaderamente existente.¹⁰⁷ Un ejemplo de ello es el siguiente:

“Los asesinatos de niños se convierten en acontecimientos nacionales para una opinión pública fascinada por la muerte y la transgresión. Su exasperación por los medios acabará por hacer creer al ciudadano no avisado que este tipo de crímenes es frecuente, lo que no es el caso”.¹⁰⁸

¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pp. 18, 20, 21 y 22.

¹⁰¹ PAREDES CASTAÑÓN, op. cit., pp. 141 y 142.

¹⁰² DÍEZ RIPOLLÉS. El derecho... op. cit., p. 164.

¹⁰³ HASSEMER, op. cit., p. 30.

¹⁰⁴ MANGIAFICO y ÁLVAREZ, op. cit., p. 12.

¹⁰⁵ BECK, Ulrich. La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Paidós, 2001, p. 5.

¹⁰⁶ MANGIAFICO y ÁLVAREZ, op. cit., p. 5.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 32.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 39.

Por lo tanto, cada vez con mayor frecuencia, la seguridad se convierte en una pretensión ciudadana que el Estado debe satisfacer, en particular, a través del Derecho penal. Y si bien es cierto que dicha aspiración no es ilegítima,¹⁰⁹ lo que genera dudas es que esta sea la idea matriz del Derecho penal.¹¹⁰ En relación al delito de entrega de armas a menores, esto cobra especial relevancia en consideración a que, como se mencionó, la discusión legislativa que le precedió no deja entrever si el debate se basaba en riesgos reales a que estaban sometidos los bienes jurídicos, percepciones de grupos sociales o ansiedades de ciudadanos sin base objetiva, siendo que, aun cuando la seguridad real de bienes jurídicos legítimos puede constituirse como un motivo legítimo de preocupación político criminal, la respuesta penal solo es razonable y adecuada cuando esta se basa en riesgos reales.¹¹¹

Todo este fenómeno tiene incidencias directas en la política cotidiana. Anteriormente, en el llamado modelo de la “ley y el orden”, los partidos y grupos “de derechas” asumían la bandera del aumento de la seguridad mediante el incremento de la presión punitiva, mientras los partidos y grupos “de izquierdas” defendían su reducción. El cambio fundamental ocurre entonces cuando la socialdemocracia asume el discurso de la seguridad.¹¹² Expresión directa a nivel local de esta transversalidad es el mencionado Acuerdo Político y Legislativo en materia de Seguridad Ciudadana, suscrito por todos los sectores políticos del momento (año 2007), que fue el origen inmediato de la reforma que dio nacimiento al delito de entrega de armas a menores, en el contexto general de dotar al Estado de mejores herramientas en el combate a la delincuencia.

Esta respuesta punitivizante, desde todos los sectores, se explica en que es mucho más sencillo para el poder legislativo y ejecutivo presentar a los niños y jóvenes marginales que delinquen como una amenaza existencial que adoptar una visión estructural de la delincuencia,¹¹³ así como de la protección de la infancia, porque poner el foco en sus causas sociales o ambientales implica poner al Estado frente a sus propias responsabilidades, por no haber estado ahí generando seguridad para esos jóvenes en el momento indicado, y de forma

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 41.

¹¹⁰ *Ibíd.*, pp. 40 y 41.

¹¹¹ PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 134.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 70.

¹¹³ BÖHM, *op. cit.*, p. 200.

integral.¹¹⁴ En este contexto, se puede apreciar que la reacción descrita corresponde a una “movida securitizante”,¹¹⁵ que entiende que criminalizar es fácil y rápido, donde se consiguen réditos políticos al corto plazo, pero luego de cada una de las cuales el sistema penal en su totalidad y el derecho penal en particular debilita sus principios, se deforma y desdibuja los límites que impone al ius puniendi.¹¹⁶

¹¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [en línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, N° 06-03 <<http://crimenet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>> [consulta 18 abril 2019], p. 03:29.

¹¹⁵ *Securitization move*, en BÖHM, op. cit., p. 183.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 183.

4. Capítulo II: tipo objetivo en el delito de entrega de armas a menores

La LCA realiza distinciones relevantes de aplicación general para la interpretación de los tipos penales,¹¹⁷ a las que es necesario referirse antes de estudiar los artículos que establecen la entrega de armas a menores en concreto.

La Ley dispone los objetos en que pueden recaer las infracciones que describe, que se encuentran establecidos en el art. 2 y 3 de la LCA, complementados por el Reglamento de la LCA (en adelante, “RLCA”), y que “se caracterizan por su eventual potencial lesivo, abarcando armas de fuego en sentido estricto y explosivos de uso civil o militar como también artefactos similares de fabricación artesanal o particular”. Estos objetos se clasifican en permitidos o de carácter reglamentado y los absolutamente prohibidos para la población.¹¹⁸

Los objetos permitidos o autorizados se encuentran establecidos en el art. 2 letras b), c) d) y e), en relación al art. 2 RLCA. Su carácter de tales radica en que “su posesión no resulta punible si quien la realiza cuenta con la respectiva autorización administrativa”, y su fundamento, en el “reconocimiento expreso de un espacio de riesgo permitido por el Estado a los ciudadanos”. Se entiende que el permiso de autoridad opera como un elemento negativo del tipo de posesión de elemento permitido del art. 9 LCA y de tráfico ilícito de elementos controlados del art. 10 LCA.¹¹⁹

En la letra b) del art. 2 LCA se establecen las armas de fuego, sea cual fuere su calibre y sus partes, dispositivos y piezas. El art. 3 a) RLCA define arma de fuego como “todo artefacto, ingenio o dispositivo que permita lanzar municiones, objetos explosivos, balas, balines, perdigones y otros proyectiles aprovechando la fuerza de la expansión de los gases de la pólvora o cualquier compuesto químico, sea cual fuere su calibre, tipo, tamaño, forma o empleo a que se destinen”. Respecto a las partes, dispositivos y piezas, se vinculan a la peligrosidad por posibilitar la utilización de un arma. El RLCA define los dispositivos en el art. 3 literal 1) N° 3 inciso primero como “elementos complementarios y auxiliares, no componentes del elemento completo, tales como tornillos, tuercas, muelles, percutores, cantoneras y otros, que posibilitan la activación o funcionamiento del elemento”; y las piezas en el art. 3 literal 1) N° 2 como “elementos componentes importantes de las partes, ya sea por

¹¹⁷ BASCUR. op. cit., p. 542.

¹¹⁸ *Ibíd.*, pp. 542 y 543.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 543.

su finalidad, tecnología de fabricación, su peligrosidad o sus efectos; y que no sean de uso común en el mecanismo de otros elementos diversos”. La razón de incorporar los elementos desmontados del arma sería atajar que el sujeto burlara la calificación jurídica al tener la posesión aislada de los mismos.¹²⁰

En la letra c) del art. 2 LCA, se disponen las municiones y cartuchos. De acuerdo a Cea y Morales, estos serían equivalentes,¹²¹ y corresponderían a la “carga usada por las armas de fuego, compuesta por el respectivo propelente y su proyectil”.¹²²

La letra d) del art. 2 LCA dispone los explosivos y artefactos similares de uso legítimo, y sus partes, dispositivos y piezas. Se trata de elementos regulados para su uso legítimo por particulares, como por ejemplo uso minero o industrial. El art. 207 RLCA define al explosivo como “toda sustancia o mezcla de sustancias químicas, sólidas o líquidas, que por la liberación rápida de energía produce o puede producir, dentro de un cierto radio, un aumento de presión y generación de calor, llama y ruido”.¹²³

La letra e) del art. 2 LCA contempla las sustancias químicas esencialmente empleadas para la fabricación de explosivos y municiones en sentido amplio, y elementos lacrimógenos y de efecto fisiológico. El art. 208 del RLCA define a los productos químicos como “aquellas sustancias o elementos sólidos o líquidos, cuya combinación o transformación, mediante proceso físico o químico, llegue a convertirlo en explosivo, o bien, en materia prima o componente esencial de este”. Los elementos lacrimógenos o de efectos fisiológico son definidos en el art. 3 b) RLCA como todo elemento “destinado a emitir, producir o lanzar gases, humo o niebla, llamas, descargas eléctricas o sustancias químicas, sean ellas deletéreas o dañinas”, y lo que los caracteriza, de acuerdo al art. 204 RLCA, es que producen “efectos vomitivos, asfixiantes, paralizantes, laxantes o de similares efectos”.¹²⁴

Los elementos prohibidos son los descritos en la letra a) del art. 2 y en el art. 3 LCA, en relación con el art. 4 RLCA. El fundamento de su prohibición, de acuerdo a Cea y Morales, pasa tanto por su alto poder de destrucción como por la necesidad de persecución penal de la

¹²⁰ BASCUR, op. cit., p. 544.

¹²¹ CEA y MORALES, op. cit., pp. 19 y 20.

¹²² BASCUR, op. cit., p. 544.

¹²³ *Ibíd.*, pp. 544 y 545.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 545.

delincuencia común.¹²⁵

El art. 2 a) LCA dispone el material de uso bélico, y lo define como “las armas, cualquiera sea su naturaleza, sus municiones, explosivos o elementos similares contruidos para ser utilizados en la guerra por las fuerzas armadas, y los medios de combate terrestre, naval y aéreo, fabricados o acondicionados especialmente para esta finalidad”.

El art. 3 LCA dispone también elementos prohibidos.

En sus incisos primero y tercero, tipifica armas de fuego de alta potencia, o que se han modificado o alterado para obstaculizar la persecución penal o el control administrativo. El inciso primero contempla armas largas cuyos cañones hayan sido recortados, armas cortas de cualquier calibre que funcionen automáticamente, armas de fantasía (que se esconden bajo una apariencia inofensiva), armas de juguete, de fogueo, de balines, de postones o de aire comprimido adaptadas o transformadas para el disparo de municiones o cartuchos, artefactos o dispositivos que hayan sido creados, adaptados o transformados para el disparo de municiones o cartuchos (descripción incorporada por la Ley N° 20.813 que buscaba cubrir las armas fabricadas con impresoras 3D y armas hechizas), armas cuyos números de serie se encuentren adulterados o borrados, y ametralladoras, subametralladoras, metralletas o cualquier arma automática o semiautomática de mayor poder destructivo o efectividad. En el inciso tercero, tipifica armas de fabricación artesanal y las transformadas respecto de su condición original.¹²⁶

En su inciso segundo, describe los “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 y los implementos destinados a su lanzamiento y activación”, y “las bombas y artefactos explosivos o incendiarios”. Se refiere a elementos de fabricación casera o particular, por ejemplo bombas molotov, porque de otro modo, si fuesen de fabricación industrial, constituirían material de uso bélico.¹²⁷

El inciso quinto y final se refiere a las armas especiales, definiéndolas como las de naturaleza química, biológica o nuclear. Para Bascur, su aparente equivalencia con las armas de destrucción masiva conlleva que pueda dotársele de contenido mediante Tratados

¹²⁵ CEA y MORALES, op. cit., p. 24.

¹²⁶ BASCUR, op. cit., p. 547.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 548.

Internacionales vigentes.¹²⁸

Al hablarse de sujeto autorizado y en general a las autorizaciones de la LCA, la referencia se remite al art. 4 donde se estipulan permisos que concede la DGMN, las Comandancias de Guarnición de las Fuerzas Armadas y autoridades de Carabineros. En el inciso primero, se establece la autorización para fabricar, armas, transformar, importar o exportar elementos del art. 2 y para hacer instalaciones referidas a su fabricación, armaduría, almacenamiento o depósito; en el inciso segundo, para que una persona natural o jurídica pueda poseer o tener armas (vinculado a su inscripción) o transportarlas, almacenarlas, distribuir las o celebrar convenciones respecto de ellas; en el inciso tercero, para su venta; y en el inciso séptimo, para adquirir, almacenar y manipular explosivos. Estas autorizaciones tienen el carácter de regladas y no discrecionales, y están sujetas a ciertos requisitos y formalidades.¹²⁹

En relación al menor de edad, de acuerdo a lo prescrito por el Código Civil en el art. 26, el límite superior es la edad de 18 años.¹³⁰

4.1.Art. 10 inciso 4

La LCA en su artículo 10 dispone lo siguiente:

“Artículo 10: los que sin la competente autorización fabricaren, armaren, elaboraren, adaptaren, transformaren, importaren, internaren al país, exportaren, transportaren, almacenaren, distribuyeren, ofrecieren, adquirieren o celebraren convenciones respecto de los elementos indicados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2º serán sancionados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se realizare respecto de los elementos a que se hace referencia en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 3º, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Si las armas fueren material de uso bélico de la letra a) del artículo 2º o aquellas a que se hace referencia en el inciso final del artículo 3º, la pena será de presidio mayor en sus grados medio a máximo. Pero tratándose de artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles y otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo.

Quienes construyeren, acondicionaren, utilizaren o poseyeren las instalaciones señaladas en la letra g) del artículo 2º, sin la autorización que exige el inciso primero del artículo 4º, serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 548.

¹²⁹ CEA y MORALES, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

¹³⁰ Art. 26 del Código Civil: Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Si la distribución, entrega, oferta o celebración de convenciones a que se refieren los incisos anteriores se realizare con o para poner a disposición de un menor de edad dichas armas o elementos, se impondrá el grado máximo o el máximo del grado de la pena correspondiente en los respectivos casos.

El incumplimiento grave de las condiciones impuestas en la autorización otorgada en la forma prevista por el artículo 4º será sancionado con multa aplicada por la Dirección General de Movilización Nacional de 190 a 1900 unidades tributarias mensuales y con la clausura de las instalaciones, almacenes o depósitos, además de la suspensión y revocación de aquélla, en la forma que establezca el reglamento.”¹³¹

Respecto a la disposición en general, esta fue modificada por la Ley N° 20.813. Por un lado, se amplió el tipo penal tanto en la conducta como en el objeto material: se incorporaron verbos rectores nuevos (elaborar, adaptar, ofrecer y adquirir) y se incluyeron en la conducta las armas prohibidas tipificadas en el art. 3;¹³² por otro, se incorporó el inciso 4 que agrava las conductas cuando constituyen entrega de elementos regulados o prohibidos a menores.¹³³

La disposición sanciona el tráfico ilícito de armas y de elementos regulados y prohibidos. De acuerdo a la historia de la Ley las infracciones se relacionan con el comercio ilegal, pero para Bascur este alcance en realidad es mucho más amplio: la circulación ilegal comprende todo tipo de transferencia, no solo a título lucrativo, y por tanto podría comprender también por ejemplo fines políticos y no necesariamente siempre económicos (el “mercado negro”). La agravación de la conducta respecto a la de posesión de los mismos elementos (el tráfico tiene pena de crimen) se debe, según el autor, a que se afecta más gravemente la seguridad colectiva al existir un “riesgo de difusión de los elementos fuera del marco regulatorio, (...) incrementando la probabilidad (generalizada) de su uso indebido”.¹³⁴

En cuanto a la aplicabilidad de la disposición, según Villegas “la cantidad de ingresos por delitos de tráfico de armas y municiones es exigua (...). Pareciera, en la percepción de los entrevistados, que no hay mayor esfuerzo en el sistema penal por investigar la procedencia de las armas y /o municiones cuando se toma conocimiento de una tenencia o porte ilegales de los mismos”.¹³⁵

El inciso cuarto, que es la disposición relevante a efectos de esta investigación, dispone la agravación al grado máximo o al máximo del grado de la pena en casos en que la

¹³¹ Énfasis añadido.

¹³² VILLEGAS, op. cit., p. 27.

¹³³ CEA y MORALES, op. cit., p. 158.

¹³⁴ BASCUR, op. cit., p. 567.

¹³⁵ VILLEGAS, op. cit., p. 28.

distribución, entrega, oferta o celebración de convenciones se realizare con o para poder a disposición de un menor de edad los elementos. Para Bascur, la finalidad de la agravación se funda en evitar que menores de edad se involucren en la comisión de delitos con armas de fuego.¹³⁶ Para Cea y Morales, en tanto, se trata de una redacción confusa que no deja atisbar el fundamento de solo incluir alguna de las conductas, e incluso agregar otra (entregar) en relación a las acciones descritas en los incisos anteriores.¹³⁷

El sujeto activo, “los que”, puede ser cualquier persona, sin calidades o condiciones especiales,¹³⁸ y es necesario que carezca de autorización, porque si la tiene, se configura el tipo del art. 10 A. El sujeto pasivo debe ser un menor de edad.¹³⁹

Las conductas descritas en el inciso cuarto, al igual que en el resto del art. 10, se establecen de forma casuística, y constituyen un tipo mixto-alternativo, que en nuestra doctrina recibe la denominación de delito de emprendimiento, lo que implica que “todos los actos se encontrarían emparentados valorativamente como eslabones de una misma empresa o actividad criminal. De ahí que la configuración de múltiples acciones seguiría constituyendo una misma unidad de valoración, bloqueando la aparición de un concurso de delitos”.¹⁴⁰

Para Bascur celebrar convenciones, distribuir y ofrecer componen una sola cosa, consistente en la comercialización y difusión ilegal propiamente tales, y que implicaría el “ejercicio al margen de la ley de la actividad de comercio interior”, aunque también la difusión a cualquier título, no necesariamente con un fin económico. Con ello se buscaría sancionar a todos los intervinientes en la circulación ilegal.¹⁴¹

Para Cea y Morales, en cambio, las conductas se diferencian entre sí. Distribuir implica, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, “Dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente”, y “Entregar una mercancía a los vendedores y consumidores”, y las otras conductas (celebrar convenciones, entregar y ofrecer) la subsumen, pasando la acción distribuir a formar parte de ellas. Ofrecer, por su parte, se define en el Diccionario de la Lengua Española como “comprometerse a dar, hacer o decir algo”, y en términos jurídicos y específicamente penales, se trata no solo “de ofrecer armas u otros elementos prohibidos con

¹³⁶ BASCUR, op. cit., p. 574.

¹³⁷ CEA y MORALES, op. cit., p. 158.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 135.

¹³⁹ BASCUR, op. cit., pp. 569 y 570.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 568.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 569.

finés comerciales, sino también para otros destinos o motivaciones criminales”. Para los autores, si la oferta tiene estos fines, la conducta se ve subsumida por la celebración de convenciones; si no los tiene, se producen problemas probatorios y se atentaría contra el principio de legalidad, porque “la conducta típica no se encuentra completamente descrita por la ley”. Celebrar convenciones, por otro lado, se refiere a todo tipo de actos jurídicos relativos a las armas y otros elementos. Convenciones se entienden como los actos jurídicos que consisten en “el acuerdo de voluntades de dos o más partes dirigido a crear, modificar, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica”, y entre ellas destaca la compraventa.¹⁴²

Bascur indica que la norma contempla dos supuestos de hecho. El primero, cuando la distribución, entrega, oferta o celebración de convenciones se efectúa “con” un menor de edad, lo que implica “la situación objetiva de que los menores efectivamente intervengan en la respectiva operación, como por ej. en la venta o entrega del arma en forma directa al menor o cuando se haga empleo de aquellos como intermediarios para el tráfico de objetos”. El segundo, cuando se configura un elemento subjetivo consistente en “la destinación de la actividad a proporcionar tales elementos (“para poner a disposición”) a uno o varios menores de edad”.¹⁴³

Si bien es cierto que del tenor literal del texto pareciese que coincidiría con el segundo supuesto la situación en que el menor puede tener a su disposición el elemento pero no entra en su tenencia o posesión (esto es una mera posibilidad para él) a consecuencia de la conducta del adulto no autorizado, nos parece que no es aplicable la agravación, por una pura consideración de antijuricidad: una conducta así cumpliría formalmente con lo descrito en la ley, pero desde una perspectiva material no se cumpliría con el principio de lesividad, porque no se puede establecer de manera precisa la afectación al bien jurídico seguridad colectiva o a la integridad de los menores en ese caso, ni siquiera a título de peligro abstracto, al tratarse de una acción difusa e indeterminada como “poner a disposición”.¹⁴⁴ Por consiguiente, afirmamos que es siempre necesario para sancionar al facilitador que el menor de edad entre en la posesión o tenencia del objeto, donde se cree un peligro potencial o posible de que el menor atente contra su vida, su integridad o la de terceros.

¹⁴² CEA y MORALES, op. cit., pp. 149-153 y 158.

¹⁴³ BASCUR, op. cit., p. 574.

¹⁴⁴ A propósito de la indeterminación de la conducta “ofrecer”, CEA y MORALES, op. cit., p. 151.

Los elementos sobre los que puede recaer la conducta son tanto permitidos o autorizados como prohibidos. En el inciso primero se disponen los de las letras b), c), d) y e) del art. 2 LCA, y en el inciso segundo, los elementos del inciso primero, segundo y tercero del art. 3, de la letra a) del art. 2, del inciso final del art. 3 y bombas molotov y artefactos similares.

4.2. Art. 10 A

La LCA en su artículo 10 A dispone lo siguiente:

“Artículo 10 A: El que, contando con la autorización a que se refiere el artículo 4º, entregare a un menor de edad alguno de los elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

La misma sanción se impondrá al que, teniendo dicha autorización, permitiere que un menor de edad a su cargo tenga en su poder alguno de los elementos antes mencionados.

Se impondrá una multa administrativa de 3 a 7 unidades tributarias mensuales al poseedor autorizado de dichos elementos cuando, por su mera imprudencia, éstos quedaren en poder de un menor de edad que estuviere a su cargo. En caso de reincidencia, la sanción será la cancelación del permiso. Cancelado el permiso, el sancionado tendrá cinco días hábiles para entregar las armas o elementos respectivos a la Dirección General de Movilización Nacional, la que los destruirá. Transcurrido ese plazo sin haberse entregado el arma o los elementos, su posesión, porte o tenencia se considerarán ilegales y serán sancionados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9º de esta ley.

Las sanciones dispuestas en este artículo son sin perjuicio de las que corresponda imponer al menor de edad mayor de catorce años, de conformidad con lo establecido en la ley N° 20.084, por los delitos contemplados en la presente ley que cometiere con las armas de que ésta trata.”

La reforma de la Ley N° 20.813 introdujo el art. 10 A, que sanciona a quien teniendo una autorización de las establecidas en la LCA respecto de alguno de los elementos de las letras a), b), c), d) y e), entregare dicho elemento a un menor de edad o permitiere que este lo tenga en su poder. Es una figura atenuada respecto a la del art. 10 inciso 4 y dentro del objeto de la acción se encuentran elementos de la más diversa naturaleza.¹⁴⁵

Según Villegas, la norma tipifica en el inciso primero una conducta activa (entregar) y en el inciso segundo una omisiva (permitir que el menor tenga en su poder).¹⁴⁶

En relación al inciso primero, Cea y Morales indican que el Diccionario de la Lengua Española define entregar como “Dar algo a alguien o hacer que pase a tenerlo”, y también “Poner algo o a alguien bajo la responsabilidad o autoridad de otro”, en virtud de lo cual

¹⁴⁵ VILLEGAS, op. cit., p. 22.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 23.

concluyen que la conducta consiste en que “los elementos controlados se ponen a disposición del menor, que pasa a ‘tenerlos’, en clara unión con la figura típica de la tenencia ilegal”.¹⁴⁷

En relación al inciso segundo, Cea y Morales afirman que inicialmente no se avizora un rasgo distintivo que diferencie entregar de poner a disposición de un menor el elemento, pero concluyen que se trata de una omisión, en atención a que el Diccionario de la Lengua Española define permitir como “No impedir lo que se pudiera y debiera evitar”, entendiéndose entonces que la conducta consiste en no impedir que el menor tenga en su poder el elemento.¹⁴⁸ En la misma línea Bascur afirma que se trata de una omisión propia, que son aquellos delitos en los que “la conducta típica consiste en la simple infracción del deber de actuar, descrito en la ley, esto es, en la omisión de una actuación esperada en las circunstancias que la propia ley determina”¹⁴⁹, y esta categoría viene dada por el requisito de que el menor de edad esté “a cargo” del sujeto activo, por tanto, cumpliéndose los supuestos tipificados (que el menor tenga a su disposición el arma y la relación de custodia), “surgiría el deber de actuación del sujeto activo consistente en impedir que el menor obtenga la posesión del objeto, lo cual presupone en todo caso el conocimiento efectivo de la situación típica (...) y a su vez, de contar con la capacidad física de actuación para evitar el hecho”.¹⁵⁰

Respecto a la pregunta sobre si es necesario para sancionar al adulto que el menor entre en posesión o tenencia del elemento, o basta que lo tenga a su disposición y su tenencia sea una mera posibilidad, nos remitimos a la reflexión realizada a propósito del art. 10 inciso 4 en relación a la conducta “poner a disposición”.

En virtud del sujeto de las conductas descritas, se trata de delitos especiales, esto es, “aquellos que sólo pueden cometer quienes poseen determinadas calidades”.¹⁵¹ En el inciso primero, el sujeto debe tener alguna de las autorizaciones a que se refiere el art. 4; el sujeto del inciso segundo y tercero, además de esta autorización, debe tener al menor de edad “a su cargo”. Para Bascur, esta denominación se refiere a una “expresión genérica que reflejaría toda situación, con independencia de título jurídico extrapenal alguno, donde el niño o niña

¹⁴⁷ BASCUR, op. cit., p. 576.

¹⁴⁸ CEA y MORALES, op. cit., p. 164.

¹⁴⁹ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 196.

¹⁵⁰ BASCUR, op. cit., p. 576.

¹⁵¹ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 187.

estuviese bajo el cuidado del facilitador”.¹⁵²

¹⁵² BASCUR, op. cit., p. 576.

5. Capítulo III: el tipo subjetivo en el art. 10 A. ¿Dolo o culpa?

Si se afirma que un hecho determinado constituye un injusto (por consideraciones de tipicidad y antijuricidad), aún resta la pregunta sobre si ese hecho puede reprocharse a quien lo realizó. Si esta respuesta se responde afirmativamente, significa que el hecho puede ser atribuido subjetivamente al autor, porque éste estaba en condiciones de actuar de manera diversa y, por consiguiente, se satisface la exigencia de culpabilidad.¹⁵³

El delito de entrega de armas a menores, tipificado en el art. 10 A, apoya la imputación subjetiva de las infracciones que prevé tanto en el dolo (“el sujeto sabía y quería lo que hacía”) como en la culpa (“el sujeto, que no quería el hecho, podía siquiera haberlo previsto y evitado”).¹⁵⁴ Esta culpabilidad reposa esencialmente en la posibilidad del sujeto activo de haber podido obrar diversamente, y esto es relativo al momento del hecho.

No obstante lo anterior, considerando que, como se planteó en el capítulo primero, el delito nos parece pluriofensivo y que protege tanto la seguridad colectiva como la integridad de la infancia en un sentido global (vida e integridad física de niños, niñas y adolescentes, su integridad moral y su derecho a vivir en un contexto que permita su desarrollo integral), se tornan relevantes las consideraciones relativas a la protección de los menores. No es baladí para el juzgador, entonces, atender al grado de deferencia que presentó el adulto al momento de actuar, en cuanto la infancia es un momento vital de suma relevancia que requiere un plus de protección frente a los adultos. En el mismo sentido, esta consideración es incluso más relevante si el adulto, el facilitador, es padre, madre o tutor del menor, porque sobre él pesan deberes civiles de crianza y cuidado que se contradicen con poner a disposición del hijo o pupilo armas u otros elementos peligrosos.

La inspiración anterior, sin ser el fundamento primero de la reforma que introdujo la figura, estuvo presente en la discusión legislativa. A modo meramente ejemplificativo, las palabras de la senadora doña María Angélica Cristi:

“La aprobación de este proyecto sentará un precedente, no solo para casos tan grave como menores que porten armas, sino para que los padres se hagan también responsables de muchas otras conductas de sus hijos en materia de consumo de drogas, alcohol u otras sustancias y para que presten la atención debida a los actos de sus hijos.”¹⁵⁵

¹⁵³ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 167.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 246.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 67.

5.1. Tipo subjetivo en el inciso 1

La figura del inciso primero del art. 10 A exige en su dimensión subjetiva dolo,¹⁵⁶ como es la regla general en nuestro ordenamiento. Esto implica según la uniformidad de la doctrina que el sujeto conoce y quiere la realización del hecho típico. Por tanto, el dolo consta de dos elementos: el intelectual o conocimiento, y el volitivo o querer. El primer elemento implica que el sujeto sabe que realiza un hecho típico, y por lo tanto, conoce los elementos del tipo; el segundo, significa que el sujeto asume el hecho típico como consecuencia de su comportamiento, y se ha entendido que es su rasgo más característico. Este dolo, en la figura en estudio, puede ser tanto directo, esto es, “cuando la realización del hecho típico es precisamente el objetivo que el hechor quiere lograr”, como eventual, o “cuando las consecuencias inherentes al actuar no aparecen, en una consideración ex ante, como necesarias, sino solo como meramente posibles”.¹⁵⁷ Nada obsta a la aceptación del dolo eventual en este delito, toda vez que no hay en la Ley referencia expresa a ningún elemento subjetivo especial.¹⁵⁸

Lo anterior se traduce, para efectos de esta investigación, en que el sujeto activo, que puede ser cualquier mayor edad autorizado, sabe que está haciendo entrega de alguno de los elementos tipificados en las letras a), b) c) d) y e) del art. 2 de la LCA a un menor de edad, y a su vez, quiere generar esta situación de posesión o tenencia en el menor, o bien, previéndolo, la generación de esta situación le es indiferente.

5.2. Tipo subjetivo en el inciso 2

La imputación subjetiva requerida en esta disposición resulta menos clara que la de su inciso anterior. Para Cea y Morales una lectura lógica de las disposiciones lleva necesariamente a concluir que se trata de una figura dolosa, entendiendo “permitir” como “no impedir que el menor tenga en su poder el elemento”.¹⁵⁹

Bajo este entendido, se debe destacar que el delito contenido en el inciso 2 del art. 10 A es de omisión pura o propia, lo que en principio no reviste mayor interés para efectos de la imputación subjetiva, porque la doctrina mayoritaria afirma que el dolo en este tipo de delitos

¹⁵⁶ CEA y MORALES, op. cit., p. 163.

¹⁵⁷ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., pp. 168, 255, 256, 271, 276 y 277.

¹⁵⁸ Respecto al dolo eventual en general, ACALE, María. Los delitos de mera actividad. Revista de Derecho Penal y Criminología (10): pp. 11-45, 2002, p. 36.

¹⁵⁹ CEA y MORALES, op. cit., p. 164.

no se diferencia en lo fundamental del requerido para los delitos activos o por acción. Por tanto, “pertenece al hecho omisivo doloso (...) que el hechor sepa que realiza el hecho típico, (...) sepa que tiene la posibilidad de evitar el resultado y conozca su posición de garante.”¹⁶⁰

En el delito en estudio lo anterior se traduce en que “configurado el supuesto de hecho (el arma a disposición del menor y la relación de custodia), surgiría el deber de actuación del sujeto activo consistente en impedir que el menor obtenga la posesión del objeto”, lo que presupone que el sujeto está en conocimiento de la situación típica, con a lo menos dolo eventual, y de que cuenta con la capacidad fáctica de impedir el hecho.¹⁶¹

Por otro lado, también se ha entendido que en esta figura la demarcación con la culpa no está del todo clara. Así, Villegas afirma que “en el segundo caso (inciso segundo), tampoco queda claro el por qué se ‘permite’ que la tenga (arma), siendo difuso el límite con la imprudencia”. A mayor abundamiento, la autora defiende la figura del inciso tercero, que sanciona con multa administrativa al tenedor imprudente con un menor a su cargo, porque esa conducta sancionada “no lesiona ni pone en peligro un bien jurídico penal, sino más bien infringe disposiciones administrativas relativas al manejo y cuidado de armas, así como disposiciones civiles relativas a los deberes de crianza”. En ese contexto, no vislumbra la razón de no sancionar igualmente en sede administrativa a quien “permite” que el menor tenga los elementos, abogando por la devolución de esta conducta al Derecho administrativo sancionador.¹⁶²

5.3. Tipo subjetivo en el inciso 3

El inciso tercero del art. 10 A sanciona con multa administrativa de 3 a 7 unidades tributarias mensuales al que por mera imprudencia permite que un elemento quede en poder de un menor a su cargo. Por consiguiente, la figura es culposa, y se encuentra sometida al régimen del derecho administrativo sancionador.

De acuerdo a Cordero, hay consenso en la doctrina y jurisprudencia sobre la aplicabilidad del principio de culpabilidad en las sanciones administrativas, lo que significa “en primer término, que éstas no pueden imponerse sino al infractor que ha actuado en forma

¹⁶⁰ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, óp. cit., p. 260.

¹⁶¹ BASCUR, op. cit., p. 576.

¹⁶² VILLEGAS, op. cit., pp. 23 y 24.

dolosa o culposa”.¹⁶³ De la aceptación de este principio en sede administrativa se derivan importantes consecuencias: la responsabilidad no es objetiva; la culpabilidad es fundamento de la sanción y determina su magnitud (o en términos propiamente penales, es su medida); se trata de una responsabilidad de carácter personal y se excluyen las sanciones calificadas por el resultado.¹⁶⁴

No obstante el sometimiento de la responsabilidad en esta materia a dicho estatuto y de que éste es autónomo respecto del Derecho penal, el mismo aún no ha alcanzado la solidez dogmática del Derecho penal, por tanto, se le da aplicabilidad a sus principios y dogmática como pauta y cota máxima.¹⁶⁵

En ese entendido, actúa con culpa “quien debiendo evitar un resultado previsible y evitable, no lo prevé, o previéndolo, no lo evita, pudiendo hacerlo”.¹⁶⁶ Equiparándose a los requisitos del dolo de conocimiento y querer, en la culpa se requiere, por un lado, que se pueda prever el resultado de lo que se hace (o deja de hacer); por otro, que no se evite esa situación, pudiendo evitarse. A su vez, la culpa se clasifica en aquella que es con representación y sin representación. En la primera “el sujeto actualiza su poder de previsión, y efectivamente prevé el resultado que no evita”; en la segunda, “pudiendo preverlo, no lo hace”.¹⁶⁷ Asimismo, este poder de previsión no es puramente objetivo ni subjetivo, sino que se basa en la apreciación de un sujeto concreto puesto en la situación del actor, con sus características propias de pertenencia a un grupo al momento del hecho.¹⁶⁸

Estas distinciones son de suma importancia, debido al difuso límite en sede de culpabilidad entre esta figura y la del inciso segundo del art. 10 A. Si el sujeto se representó el resultado, es imperativo distinguir esta situación de aquella en que el sujeto actuó con dolo eventual,¹⁶⁹ debido a las importantes consecuencias prácticas que ello conlleva tanto en el estatuto al que se someterá la sanción como en el tipo y cuantía de la pena. Politoff, Matus y

¹⁶³ CORDERO, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII(1): pp. 399-439, 2014, p. 420.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 421 y 422.

¹⁶⁵ ROMÁN, Cristián. El castigo en el derecho administrativo. *Derecho y Humanidades*, 1(16): pp. 155-171, 2010, p. 163.

¹⁶⁶ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 282.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 287.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 288.

¹⁶⁹ BASCUR, *op. cit.*, p. 576.

Ramírez aportan una fórmula que puede resultar útil al respecto:

“Existiendo previsión del resultado, cabe afirmar el poder de evitación tanto en quien confía en su no producción, pero o bien no actualiza su poder de evitación o lo hace extemporánea o ineficazmente (...) como en quien, con desconocimiento de sus propias capacidades y competencias, asume riesgos que no está en condiciones de conjurar. (...) Pero si lo que hay en el agente es indiferencia ante el resultado previsible, y por lo mismo, actúa de todos modos, “pase lo que pase”, estaremos ante el caso (...) del dolo eventual, y no ante un menos grave delito culposo”.¹⁷⁰

La disposición utiliza el término “mera imprudencia”, lo que ha llevado a Bascur a afirmar: “como se desprende del término utilizado por el legislador y sobretodo, del peligro asociado a tales elementos, la norma exigiría un máximo nivel de diligencia”.¹⁷¹

Esta investigación adscribe a lo propuesto por el autor. De acuerdo a la regulación del Código Penal de los cuasidelitos en el Título X del Libro II, se distingue, por un lado, la imprudencia temeraria (art. 490), y por el otro, la mera imprudencia o negligencia, ya sea con infracción de reglamentos (492) ya sea en el ejercicio profesional o en el cuidado de animales feroces a su cargo (art. 491). La imprudencia temeraria implica el máximo grado de falta de diligencia, por el incumplimiento de requerimientos básicos de cuidado,¹⁷² y para Bustos implica “no aplicar aquel cuidado que aún una persona poco prudente aplica en relación a sus propios bienes jurídicos importantes”.¹⁷³ Por su lado, la mera imprudencia implicaría una modalidad menos grave que la temeraria, que Bustos define como “la falta de cuidado medio exigido en un ámbito de relación, hay un mayor grado de exigencia”,¹⁷⁴ y que también se ha entendido como “la infracción de exigencias de cuidado que un observador promedio –con los conocimientos específicos del autor– entiende como adecuadas al contexto. Es decir, se corresponde con la definición estándar de falta de cuidado”.¹⁷⁵ Entonces, la legislación ocupa la denominación “mera imprudencia” para contraponer este deber de cuidado a uno superior, a uno donde se exija un cuidado mínimo. Y teniendo en consideración que los autores (Bustos, Garrido Montt y Politoff, Matus y Ramírez) asimilan la mera imprudencia a la culpa leve civil,¹⁷⁶ el deber de cuidado exigido por la norma del inciso 3 del art. 10 A es un cuidado

¹⁷⁰ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 287.

¹⁷¹ BASCUR, op. cit., p. 576.

¹⁷² REYES, Ítalo. Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII: pp. 245-278, 2016, p. 273.

¹⁷³ BUSTOS, Juan. El delito culposo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 50.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 51.

¹⁷⁵ REYES, op. cit., p. 274.

¹⁷⁶ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 292.

medio, pero dentro de la categoría superior de diligencia que se exige en el contexto del Código Penal.

5.3.1. Excurso: la conducta imprudente sancionada con multa administrativa

La figura culposa del inciso 3 del art. 10 A se encuentra sometida al estatuto del Derecho administrativo sancionador, a diferencia de las figuras de los incisos anteriores (primero y segundo), que se encuentran inmersas en el Derecho penal.

Se define este estatuto como “aquella parte del derecho público –separada del derecho penal- por la cual órganos de la autoridad pública imponen sanciones de carácter punitivo (penas gubernativas) a cualquier ciudadano, sin intervención de un juez independiente (podría añadirse con escasa o ninguna intervención del afectado)”.¹⁷⁷ Para Politoff, Matus y Ramírez, lo distintivo en este estatuto es que hace valer ciertas reglas en beneficio de la Administración, por estar comprometido un asunto de orden más que una lesión a bienes jurídicos.¹⁷⁸

En el ámbito del Derecho administrativo sancionador no existe una normativa general sino una legislación sectorial, diversa y dispersa, que ha surgido de distintas contingencias, frente a lo cual la búsqueda de una fuente del derecho ha sido inevitable. A esta necesidad se ha dado respuesta recurriendo a los principios generales del derecho, como mecanismo de interpretación e integración,¹⁷⁹ y se ha recurrido en particular a los principios generales del Derecho penal, en consideración a la teoría del *ius puniendi* estatal único, adscrita por nuestra jurisprudencia (Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República y Corte Suprema). A modo ejemplificativo lo afirmado por el Tribunal Constitucional en el fallo rol N° 244, de 26 de agosto de 1996, considerando 9°, que es un criterio reiterado en fallos posteriores:

“Los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.¹⁸⁰

Por tanto, se trata de principios constitucionales, y de orden penal. Pero estos deben ser aplicados, como afirma la jurisprudencia, “de forma matizada o por regla general”. Lo que esta afirmación significa es que estos principios se aplican irrestrictamente al Derecho penal, pero

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 80.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ CORDERO. Los principios... *op. cit.*, p. 403.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 404.

tal rigor no debiese darse en el caso de la aplicación de sanciones administrativas.¹⁸¹ Los argumentos principales para la distinción se basarían tanto en la gravedad de las infracciones cometidas como en la atención al principio de proporcionalidad, donde la administración considera preponderantemente el interés público y la eficacia en el actuar administrativo.¹⁸²

En relación a cuáles son estos principios, Cordero afirma que en esta materia existe cierto consenso en la doctrina y jurisprudencia nacional, y enuncia como principios sustantivos de este estatuto el de legalidad y reserva legal, de tipicidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de responsabilidad personal, de “non bis in ídem” y de irretroactividad “in peius”;¹⁸³ y como principios de naturaleza procedimental el de racional y justo procedimiento, la presunción de inocencia, el principio de impugnabilidad y el derecho de acceso a la justicia.¹⁸⁴

Por su parte, la sanción administrativa ha sido entendida como “un mal infligido por un órgano administrativo que supone una conducta ilícita por parte del particular y una finalidad esencialmente represora”.¹⁸⁵ Su relación con la sanción penal ha sido un punto de discusión de antigua data, sobre la que se han hecho diversas afirmaciones.

Por una parte, se ha afirmado que la determinación de los caracteres que las distinguen está lejos de ser una cuestión unánime y pacífica, sin que se insinúe una clara distinción entre ambas. Por otra, algunos han afirmado la identidad ontológica entre la sanción administrativa y la penal, en consideración a la mencionada teoría que afirma que ambas constituyen distintas variantes de un *ius puniendi* estatal único en resguardo de ciertos bienes jurídicos, pero con algunas limitaciones como la judicialización estricta de las penas privativas de libertad y la aplicación del principio de proporcionalidad.¹⁸⁶ Como también se indicó, esta es la línea que ha seguido la jurisprudencia nacional:

“En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que ‘las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales al ser ambas emanaciones del *ius puniendi* estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto’, llamándolas derechamente ‘penas’. Esta también ha sido la línea seguida por la Contraloría General de la

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 406.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 407.

¹⁸³ *Ibíd.*, pp. 410-430.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 431-436.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 401.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 403.

República y la Corte Suprema.”¹⁸⁷

Asimismo, la pena típica del derecho administrativo sancionador es la multa administrativa, y sí se diferencia esencialmente de la multa penal en que no es convertible en pena privativa de libertad por vía de sustitución o apremio. Otras penas de este estatuto son la clausura de establecimiento, la cancelación de permiso para ejercer una determinada actividad, la revocación de la personalidad jurídica, entre otras.¹⁸⁸

La disposición en estudio sanciona con multa de 3 a 7 Unidades Tributarias Mensuales al que por mera negligencia permite que un menor a su cargo tenga un arma o elemento en su poder, y el órgano administrativo encargado de la imposición de dicha sanción es la DGMN. Si se reincide en la conducta, la sanción es la cancelación del permiso, y en un plazo de cinco días hábiles se debe hacer entrega del elemento a la DGMN, que procederá a su destrucción. En caso de no hacerse la entrega en el plazo previsto, el porte, tenencia o posesión de dichos elementos se considerará ilegal y se sancionará en conformidad al art. 9 de la LCA.

La LCA no establece un procedimiento especial para estos efectos, por lo que este se rige por el régimen de la ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado,¹⁸⁹ en consideración de su carácter subsidiario y general.¹⁹⁰ Por tanto, proceden todos los recursos administrativos comprendidos en dicho cuerpo legal, esto es, el recurso de reposición y el extraordinario de revisión ante la DGMN, y además el recurso jerárquico ante la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, así como procede, a petición de parte, el inicio de un procedimiento de invalidación que puede terminar en los Tribunales de justicia.¹⁹¹

Por consideraciones a que en parte ya se ha hecho referencia en la Introducción y en el Capítulo Primero, esta investigación adscribe a la idoneidad de la sanción administrativa para esta conducta, e incluso aboga, *de lege ferenda*, a que este estatuto sea el que se aplique también a la conducta tipificada en el inciso segundo del art. 10 A.

Como se mencionó en el Capítulo I, el derecho penal ha sufrido modificaciones de

¹⁸⁷ CORDERO, Eduardo. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de derecho (Valdivia). XXV(2): pp. 131-157, 2012, p. 145.

¹⁸⁸ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 81.

¹⁸⁹ CEA y MORALES, op. cit., p. 165.

¹⁹⁰ ZÚÑIGA, F., y OSORIO, C. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. Estudios Constitucionales 14(2): pp. 461-478, 2016, p. 462.

¹⁹¹ CEA y MORALES, op. cit., p. 78.

relevancia en atención a encontrarse frente a la llamada sociedad de riesgo, que ha requerido una decidida intervención estatal de forma oportuna y eficaz, expectativas que la respuesta judicial la más de las veces no satisface. Así, la acción de los órganos administrativos se erige como primera opción, dejando la función represiva del Derecho penal en segundo plano, de forma subsidiaria, lo que a su vez se condice con uno de sus caracteres esenciales, esto es, ser una medida de *ultima ratio*, acudiendo el Estado a otras herramientas para la protección de ciertos valores y bienes constitucionales.¹⁹²

No obstante lo anterior, una mayor valoración de ciertos bienes jurídicos que miran a la sociedad toda, como son los colectivos, ha llevado a que conductas que producen amenaza o posible atentado a estos bienes sean necesariamente protegidos por el Derecho penal, no siendo la vía administrativa considerada suficiente. Es la llamada expansión del Derecho penal, donde se tipifican delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos de carácter colectivo, en oposición al llamado derecho penal nuclear, que protege bienes jurídicos individuales de antigua data, y que se contenta con la figura del delito de lesión.¹⁹³

Es en este contexto que parece adecuada una respuesta penal a la conducta tipificada en el inciso primero del art. 10 A, que sanciona al adulto que hace entrega dolosa y deliberada a un menor de un arma o elemento, sea su padre, madre o tutor, o un tercero cualquiera (aun cuando nos parezca discutible que se sancione con una pena privativa de libertad y no con una multa). Y es en ese mismo contexto que parece discutible que la figura del inciso segundo también se encuentre inmersa en el ámbito del Derecho penal sancionada con una pena privativa de libertad, por consideraciones de culpabilidad ya esgrimidas, y por lo que, ya sea su devolución al derecho administrativo sancionador, ya una pena penal de multa parecen soluciones enteramente adecuadas, por lo menos en alguno de sus supuestos, donde no se constata ni siquiera una puesta en peligro abstracta del bien jurídico seguridad colectiva o protección de la infancia.

En este Derecho penal “de segunda velocidad” lo determinante es una visión estructural de la sociedad, donde se analizan grandes cifras más que comportamientos individuales, y donde la conducta en particular no necesita ser lesiva de un bien jurídico personal específico, sino que se contenta con ponerlo en peligro, aun de forma abstracta. Estos

¹⁹² CORDERO. El derecho... op. cit., p. 148.

¹⁹³ *Ibíd.*, pp. 148 y 149.

elementos hacen que exista una estrecha cercanía de esta especie de Derecho penal con las infracciones administrativas, en virtud de lo cual Cordero afirma que “sería posible predicar la existencia de una identidad de fundamento y de fin entre ambas categorías de ilícitos”. Para el autor, conductas de peligro abstracto que afectan bienes jurídicos supraindividuales pueden ser sancionados por ambas vías, prefiriendo una u otra en consideración de criterios de eficacia y oportunidad.¹⁹⁴

En virtud de este poder de decisión del legislador para someter una conducta a uno u otro estatuto, abogamos por la vía administrativa, como se dijo previamente. Al momento de determinar el estatuto y la sanción, el legislador debe ponderar el principio de proporcionalidad, considerando la limitación a derechos fundamentales que se impone (siendo siempre la pena de privativa de libertad altamente aflictiva), en contraste al objetivo buscado. Parece enteramente necesaria y conveniente una sanción administrativa a una conducta culposa donde se avizora solo un peligro abstracto para un bien jurídico supraindividual (en especial considerando que los elementos que el menor puede tener en su poder son no solo armas sino que también cartuchos, silenciadores, gases pimienta, etc.), y donde se produce un menor gravamen en los derechos fundamentales del culpable.¹⁹⁵ Asimismo, la aplicación gradual o atenuada de garantías en materia administrativa sancionatoria, en atención de la menor gravedad de la pena, necesariamente conlleva a una mayor flexibilidad para el aplicador de la misma, pudiendo moldear mejor la solución al caso concreto,¹⁹⁶ por tanto, la solución puede ajustarse de mejor manera a las circunstancias y observar si la conducta efectivamente produjo un peligro para el bien jurídico seguridad colectiva o integridad de niños, niñas o adolescentes (entrega de un arma de fuego cargada), o bien esto no se produce (entrega de un silenciador), y a la vez buscar satisfacer finalidades externas o sistémicas, lo que no es posible en materia penal, en consideración al carácter no conmensurable de sus consecuencias (privación de libertad).¹⁹⁷

En relación con lo anterior, este trabajo adscribe a la crítica que efectúan Cea y Morales por la remisión que hace la disposición a una norma penal en caso de no entrega del

¹⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 149 y 150.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 153.

¹⁹⁶ LONDOÑO, Fernando. Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. *Revista de derecho (Valdivia)*. XXVII(2): pp. 147-167, 2014, p. 151.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 160.

arma, de acuerdo a lo dispuesto en la parte final del inciso tercero del art. 10 A. Los autores lo hacen al referirse al delito de porte ilegal de arma de fuego inscrita, tipificado en el art. 11 de la LCA, pero esta disposición establece idénticas consecuencias en caso de reincidencia que en el caso del art. 10 A, y su texto es prácticamente idéntico, por tanto la crítica parece plenamente atingente. En efecto, el art. 11 en su segunda parte dispone:

“En caso de reincidencia, la sanción será la cancelación del permiso. Cancelado el permiso, el sancionado tendrá cinco días hábiles para entregar las armas respectivas a la Dirección General de Movilización Nacional, la que las destruirá. Transcurrido ese plazo sin haberse entregado las armas, su posesión, porte o tenencia se considerarán ilegales y serán sancionados de conformidad a lo dispuesto en el art. 9° de esta ley.”

Cea y Morales plantean que, en primer término, la norma establece una verdadera expropiación forzosa, que no se trataría de un comiso, por ser esta una pena accesoria. Esto conlleva a que la norma podría tener un vicio de inconstitucionalidad por afectar la garantía del art. 19 N° 24 de la CPR, porque la expropiación es el único medio constitucionalmente admitido para privar a alguien del dominio. Entonces, se trataría de una expropiación, pero la LCA no haría mención a esta como tal.¹⁹⁸

Luego, les parece de dudosa legitimidad que se produzca remisión a una norma penal por incumplimiento contumaz de una norma administrativa, como es la no entrega del arma dentro del plazo de 5 días hábiles posteriores a la cancelación del permiso por reincidencia. Para justificar su rechazo a la disposición se remiten al principio de tipicidad, al que en materia penal debe darse estricto cumplimiento, pero que en materia administrativa sufre cierta atenuación, ya que el legislador consideró la conducta de una gravedad inferior. No pudiendo mezclarse en sede de tipicidad el plano de lo penal y lo administrativo, llama la atención que en caso de reincidencia solo por la contumacia del infractor se agrave la conducta, que esencialmente es la misma (en la figura en estudio permitir por negligencia que un menor a su cargo tenga un arma u elemento), y se eleve a la categoría de delito.¹⁹⁹ Compartimos sus aprehensiones, y por tanto, abogamos porque la conducta, aun en caso de reincidencia y contumaz incumplimiento, permanezca en el plano de lo administrativo sancionatorio.

¹⁹⁸ CEA y MORALES, op. cit., p. 169.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 170.

6. Capítulo IV: penalidad asignada a los delitos del inciso 1 y 2 del art. 10 A

Las conductas tipificadas en el inciso primero y segundo del art. 10 A de la LCA están sancionadas con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Por tanto, quien contando con autorización entregue a un menor alguno de los elementos de las letras a), b), c), d) o e) del art. 2, o quien teniendo a un menor a su cargo permitiere que este tenga en su poder alguno de dichos elementos, será sancionado con una pena privativa de libertad que va desde los 61 a los 540 días. Se trata de una pena temporal, divisible y de simple delito.²⁰⁰

Dentro del catálogo de penas de presidio comprendidas en nuestro ordenamiento, la prevista para este delito es la de menor cuantía, pero no implica que sea la de menor gravedad dentro del catálogo del Código Penal, porque también existía la posibilidad de imponer la pena de multa. Sin embargo, la decisión de política criminal en este caso no sorprende: una de las críticas comunes al sistema de penas de nuestro ordenamiento es la subsistencia de penas cortas de privación de libertad, consideradas de antaño como criminógenas e inútiles, y que no cumplen fines ni de prevención general, al no tener mérito que desincentive el delito, ni tampoco de prevención especial, siendo muy corto el tiempo para que opere una verdadera resocialización; y la otra crítica es que se da poca aplicación a las penas alternativas a la prisión, como las pecuniarias, que por regla general se estipulan como alternativas a la privativa de libertad.²⁰¹

6.1. El principio de proporcionalidad

Con anterioridad en este trabajo se abogó por sancionar las conductas prevista en los incisos primero y segundo del art. 10 A con pena de multa, en consideración a tratarse de un delito de peligro abstracto que afecta bienes jurídicos de carácter colectivo, y por consiguiente, de baja lesividad, por consideraciones de proporcionalidad, así como consideraciones particulares a las disposiciones de la LCA en virtud de las cuales la pena privativa de libertad se cumplirá de forma efectiva. En este apartado quisiéramos ahondar en las consideraciones al principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, como se entiende en la actualidad, es una construcción jurídica proveniente de Alemania. Ya en 1968 el Tribunal Constitucional alemán reconoció expresamente la prohibición de exceso y el principio de proporcionalidad como

²⁰⁰ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., pp. 475 y 479.

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 477.

reglas generales aplicables a todos los ámbitos de la actividad del Estado.²⁰² Su origen provino de las teorías de los fines del Estado, basadas en el Derecho Natural. Conforme a estas ideas (que luego se trasladaron a diversos ámbitos del Derecho):

“El Derecho debe servir a los intereses de los particulares y de la sociedad simultáneamente, de donde resulta la necesidad de establecer límites a la utilización de los medios jurídicos a través del examen de la oportunidad de los mismos y de la existencia de una relación proporcional entre fines y medios”.²⁰³

En la actualidad alemana, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional han hecho importantes aportes al reconocimiento del principio, creciendo poco a poco el uso de la prohibición de exceso como criterio de control de la actuación de los poderes públicos, y se ha asentado la idea de su rango constitucional, que deriva del Estado de Derecho y tiene como sustrato esencial los derechos fundamentales.²⁰⁴ Pero esta dedicación al principio no ha sido exclusiva del Tribunal Constitucional alemán, sino que también ha sido desarrollada de forma importante por el Tribunal Constitucional americano, el Tribunal de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²⁰⁵

De acuerdo al Tribunal Constitucional alemán, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se descompone en sub principios, que son el de idoneidad, de necesidad y de prohibición de exceso en sentido estricto. El de idoneidad implica que la medida estatal sea idónea para alcanzar el fin perseguido, que impone un mandato de objetividad comparable a la prohibición de arbitrariedad; el de necesidad o de elección del medio menos gravoso, exige escoger siempre el medio de intervención que sea menos lesivo de los derechos de los ciudadanos; y el de proporcionalidad en sentido estricto por su lado requiere ponderar el fin perseguido por la intervención estatal con los medios utilizados para su satisfacción, donde el medio no debe resultar desproporcionado al fin, sino encontrarse con éste en una relación adecuada, justa y razonable.²⁰⁶ En consecuencia, la proporcionalidad exige una necesaria relación entre medios y fines, y que el agente estatal escoja siempre la opción disponible que resulte menos lesiva para el individuo.²⁰⁷

²⁰² KLUTH, Winfried. Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. Cuadernos de Derecho Público (5): pp. 219-237, 1998, pp. 219 y 220.

²⁰³ *Ibid.*, p. 221.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 222.

²⁰⁵ MARDONES, op. cit., p. 144.

²⁰⁶ KLUTH, op. cit., pp. 227 y 228.

²⁰⁷ FUENTES, Hernán. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. Ius et Praxis 14(2): pp. 1-24, 2008, p. 11.

El fundamento básico de este principio radica básicamente en los derechos fundamentales, operando como límite de límites, en consideración a que aquellos relativos a la libertad “solo pueden ser limitados en la medida en que tal limitación es necesaria para la consecución de un interés público legítimo, que motiva la intervención estatal (el llamado principio de intervención mínima).”²⁰⁸

En cuanto a los destinatarios del principio, todos los poderes del Estado están ligados con él, por tanto es vinculante tanto para poder legislativo, el ejecutivo y el judicial.²⁰⁹

Se ha entendido que la ventaja que presenta este principio y el aumento en su invocación se debe, por un lado, a que otorga un parámetro para resolver la desmesura de la legislación,²¹⁰ y por otro, a que tiene especial aptitud para lograr una solución justa en el caso concreto.²¹¹

En el ámbito estrictamente penal, Politoff, Matus y Ramírez entienden que el principio de proporcionalidad postula “la proporcionalidad de la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor.”²¹²

Se puede identificar un germen de proporcionalidad penal en el Talión, que implicó en términos generales que la gravedad de la pena aplicada por el poder público debía ser graduada en relación a la entidad de la lesión jurídica. Esta idea sería recogida con posterioridad en la época del nacimiento del Derecho Penal Público y desarrollada en la Ilustración a partir de las nociones de humanización de las penas, para convertirse en la actualidad en un verdadero principio limitador del *ius puniendi*.²¹³

Mir Puig apunta a que este principio nació como exigencia de las medidas de seguridad, donde la pena no conocía el límite del principio de culpabilidad. Sin perjuicio de ello, la idea de proporcionalidad actualmente no solo es necesaria para limitar las medidas de seguridad, sino que también para graduar las penas,²¹⁴ porque la culpabilidad no basta para asegurar la proporcionalidad entre éstas y el delito, ya que solo exige que la lesión por la que

²⁰⁸ KLUTH, op. cit., p. 223.

²⁰⁹ Ibíd., p. 226.

²¹⁰ MARDONES, op. cit., p. 144.

²¹¹ KLUTH, op. cit., p. 234.

²¹² POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 71.

²¹³ FUENTES, op. cit., p. 2.

²¹⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. 8ª edición, Barcelona, Reppertor, 2008, p. 127.

se le sanciona pueda ser atribuida al sujeto.²¹⁵

La proporcionalidad se ha erigido como un principio general en toda intervención estatal que afecte derechos del ciudadano, en especial en el caso del Derecho penal, al afectar derechos fundamentales.²¹⁶ En ese sentido, Mir Puig apunta que junto con la necesidad de que la pena sea proporcionada al delito, es una exigencia de proporcionalidad que la medida de ella “se establezca en base a la importancia social del hecho (a su «nocividad social»).

Este equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos se predica tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).²¹⁷ Entonces, el principio se configura como elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, así como de justa medida de la pena, y se inspira en consideraciones de política criminal, actuando como directriz para el Estado al momento de penalizar conductas.²¹⁸ Por su íntima relación con los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, si existe forma de resolver el conflicto por vía civil o administrativa, sin necesidad de recurrir a la forma más severa de intervención estatal (Derecho penal), es una exigencia de proporcionalidad preferir éstas. Así, “dado que la sanción es un mal (como lo es el proceso), debe emplearse únicamente cuando sea indispensable y en la medida indispensable.”²¹⁹

Algunos autores han vinculado la idea de proporcionalidad con los fines y función de la pena. Por una parte, Fuentes afirma que desde una perspectiva retributiva, se requiere que la pena se corresponda con una exigencia de justicia, y que no exceda la gravedad del delito.²²⁰ Por otra, Mir Puig destaca que desde una perspectiva de prevención general positiva, a modo de afirmar la vigencia de las normas en la conciencia colectiva, es aconsejable conminar con mayor pena las normas consideradas más importantes, y con menor pena las consideradas menos importantes, para evitar que aquellas se devalúen. Pero un Estado democrático necesariamente debe, al efectuar esta ponderación, atender a la trascendencia social de las normas, por tanto, ajustar la gravedad de las penas a la importancia que tiene para la sociedad

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 128.

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 127.

²¹⁷ FUENTES, op. cit., p. 4.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 5.

²¹⁹ *Ibíd.*, p. 11.

²²⁰ *Ibíd.*, p. 15.

los hechos imputados.²²¹

El reconocimiento constitucional del principio ha suscitado variadas posiciones. A modo de ejemplo, en España, la doctrina mayoritaria afirma que el principio tiene reconocimiento y rango constitucional, emanado de la regla que prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15), la que dispone la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 in fine), la que establece la dignidad de las personas (art. 10.1) y el principio de igualdad (art. 9.2).²²² Pero prescindiendo de si se le reconoce o no dicho estatus, se ha entendido que “no es posible negar que la llamada a vincular la gravedad del injusto con la entidad e intensidad de la pena que se le asocia, emana desde los pilares más fundamentales del ordenamiento jurídico”, y en la misma línea, Roxin, al afirmar que “la limitación de proporcionalidad deriva del Principio de Estado de Derecho”.²²³

Sobre la realidad en nuestro ordenamiento, Fuentes plantea:

“El principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (art. 6, 7 y 19 N° 2 de la Carta Fundamental) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26), además del valor justicia inherente al Derecho.”²²⁴

Deduce esta afirmación, por una parte, de un voto de disidencia del Tribunal Constitucional de los Ministros Sres. Vodanovic y Fernández, Sentencia Rol 797 de 24 de enero de 2008, quienes consideran que es un principio conformador del justo y debido proceso penal, y siguiendo a Alexy, Ferrajoli, Etcheverry y Künsemüller, concluyen que la proporcionalidad es un principio de Derecho penal ubicado en la misma jerarquía que otros principios reconocido expresamente en la Constitución;²²⁵ por otra, de lo afirmado por Nogueira, que se remite a las normas constitucionales referidas por Fuentes.²²⁶

En la misma línea, Mardones afirma que el principio bien se puede extraer del derecho a la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (art. 19 N° 3), de la prohibición de afectar los derechos en su esencia (art. 19 N° 26), bien se le puede considerar un principio general del derecho

²²¹ MIR PUIG, op. cit., p. 128.

²²² FUENTES, op. cit., p. 6.

²²³ *Ibíd.*, 8.

²²⁴ *Ibíd.*, p. 13

²²⁵ *Ibíd.*, p. 9.

²²⁶ *Ibíd.*, p. 10.

constitucionalizado; y que en ese sentido el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio como baremo de legitimidad de la limitación legislativa de un derecho fundamental.²²⁷

Fuentes plantea que la proporcionalidad concreta, esto, es, aquella que se presenta al momento de la individualización judicial de la pena, tiene potencialidad de desempeñar un rol relevante para desplegar un Derecho penal racional, que le dé legitimidad a espera de otras soluciones más idóneas.²²⁸

El sistema de individualización judicial de la pena de nuestro ordenamiento tiene un carácter legal y relativo. Luego de aplicar las reglas contenidas en el Código Penal así como las contenidas en las leyes especiales, le corresponde al juez determinar la exacta medida de la pena a imponer, valorando todas las circunstancias que rodearon el hecho.²²⁹ En virtud de ello, le queda al juez cierto margen de discrecionalidad, al poder optar entre una pluralidad de penas posibles a imponer, o por sustituirla, y en cuyo proceso deben respetarse los principios jurídicos que orientan dicha actividad así como los fines perseguidos por la pena. La importancia de este espacio de juego para el juez se materializa en que puede significar para el condenado varios años de diferencia.²³⁰

Para poder efectuar un juicio de proporcionalidad en esta etapa, es necesario determinar los factores esenciales que establecen la entidad del injusto,²³¹ o en términos del Código Penal, “la extensión del mal causado por el delito”, entendida como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido. Para Fuentes estos se clasifican en objetivos y subjetivos. Los objetivos corresponden a la entidad de la lesión o grado de peligro a que se expuso el bien jurídico, la densidad del daño, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las modalidades de comisión, y en el caso de omisiones, el grado de infracción del deber o el grado de energía desplegada por el sujeto. Los subjetivos por su parte, corresponden a la calidad de los motivos determinantes, su valor o disvalor ético, y principalmente si los hechos revelan una inclinación criminal o no.²³²

Si este proceso de individualización judicial de la pena no pasa el tamiz de la proporcionalidad, Fuentes afirma que no tiene la autonomía necesaria para ser causal de

²²⁷ MARDONES, op. cit., p. 144.

²²⁸ FUENTES, op. cit., p. 16.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 17.

²³⁰ *Ibíd.*, p. 23.

²³¹ *Ibíd.*, p. 20.

²³² *Ibíd.*, pp. 20-22.

recurso de inconstitucionalidad, para lo que necesita vincularse a otros principios reconocidos y protegidos de forma directa; pero sí puede la proporcionalidad servir de base para la discusión de la determinación de la pena en audiencia.²³³

6.2. Proporcionalidad de la pena frente a las distintas hipótesis comisivas

Los delitos previstos en los incisos primero y segundo del art. 10 A prevén múltiples hipótesis comisivas, todas conminadas con la misma pena y por consiguiente, consideradas de la misma gravedad por el legislador.

Para los fines de este trabajo nos parecen relevantes, por un lado, las distintas hipótesis que se dan en relación a los diversos elementos que el adulto puede entregar o poner a disposición del menor, y por el otro, las distintas finalidades de entrega, debido a que en ambos casos se pueden suscitar hipótesis en las que los bienes jurídicos protegidos seguridad colectiva e integridad de la infancia no se ven afectados de manera alguna, ni siquiera peligran de forma abstracta, y por tanto, donde pueden suscitarse problemas de proporcionalidad; o bien situaciones donde efectivamente se produce un peligro para dichos bienes supraindividuales.

Para efectuar un examen de proporcionalidad de estas hipótesis parece adecuado remitirnos a los tres sub principios que lo componen, esto es, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, desde la perspectiva del Derecho penal. De acuerdo a Mardones, el principio de idoneidad requiere que el Derecho penal sea apto para tutelar el bien jurídico y que la pena sea adecuada para lograr el fin perseguido; el de necesidad, requiere cumplir las exigencias del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de intervención mínima y de *ultima ratio*; y el de proporcionalidad en sentido estricto implica que la gravedad de la pena debe ser ajustada al hecho cometido.²³⁴

En relación a los distintos elementos que el adulto puede entregar o poner a disposición del menor, como se indicó con anterioridad en esta investigación en la Introducción, estos pueden ser de la más variada naturaleza, incluyendo “material de uso bélico, armas de fuego, sus partes (por ejemplo, una empuñadura), sus dispositivos (un silenciador) y piezas (un cargador vacío), las municiones y cartuchos (ej. un cartucho de escopeta), sustancias químicas

²³³ *Ibíd.*, p. 22.

²³⁴ MARDONES, *op. cit.*, p. 146.

que sirven de base para la fabricación de explosivos (ej. pólvora), elementos lacrimógenos o de efecto fisiológico (ej. un spray de gas pimienta).”²³⁵ Creemos errado por parte del legislador no hacer diferencia en la cuantía de la pena respecto a la entrega de un material de guerra, que de un spray de gas pimienta o un silenciador, en atención a la nula lesividad que se produce en los tres últimos casos, y tantos otros.

Por otra parte, parece sumamente relevante la finalidad de la entrega. Por un lado, la inspiración de la reforma que introdujo la disposición mediante la Ley 20.813 fue la “lucha contra la delincuencia” y la creciente preocupación por la criminalización de la juventud, por tanto, el origen de la norma proviene de la preocupación por el uso delictual de los menores de las armas.²³⁶ Sin embargo en el camino de la discusión legislativa se introdujeron otras consideraciones, en especial la relativa a la protección de los menores, sin perjuicio de que ello tampoco quedó expresamente establecido en la disposición, de manera que en la forma en que está actualmente considerada la figura, la finalidad o contexto de entrega son indiferentes.

Por otro lado, antes de la reforma la LCA tenía incorporada la posibilidad de imponer una pena de multa para los casos en que se acreditare que la conducta relacionada a las armas (porte o tenencia ilegales) no estaba destinada a alterar el orden público, atacar las fuerzas armadas o cometer delitos,²³⁷ posibilidad que fue eliminada con la ley N° 20.813, lo que ha sido criticado por la doctrina.²³⁸ Así, Bascur afirma:

“La derogación del antiguo tipo penal privilegiado (...) conlleva que actualmente existan condenas respecto a supuestos de hecho completamente desvinculados de factores asociados a la delincuencia habitual, como por ej., contra poseedores rurales dedicados a la actividad de caza. (...) este esquema legal permitía interpretativamente distinguir niveles de lesividad que actualmente se encontrarían completamente ausentes”.²³⁹

El examen de proporcionalidad nos permitirá evaluar las hipótesis comisivas en que no se produzca una afectación a la seguridad colectiva o a la protección de niños, niñas y adolescentes, ni siquiera de forma abstracta, como es el caso en que la entrega del elemento no tenga una finalidad delictiva, sino recreativa o de defensa, y cuando los elementos no tengan una entidad de peligrosidad suficiente para comprometer la seguridad colectiva o la vida,

²³⁵ VILLEGAS, op. cit., p. 22.

²³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit., p. 4.

²³⁷ VILLEGAS, op. cit., pp. 11 y 46.

²³⁸ MARDONES, op. cit., p. 149; VILLEGAS, op. cit., p. 46; BASCUR, op. cit., p. 591.

²³⁹ BASCUR, op. cit. p. 591.

integridad física o moral de los menores.

Así, la idoneidad exige que el tipo penal describa conductas que afecten de algún modo el bien jurídico, de lo contrario, no existe protección alguna del mismo; y atendiendo a la configuración de los bienes jurídicos supraindividuales, esto debe concretarse en que se produzca un peligro para bienes jurídicos de primer orden, como la vida, la integridad personal o la propiedad.²⁴⁰ En los supuestos previstos de fines de defensa o de elementos que no configuran armas de fuego en sí y con dicha funcionalidad, parece que efectivamente esta exigencia no se cumple.

Desde la perspectiva de la necesidad, se dan requerimientos de lesividad, y a su vez, de intervención estatal por medio del derecho Penal como última alternativa, y en ese caso, con el medio disponible menos lesivo de derechos fundamentales.²⁴¹ En los caso de estudio, es discutible que se dé cumplimiento a la lesividad, porque más que tratarse de una situación de peligro abstracto, parece ser una hipótesis de peligro presunto; pero aun aceptándose la lesividad de la conducta y su castigo mediante el Derecho penal, la pena privativa de libertad (que puede alcanzar 540 días y que deberá ser siempre efectiva) no necesariamente es la única alternativa, pudiendo en casos como éstos preverse una pena de multa (como se preveía antes de la reforma), para cumplir con los mismos fines de retribución y prevención.

Finalmente, desde la perspectiva de proporcionalidad en sentido estricto, aun cuando el medio utilizado (pena privativa de libertad) cumpla las exigencias de idoneidad y necesidad en relación al bien jurídico, puede ser desaconsejable su utilización, “porque el menoscabo de derechos fundamentales del afectado que conlleva supera el aumento de protección del bien jurídico, de manera que la utilización de dicho medio de protección, puede ser reputado desproporcionado.”²⁴² Esto ocurre en los casos, como los de estudio, en que las puestas en peligro previstas por el legislador son de muy diversa intensidad, pero sin que la respuesta punitiva responda adecuadamente a dicho diverso grado de peligrosidad que la acción puede revestir. Cuando no existe posibilidad de privilegiar punitivamente las formas de actuación que revisten peligrosidad escasa, donde el contenido de injusto es irrelevante, como la entrega a un menor de un cartucho vacío o la entrega de un padre a una hija de un gas pimienta para su

²⁴⁰ MARDONES, op. cit., p. 147.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Ibíd.*, p. 148.

defensa, por una tipificación amplia, laxa y poco prolija como la del artículo 10 A de la LCA, se da una indiscutible vulneración a la proporcionalidad.²⁴³

A mayor abundamiento, creemos que en el caso del art. 10 A al imponerse la sanción en situaciones como las descritas en que no se pone en peligro la seguridad colectiva de la comunidad ni la integridad física o moral de los menores, la vulneración de derechos fundamentales no se da no solo para el padre, madre o tutor, que tendrá que cumplir de forma efectiva una pena de privativa de libertad, sino que también para el menor a su cargo, que será separado de su figura representativa. Parece un sinsentido que si uno de los bienes jurídico penales que la disposición busca proteger es la integridad de la infancia, entendida de forma global e íntimamente relacionada con el interés superior del niño, niña o adolescente, su figura paternal principal que lo provee en sus necesidades básicas y afectivas, sea separado y sometido a una pena estigmatizadora. Creemos que no es aventurado decir que la pena de cárcel del padre o tutor afectará negativamente el desarrollo del menor. Así se ha manifestado por los expertos:

“A un nivel general, la literatura especializada ha asociado la experiencia del encarcelamiento parental a una edad temprana con eventuales comportamientos antisociales en el futuro, dentro de los cuales se destacan acciones delictuales, uso de drogas, deserción y fracaso escolar, desempleo, problemas de salud mental, entre otros. Esto es conocido como la teoría del aprendizaje social, la cual explica que los menores tenderían a imitar y legitimar las conductas aprendidas de sus padres. (Murray & Farrington, 2008; IPP UDP, 2015; Hagan & Dinovitzer, 1999; Arditti, 2003; Johnson & Waldfogel, 2002; Johnson & Easterling, 2012; Murray & Murray, 2010). En términos empíricos, Murray & Farrington (2008) destacan que en estudios realizados en Inglaterra se ha encontrado que los hijos de prisioneros tienen, aproximadamente, tres veces mayor riesgo de manifestar comportamientos antisociales al largo plazo. Asimismo, mediante la teoría del trauma, se explica que la separación forzosa estaría asociada a una serie de traumas psicológicos y sociales que entorpecen el desarrollo de la niñez de los hijos e hijas como, por ejemplo, la pérdida en la relación de apego con su madre o el hecho de tener que asumir a una temprana edad responsabilidades y roles que compensen las necesidades y carencias domésticas, emocionales y económicas de la familia (IPP UDP, 2015; Arditti, 2003; Johnson & Waldfogel, 2002; Murray & Murray, 2010). Dichos traumas estarían asociados a cuadros de ansiedad, estrés, inseguridad y baja autoestima, problemas de relaciones, trastornos del sueño y alimenticios, entre otros, los cuales derivarían, finalmente, en conductas desviadas o antisociales. Por último, siguiendo esta línea, mientras más larga es la condena, es decir, mientras más tiempo dure la separación con su madre o padre, mayores son las consecuencias adversas para los hijos/as (Murray & Farrington, 2008; Johnson & Easterling, 2012; Murray & Murray, 2010; Valenzuela, Stiven, Marcazzolo, & Larroulet, 2012). Así, según Murray & Farrington (2008), el 30% de los hijos de prisioneros sufrirían algún tipo de daño a su salud mental durante su niñez y adolescencia, cifra que contrasta con el 10% del resto de los niños.”²⁴⁴

²⁴³ En el mismo sentido, VILLEGAS, op. cit., pp. 23 y 24.

²⁴⁴ LIZANA, I., PALMA, G. Impacto del encarcelamiento sobre los hijos e hijas de madres en privación de libertad. La experiencia en el Centro Penitenciario Femenino de San Joaquín. Tesis para optar al grado de título profesional de sociólogo. Santiago de Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, 2018, p. 7.

Por tanto, es posible concluir que tal como está tipificada la conducta consistente en entregar o poner a disposición de un menor un elemento o arma, vulnera el principio de proporcionalidad. En principio, parece ser solo un llamado de atención al legislador para tener en consideración en futuras reformas, pero de acuerdo a lo afirmado por Fuentes, es también un llamado al juez, para que al momento de individualizar judicialmente la pena pueda dar cumplimiento a la exigencia de proporcionalidad, en sentido estricto. Es precisamente en ese espacio de discrecionalidad, que en el delito en estudio va desde los 61 a los 540 días de privación de libertad para el afectado (lo que no nos parece una diferencia despreciable), en que el juez puede tomar en consideración aquellas diferencias esenciales entre las distintas hipótesis comisivas, y considerar tanto elementos objetivos, como de qué elemento se trata, así como subjetivos, relativos al fin con que el adulto inicia al menor en la tenencia del objeto, así como el nivel de negligencia paterno filial involucrado, y, como dijimos, las perniciosas consecuencias para dicho menor de que su padre, madre o tutor sea encarcelado.

Nos parece que, en definitiva, aun cuando el legislador haya considerado de igual gravedad que un tercero entregue a un menor un arma de fuego cargada que pueda ser percutida inmediatamente para la comisión de un delito, y el que un padre o madre en un contexto rural permita que esté al alcance de un hijo menor un cartucho de escopeta o un cargador vacío, el juez puede (y a nuestro entender, debe) dar espacio en el rango de discrecionalidad en que ejerce su potestad considerar dichas diferencias, y así, dar cumplimiento al principio de proporcionalidad.

6.3. La pena del art. 10 A frente a la conducta atípica del receptor menor de 14 años

Una persona menor de 18 años no puede poseer o portar legítimamente un arma o elemento regulado, porque el permiso para hacerlo constituye la respectiva autorización administrativa, dentro de cuyos requisitos está la mayoría de edad. Consecuentemente, la tenencia o porte de ese menor será ilegítima si no se encuentra en el caso del menor deportista prevista en el art. 5 A letra a) de la ley N° 17.798.²⁴⁵ Para el mayor de 14 y menor de 18 años, esto constituiría un delito de tenencia o porte ilegal, sancionado en el art. 9 de la LCA incisos primero y segundo, respecto de los elementos tipificados en las letras b), c), d) y e) del art. 2 y

²⁴⁵Art. 5° A: Las autoridades señaladas en el artículo 4° solo permitirán la inscripción de una o más armas cuando su poseedor o tenedor cumpla con los siguientes requisitos: a) Ser mayor de edad. Se exceptúan de este requisito los menores de edad que se encuentren registrados como deportistas (...).

en el art. 13 inciso segundo, respecto del material de uso bélico tipificado en la letra a) del art. 2, todo en conformidad a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Sin embargo, respecto del menor de 14 años, se trata de una conducta atípica, porque de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el menor de 14 años es inimputable, esto es, incapaz de culpabilidad,²⁴⁶ en conformidad a lo previsto en el art. 10 N° 2 del Código Penal y el art. 3 de la ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

Como se indicó en el Capítulo Primero de esta investigación, en el hecho de que un adulto entregue o permita que un menor tenga en su poder un arma o elemento existe otro hecho que se puede considerar principal, que es la tenencia por parte del menor de dicha arma o elemento, porque lo que se busca prever es precisamente la generación de dicha situación de posesión o porte en un menor.²⁴⁷ En el caso del menor de 14 años dicha conducta principal no se encuentra sancionada, en virtud de concurrir la causal de exculpación de inimputabilidad por minoría de edad. Por tanto, el hecho principal se encuentra exento de sanción en nuestro ordenamiento, pero este otro hecho que entonces podríamos denominar accesorio, la entrega del elemento, recibe una pena privativa de libertad, lo que parece desproporcionado.²⁴⁸ Sin embargo, esto podría recibir explicación derivado de que uno de los bienes jurídicos que protege la disposición es la protección de la infancia, y dentro de esta concepción global los niños de menor edad (no adolescentes) requieren una protección especial, en virtud de la vulnerabilidad de su condición.

6.4. La pena frente al delito cometido por el menor en que el autor es partícipe, en conformidad al art. 17 B

El art. 10 A inciso 4 de la LCA dispone:

“Las sanciones dispuestas en este artículo son sin perjuicio de las que corresponda imponer al menor de edad mayor de catorce años, de conformidad con lo establecido en la ley N° 20.084, por los delitos contemplados en la presente ley que cometiere con las armas que ésta trata”.

A su vez, el art. 17 B inciso primero de la misma ley dispone:

“Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3°, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.”

²⁴⁶ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 295.

²⁴⁷ VILLEGAS, op. cit., p. 23.

²⁴⁸ *Ibíd.*

En consideración a lo anterior, la sanción al adulto por facilitar un arma o elemento al menor adolescente no obsta a que dicho adolescente sea sancionado a su vez por el respectivo delito de la LCA que con dicha arma o elemento cometiere, como posesión o porte ilegal, o disparo injustificado. Asimismo, la sanción al adolescente por el respectivo delito de la LCA habría de sancionarse en concurso real con el respectivo delito en que haya sido empleado el objeto.²⁴⁹

Por su parte, el acto de transferencia del adulto, además de constituir el delito previsto en el art. 10 A podría constituir a la vez una variante de intervención en el delito o cuasidelito que el adolescente receptor haya producido con el arma. A mayor abundamiento, Bascur entiende que esto se justifica, por un lado, en que la disposición no requiere ningún fin de la entrega en particular, bastando el dolo de entregar el elemento, constituyéndose el delito o cuasidelito del adolescente como un evento de relevancia adicional; y por otro, en que las reglas generales de concurso permiten que éste se configure entre un delito contra un bien jurídico colectivo (el sancionado en el art. 10 A de la LCA) y otro contra un bien jurídico individual, en que el adulto es coautor o partícipe.²⁵⁰

Villegas advierte la desproporción que se produce entre la pena privativa de libertad del facilitador y el hecho principal cometido por el adolescente con el elemento, y la gravedad de esta situación, indicando:

“Cuando con el arma el menor haya cometido delito, la conducta puede ser punible como homicidio, lesiones, dolosas o culposas, y el adulto podría haber obrado como autor mediato o cómplice, o coautor del art. 15 N° 3 (“facilitando los medios con que se lleva a cabo el hecho”). Esto es particularmente grave si consideramos la regla establecida en el art. 17 B inciso primero, en cuya virtud, el adulto sería castigado por su intervención en el hecho delictivo y además por este delito del art. 10 A.”²⁵¹

Nuevamente, esto podría explicarse, en parte, a que el delito del art. 10 A protege bienes jurídicos colectivos de peligro abstracto, que se diferencian del delito de lesión en que el adulto participa. Que se lesione a un tercero es completamente indiferente para la imposición de la pena en conformidad al delito de entrega de armas a menores, porque la puesta en peligro potencial de la integridad de la infancia o de la seguridad colectiva para la comunidad se

²⁴⁹ BASCUR, op. cit., p. 577.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 577 y 578.

²⁵¹ VILLEGAS, op. cit., p. 23.

verificó. No existe un adelantamiento de la punibilidad, sino que se trata de una conducta que protege cuestiones completamente diferentes.

7. Capítulo V: el delito de entrega de armas a menores en el derecho comparado

7.1. Argentina

El Código Penal argentino prevé la entrega de arma a un menor de 18 años como una agravación del delito de entrega de arma a quien no acredita su condición de legítimo usuario.²⁵²

Así, el art. 189 bis numeral cuarto de dicho cuerpo legal dispone:

“(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).”²⁵³

Por consiguiente, la pena aumenta desde el rango de uno a seis años, al de tres años y seis meses a diez años, si la entrega se hace a un menor de 18 años, y si el facilitador tiene autorización para la venta del arma, se le impone además una inhabilitación especial absoluta y perpetua y una multa de diez mil pesos.

7.2. Perú

No existe en la legislación peruana una disposición que expresamente se refiera a un delito específico de entrega de armas a menores, pero sí existen dos disposiciones aplicables a tal situación.²⁵⁴

En primer término, el 279-G del Código Penal peruano, incorporado el año 2016, dispone en sus incisos primero y segundo:

“El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e

²⁵² HENRÍQUEZ, F., SANTANDER, F., SATELER., R. La regulación de las armas en el derecho comparado, conceptos generales. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago de Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2019, p. 49.

²⁵³ Énfasis añadido.

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 64.

inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

Será sancionado con la misma pena el que presta, alquila o facilita, siempre que se evidencie la posibilidad de su uso para fines ilícitos, las armas o bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando las armas o bienes, dados en préstamo o alquiler, sean de propiedad del Estado.”²⁵⁵

De conformidad con esta disposición, se sanciona al que facilita un arma de fuego a otro que no se individualiza, pero con fines ilícitos, por lo que en ese supuesto, puede aplicarse al caso de la entrega de arma a menores.²⁵⁶

Por otro lado, el art. 64 letra f) de la Ley de Control de Armas peruana dispone lo siguiente: “En aplicación de la presente Ley, quedan prohibidas, y por tanto pasibles de sanción, las siguientes conductas: f) Vender o entregar productos pirotécnicos o materiales relacionados a menores de edad.” Por consiguiente, se sanciona específicamente la entrega de material pirotécnico y sus materiales relacionados a menores.²⁵⁷

7.3. Colombia

En el Código Penal colombiano y en su legislación sobre armas, Decreto Ley N° 2535 de 1993, no se hace mención alguna al delito de entrega o puesta a disposición de menores de armas.

Sin perjuicio de ello, existe legislación relativa al reclutamiento y vinculación de los menores de edad en las filas de los ejércitos ilegales de Colombia, en virtud de la complejidad de la situación de los niños y niñas en las zonas de conflicto de dicho país.²⁵⁸

Así, Montoya afirma:

“El conflicto armado colombiano ha permanecido por más de cinco décadas, durante las cuales ha involucrado y afectado a la población civil de diferentes maneras, especialmente a los niños/as y jóvenes, los cuales se han visto inmersos desde muy temprana edad en el mundo de la guerra, participando como testigos de asesinatos, de ataques indiscriminados a la población civil, siendo víctimas del desplazamiento forzado, y sometidos a esclavitud, explotación y servidumbre por parte de los actores en conflicto (ONU, 2006). (...) Las anteriores han sido razones que justifican por qué Colombia se encuentra como uno de los treinta países donde los niños/as sufren más a causa del conflicto armado, y el cuarto país entre los países del mundo

²⁵⁵ Énfasis añadido.

²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 64.

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ MONTROYA, Ana. Niños y jóvenes en la guerra en Colombia. Aproximación a su reclutamiento y vinculación. *Opinión Jurídica* 7(13): pp. 37-51, 2008, p. 37.

con mayor número de niños/as y jóvenes en los grupos armados ilegales”.²⁵⁹

Existen disposiciones en variados instrumentos normativos, nacionales e internacionales, estos últimos suscritos y ratificados por el Estado colombiano, que prohíben expresamente el reclutamiento de menores de edad. Estas son, en el ámbito internacional, el art. 38 de la Convención de los Derechos del Niño; el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños/as y adolescentes en los conflictos armados; los artículos 14, 17, 23, 24, 38 y 50 del el Convenio IV de Ginebra; el Protocolo II adicional a los IV Convenios de Ginebra; el Convenio 182 de 1999 OIT relativos a las peores formas de trabajo infantil; el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y el art. 18 del Estatuto de Roma. En el ámbito nacional colombiano, está el art. 162 de su Código Penal y la ley N° 985 de 2005 que introduce modificaciones a la tipificación de la trata de personas.²⁶⁰

7.4. Brasil

Le legislación brasileña sobre control de armas, ley N° 10.836 del año 2003 conocida como el “Estatuto de Desarme”, contempla una sola disposición relativa a la entrega de armas a menores, y más propiamente se refiere a la omisión del debido cuidado para que un menor de 18 años o una persona con deficiencia mental se apodere de dicha arma, en una redacción que asemeja la norma a la tipificada en Chile en el art. 10 A, particularmente en el inciso segundo.

Así, en el Capítulo IV de dicha normativa, a propósito de la Omisión de Cautela, el art. 13 dispone:

“Incumplimiento de las precauciones necesarias para evitar que una persona menor de dieciocho (18) años o una persona con retraso mental tome posesión de un arma de fuego que esté en su posesión o que sea de su propiedad.

Pena – detención, de 1 (uno) a 3 (tres) años, y multa.”²⁶¹

En relación a su entrega propiamente tal, solo parece aplicable la disposición del art. 17 de la ley, tipificada en el Capítulo IV, a propósito del Comercio Ilegal de Arma de Fuego. Así, el art. 17 dispone:

²⁵⁹ MONTROYA, ob. cit., p. 39.

²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 43 y 44.

²⁶¹ “Art. 13. Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.” Traducción mía.

“Comprar, alquilar, recibir, transportar, conducir, ocultar, depositar, desensamblar, montar, remontar, adulterar, vender, exhibir para la venta o de cualquier forma, para beneficio de terceros o en el ejercicio de actividades comerciales o industriales, armas de fuego, accesorios o municiones, sin autorización o en desacuerdo con la determinación legal o reglamentaria:

Pena – reclusión, de 4 (cuatro) a 8 (ocho) años, y multa.”²⁶²

En consecuencia, la disposición es aplicable al caso de venta de un arma a un menor de 25 años, porque en ese contexto se estaría dando una comercialización del elemento en contravención a lo dispuesto por la ley, que dispone dicho límite de edad para adquisición de armas y municiones en el art. 28.

7.5. Reino Unido

En la legislación del Reino Unido se encuentra el delito de proveer de armas a menores de edad, regulado en la *Firearms Act* de 1968, en la sección N° 24. Dicha disposición establece que constituyen delito:²⁶³

- 1) Vender o arrendar armas clasificadas como “*firearms*” a un menor de 17 años. La pena es de tres meses de prisión, multa de cinco mil euros, o ambas.
- 2) Regalar, prestar o permitir que un menor de 14 años acceda a armas clasificadas como “*firearms*” o municiones. La pena es de seis meses de prisión, multa de cinco mil euros o ambas.
- 3) Regalar una escopeta o su munición a un menor de 15 años. La pena es de mil euros de multa.
- 4) Regalar o permitir que un menor de 17 años acceda a un arma de aire o su munición. La pena es de mil euros de multa.

Las sanciones señaladas fueron establecidas por *The Firearms (Amendment) Regulations* de 2010, que modifica la sanción del delito establecido en la *Firearms Act* de 1968.²⁶⁴

²⁶² “Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.” Traducción mía.

²⁶³ HENRÍQUEZ, SANTANDER Y SATELER, op. cit., pp. 115 y 116.

²⁶⁴ *Ibíd.*

7.6. Estados Unidos²⁶⁵

En los Estados Unidos son los estados, y no el gobierno federal, los que tienen el poder para criminalizar conductas, por tanto, debe atenderse a la particular regulación que en ellos se ha hecho de la facilitación de armas a menores.

En términos generales, la mayoría de los estados tienen leyes diseñadas para evitar que los menores accedan a armas de fuego. Las leyes más estrictas imponen responsabilidad penal cuando un menor de edad obtiene acceso a un arma almacenada de manera negligente; las más débiles prohíben que las personas provean directamente un arma de fuego a un menor. Existe una amplia gama de leyes que se encuentran entre estos extremos, incluidas leyes que imponen responsabilidad penal por armas de fuego almacenadas de forma negligente, pero solo cuando el niño usa el arma de fuego y causa la muerte o lesiones graves. Las leyes más blandas imponen responsabilidad solo en caso de conducta imprudente, de conocimiento o intencionalidad por parte del adulto. Los estados también difieren en la definición de "menor" con el propósito de prevenir el acceso de niños a las armas de fuego.

Catorce estados (California, Connecticut, Florida, Hawaii, Illinois, Iowa, Maryland, Massachusetts, Minnesota, New Hampshire, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Rhode Island, y Texas) tienen leyes que imponen responsabilidad penal a las personas que almacenan negligentemente armas de fuego, donde los menores de edad podrían tener acceso al arma. Por lo general, estas leyes se aplican cuando la persona "sabe o debe saber razonablemente" que un niño puede tener acceso a dicho elemento.

Existen distintas variaciones en estos tipos de leyes, que incluyen si el niño debe usar el arma de fuego y si el arma debe estar cargada.

Las leyes más amplias se aplican independientemente de si el niño obtiene la posesión del arma de fuego. Massachusetts y Minnesota imponen responsabilidad en circunstancias en que un niño puede (Massachusetts) o es probable que (Minnesota) obtenga acceso a un arma de fuego. En Hawái, Maryland, Nueva Jersey y Texas, existe responsabilidad cuando un niño obtiene acceso a un arma de fuego almacenada incorrectamente. En estos estados, no es

²⁶⁵ La información de este apartado proviene de la traducción mía de partes del documento SENATE COMMITTEE SERVICES. Summary of state child access prevention laws [en línea] Washington State Legislature.

<<http://leg.wa.gov/Senate/Committees/LAW/Documents/SummaryOfStateChildAccessPreventionLaws.pdf>>
[consulta 30 mayo 2019]

necesario que el niño use el arma de fuego ni cause ninguna lesión.

California, Connecticut, Florida, Illinois, Iowa, New Hampshire, Carolina del Norte y Rhode Island requieren que el niño posea o use el arma de fuego de alguna manera antes de que exista la responsabilidad. En California, Connecticut, Illinois, Iowa y Rhode Island, el estatuto se aplica cuando el niño usa el arma de fuego para causar la muerte o lesiones graves. California, Iowa, Florida, New Hampshire y Carolina del Norte también imponen responsabilidad cuando el menor lleva el arma de fuego a un lugar público y/o usa el arma de fuego de manera amenazante. Los estatutos de New Hampshire y Carolina del Norte también imponen responsabilidad cuando el niño usa el arma de fuego en la comisión de un delito.

Hawái y Massachusetts imponen responsabilidad incluso si el arma de fuego está descargada. Solo en el caso de pistolas, California impone la responsabilidad cuando el niño lleva una pistola cargada o descargada fuera de las instalaciones. Todos los demás estados requieren que el arma de fuego esté cargada para que se imponga la responsabilidad.

Los estados permiten varias excepciones a sus leyes de prevención de acceso infantil. La excepción más común se aplica cuando el arma de fuego se almacena en un contenedor cerrado (California, Connecticut, Florida, Hawái, Illinois, Iowa, Minnesota, New Hampshire, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Rhode Island, Texas). Otra excepción común se da cuando el menor obtiene acceso al arma de fuego a través de la entrada ilegal a las instalaciones (California, Connecticut, Florida, Hawaii, Illinois, Iowa, Maryland, Nueva Hampshire, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Rhode Island, Texas). Otras excepciones incluyen los casos en que el arma de fuego se usa para la caza, tiro deportivo y/o con fines agrícolas, donde el menor usa el arma de fuego en defensa de sí mismo o de otros, se usa para ayudar a hacer cumplir la ley o cuando el niño ha completado un curso de seguridad de armas de fuego.

Varios estados imponen un estándar más débil para la responsabilidad penal cuando el menor es autorizado para acceder a un arma de fuego. Colorado, Delaware, Georgia, Indiana, Kentucky, Mississippi, Missouri, Nevada, Oklahoma, Tennessee, Utah, Virginia y Wisconsin prohíben que las personas proporcionen suministro a menores de algún o todo tipo de armas de fuego intencionalmente, a sabiendas y/o imprudentemente. Las leyes de Missouri, Nevada, Oklahoma y Utah se aplican a todas las armas de fuego; Delaware, Wisconsin y Virginia prohíben proporcionar a los menores armas de fuego cargadas; Las leyes de Colorado, Georgia, Kentucky, Mississippi y Tennessee solo prohíben el suministro a menores de

revólveres o armas cortas.

Georgia, Indiana, Kentucky, Oklahoma, Tennessee y Utah imponen un estándar menos estricto a los padres y tutores, siempre que estos se responsabilicen por proporcionar armas de fuego a los menores cuando saben que existe un riesgo sustancial de que el menor use el arma para cometer un crimen.

Massachusetts y el Distrito de Columbia requieren que todas las armas de fuego se almacenen con dispositivos de bloqueo para evitar descargas accidentales.

Como se anticipó, la edad que hace aplicable la ley de prevención de acceso infantil varía de un estado a otro, desde niños menores de 14 años hasta menores de 18 años. Son considerados menores para estos efectos, los menores de 18 años en California, Colorado, Delaware, Georgia, Indiana, Kentucky, Massachusetts; los menores de 17 años en Texas; los menores de 16 años en Connecticut, Florida, Hawái, Maryland, New Hampshire, New Jersey, Rhode Island; y los menores de 14 años en Illinois, Iowa, Virginia, Wisconsin.

8. Conclusiones

1. La LCA introdujo el delito de entrega de armas a menores en el año 2015, mediante la reforma de la Ley N° 20.813. Si bien endurecer las penas de quienes entregaban armas a menores de edad con fines delictivos fue uno de los dos fundamentos de la reforma, la figura quedó tipificada de manera deficiente.
2. Se trata de un delito de peligro abstracto que protege bienes jurídicos supraindividuales: la seguridad colectiva y la integridad de niños, niñas y adolescentes y de su entorno. Tanto dicho tipo de bien jurídico penalmente protegido, de carácter colectivo, como la categoría de delito de peligro abstracto, han sido duramente criticados, principalmente desde una perspectiva de lesividad y de proporcionalidad.
3. Desde una perspectiva de culpabilidad, la figura de los incisos primero y segundo es dolosa, y la del inciso tercero culposa. Dicha consideración debe referirse tanto al hecho como a las circunstancias concomitantes, pues la atención al bien jurídico protegido protección de la integridad de la infancia apunta a que se atienda primordialmente al interés superior del niño y los hechos y actos que atentan contra éste, como por ejemplo encontrarse el menor sometido a un contexto delictual o una negligencia parental que lleve a una situación de riesgo para sí como para otros. Este tipo de consideraciones aparecen de manera tangencial en la discusión legislativa que dio origen a la reforma.
4. El delito de entrega de armas a menores resiste multiplicidad de hipótesis comisivas. Las más problemáticas son la finalidad de entrega, que no necesariamente debe ser delictiva, y la diversidad de elementos que pueden ponerse a disposición del menor.
5. A modo meramente ejemplificativo, podemos afirmar que el legislador considera de igual gravedad la conducta del tercero que entrega un arma cargada disponible de forma inmediata para ser percutida, a un menor de edad, para la comisión de un delito; la del padre que en un contexto rural entrega un arma a su hijo con fines recreativos; o la del padre o madre que deja a disposición de un menor un silenciador, un gas pimienta o un cartucho vacío. Nos parece evidente la desproporción que esta situación genera.

6. Respecto a la finalidad de entrega, la norma no permite distinguir si esta es delictiva, o bien para fines de seguridad, defensa, protección o recreación. Nos parece una decisión errada del legislador, habida consideración de que la “la lucha contra la delincuencia” fue la principal motivación que originó la reforma legal, y también considerando que el interés superior del niño, niña o adolescente no se ve conculcado de igual forma en los distintos contextos.
7. Respecto a la diversidad de elementos que el menor puede tener a su disposición, nos parece del todo desproporcionado que se sancione con igual pena permitir acceso a un menor a armas de fuego cargadas e idóneas para ser utilizadas como tal, que los demás elementos, inidóneos por sí mismos para ser utilizados como un arma que percute una munición. La diferencia de lesividad es evidente: la posesión del menor de un elemento inidóneo para producir un daño no genera una situación de peligro, ni siquiera abstracto, para el bien jurídico seguridad colectiva, en virtud de no afectar de forma alguna las condiciones bajo las cuales la población pueda esperar que sus bienes jurídicos individuales no se vean afectados; asimismo, tampoco nos parece que se produzca una afectación a la protección de la infancia integral, debido a que no se afectaría la forma en que el menor puede ejercer su derecho a la vida, la integridad física o el desarrollo pleno de su personalidad.
8. Así, tomando en consideración las distintas finalidades de entrega, los diversos elementos que el menor puede poseer, que la tenencia del elemento por un menor de 14 años es una conducta atípica, que en virtud del art. 17 B la pena privativa de libertad prevista para el delito debe cumplirse de manera efectiva, que esta va desde los 61 a los 540 días, y de las perniciosas consecuencias para los menores de que sus padres o tutores estén privados de libertad, concluimos que la disposición vulnera el principio de proporcionalidad, no cumpliendo con los requisitos de idoneidad de la sanción, de necesidad de la misma y de proporcionalidad entre la conducta y la afectación al bien jurídico.
9. A pesar de que *de lege lata* la conducta se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento, nos parece que la situación que el legislador pretende evitar a título de protección de la seguridad colectiva, esto es, la tenencia de un arma o elemento regulado o prohibido por parte de un menor de edad, y que consideramos el hecho

principal se encuentra debidamente protegida por medio de la tipificación del preciso delito de posesión o porte que el menor puede cometer en relación a la ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, cuando es mayor de 14 años y menor de 18. Nos parece que sancionar al adulto de forma adicional por un hecho accesorio y con una pena privativa de libertad es excesivo, considerando el art. 17 B inciso primero, en virtud del cual el adulto puede ser sancionado tanto a título de facilitador por el art. 10 A (con una pena privativa de libertad) como en calidad de coautor del art. 15 N° 3 o partícipe por el delito que cometa el menor con el arma. Tomando en consideración que la norma también busca proteger la integridad de la infancia, creemos que, en el supuesto de que esta se vea afectada, una pena de multa sería suficiente para satisfacer la necesidad de protección de dicho bien jurídico, que consideramos relevante.

10. Nos parece enteramente adecuada la sanción a título de infracción administrativa de la conducta culposa prevista en el inciso tercero del art. 10 A, por cumplir con la necesidad de lesividad y proporcionalidad. Sin embargo, nos parece discutible la remisión que se hace en la parte final de dicha norma al Derecho penal, ya por darse una especie de expropiación forzosa, ya por mutar el estatuto al cual está sometida la sanción por un solo incumplimiento contumaz, con todas las consecuencias que se derivan de uno y otro régimen sancionatorio.
11. El estudio del derecho comparado nos permite concluir que en la mayoría de las legislaciones estudiadas no existe un delito como el chileno, y que ni siquiera existe mayoritariamente una disposición que sancione en específico la entrega de armas a menores. No existe disposición alguna relativa a la entrega de armas a menores en España, Perú y Colombia; en Argentina como mera agravación de la entrega de arma a quien no es legítimo usuario, en Brasil como omisión del cuidado debido para que un menor tome posesión de un arma, y en Reino Unido el delito distingue distintas circunstancias, pero a modo ejemplificativo destacamos que se sanciona con pena de tres meses de prisión, multa o ambas al que vende un arma a un menor de 17 años.
12. Estados Unidos por su parte, tiene una regulación federal que contempla en la mayoría de los estados leyes diseñadas para evitar que menores accedan a armas de

fuego, aunque es necesario tener en consideración que se trata de una regulación relativa a armas de fuego (y no que comprende la disparidad de elementos de la ley chilena), y que en dicho país existe la Segunda Enmienda, que reconoce el derecho constitucional de los ciudadanos estadounidenses a poseer y portar armas, que genera una situación de circulación de armas muy distinta a la realidad chilena.

13. Sumado a lo anterior, está la nula aplicación en la práctica de la figura. Actores del sistema penal manifiestan no tomar conocimiento de causas sobre este delito, y las cifras entregadas por la Defensoría Penal Pública y Ministerio Público también dan cuenta de la inexistencia de este tipo de causas.
14. Concluimos que es evidente que la incorporación de la figura corresponde a una utilización simbólica del Derecho penal: se da predominio de la labor comunicativa del mismo por sobre la de protección de bienes jurídicos; se produce una ganancia al corto plazo para los intervinientes políticos; no busca ni da solución a un problema de real afectación de la seguridad; se efectúan acciones declarativas mediante la incorporación de un delito que buscan apaciguar a la sociedad, pero que no pretende tener aplicabilidad en la práctica; y no atiende a la verdadera fuente del problema, sino que mejora la imagen del legislador y produce una (falsa) sensación de seguridad. Creemos que si la verdadera preocupación del legislador, como pareció ser originalmente, era la criminalidad juvenil, el camino punitivizante fue el más fácil pero el menos efectivo.
15. Este fenómeno no es exclusivo de la LCA y tampoco es nuevo. Responde a la llamada expansión del Derecho penal, donde se da protección a nuevos bienes jurídicos de carácter supraindividual, se recurre a nuevas figuras típicas como el delito de peligro abstracto, se desdibujan algunos de los principios clásicos del Derecho penal como el de lesividad, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de proporcionalidad, y todo ello en el contexto de la sociedad de riesgo y de la pretensión ciudadana de mayor seguridad, que el Estado satisface recurriendo al Derecho penal, incluso cuando la supuesta pretensión de seguridad no tiene un fundamento real.
16. Proponemos la incorporación de la posibilidad de imponer una pena (penal) de multa, en los casos en que no se advierta una afectación del bien jurídico seguridad

colectiva o integridad de los niños, niñas y adolescentes ni siquiera a título de peligro abstracto, como es el caso de que los elementos no sean idóneos para producir daño a los bienes jurídicos supraindividuales (por la diversidad de elementos que puede tener el menor que no constituyen un arma de fuego percutible), así como la situación en que se acredite que la finalidad de entrega no sea delictiva, sino de recreación o defensa. Esta posibilidad ya existía en la LCA antes de la reforma de la Ley N° 20.813, respecto de los casos de posesión o porte ilegal, cuando se acreditaba que no estaba destinado a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o cometer delitos. Parece plenamente concordante con el principio de proporcionalidad poder privilegiar punitivamente las conductas que no tienen dicha finalidad.

17. Ya asumiendo la legislación en el estado en que se encuentra, invocamos la responsabilidad que tiene el juez al momento de la individualización judicial de la pena de aplicar el principio de proporcionalidad, allí donde el legislador no lo hizo. Por ello, consideramos que el juez puede, y debe, tomar en consideración todas las circunstancias objetivas y subjetivas del caso para poder, dentro de los límites de su discrecionalidad, aplicar la pena dentro del rango de 61 a 540 días que parezca más idónea, necesaria y proporcional, con especial consideración a la finalidad de entrega, la naturaleza del elemento que el menor tuvo en su poder, si la sanción se impone sumada a la a aplicarse por un delito cometido con el elemento, la falta de consideración del tercero o de los padres o tutores a la protección de los menores, entre otros.

9. Bibliografía

- ACALE, María. Los delitos de mera actividad. Revista de Derecho Penal y Criminología (10): pp. 11-45, 2002.
- BARRIENTOS, Deysi. Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Nuevo Foro Penal (84): pp. 90-136, 2015.
- BASCUR, Gonzalo. Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la ley 17.798 sobre Control de Armas. Política Criminal 12(23): pp. 533-609, 2017.
- BECK, Ulrich. La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Paidós, 2001. 432 p.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.813, Modifica ley N° 17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal [en línea] <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/45157/2/HL20813.pdf>> [consulta 18 marzo 2019]
- BÖHM, María L. Securitización. En: AMBOS, K., BÖHM, M. L., ZULUAGA, J. (Eds.). Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Alemania, Göttingen University Press, 2016. Pp. 174-201.
- BUSTOS, Juan. El delito culposo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. 120 p.
- CEA, S., MORALES, P. Control de Armas. Manual de aplicación de la ley 17.798 y su reglamento complementario. 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2018. 326 p.
- CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y Derechos del Niño, (1): pp. 48-62, 1999.
- CORDERO, Eduardo. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de derecho (Valdivia). XXV(2): pp. 131-157, 2012.
- CORDERO, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLII(1): pp. 399-439, 2014.

- CURY, Enrique. Derecho Penal, parte general. 10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011. 812 p.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José L. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En: ARROYO, L., NEUMANN, U., NIETO, A. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. pp. 147-172.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [en línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, N° 06-03 <<http://crimenet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>> [consulta 18 abril 2019]
- DOLZ, Manuel Jesús. La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente. [en línea] Diario la Ley, 2018, N° 9189 <<http://elblogdedonbenito.blogspot.com/2018/05/la-infancia-como-bien-juridico.html>> [consulta 10 de septiembre 2019]
- FUENTES, Hernán. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. Ius et Praxis 14(2): pp. 1-24, 2008.
- GÓMEZ, Alejandro. Interés superior del niño: cuando el principio se transforma en obstáculo. [en línea] Seminario de Justicia Penal Adolescente, 2015, <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10741.pdf>> [consulta 5 de septiembre 2019]
- HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Nuevo foro penal (51): pp. 17-30, 1991.
- HENRÍQUEZ, F., SANTANDER, F., SATELER., R. La regulación de las armas en el derecho comparado, conceptos generales. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago de Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2019. 161 p.
- KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. InDret. Revista para el análisis del derecho. (1): pp. 1-19, 2009.
- KISS, Alejandro. Delitos de peligro abstracto y bien jurídico. En: SCHROEDER, F., ECKESTEIN, K., FALCONE, A. Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho

- penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016. pp. 165-188.
- KLUTH, Winfried. Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. Cuadernos de Derecho Público (5): pp. 219-237, 1998.
 - LIZANA, I., PALMA, G. Impacto del encarcelamiento sobre los hijos e hijas de madres en privación de libertad. La experiencia en el Centro Penitenciario Femenino de San Joaquín. Tesis para optar al grado de título profesional de sociólogo. Santiago de Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, 2018. 32 p.
 - LONDOÑO, Fernando. Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. Revista de derecho (Valdivia). XXVII(2): pp. 147-167, 2014.
 - MANGIAFICO, D., ÁLVAREZ, D. Sociedad de riesgo y delitos de peligro abstracto. Reflexiones acerca de la tenencia de arma de fuego en la legislación argentina. Revista de Derecho Penal y Criminología (9): pp. 35-58, 2017.
 - MARDONES, Fernando. La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida [en línea] pp. 119-152. <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/11543-2.pdf>> [consulta 21 marzo 2019]
 - MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. 8ª edición, Barcelona, Reppertor, 2008. 788 p.
 - MONTOYA, Ana. Niños y jóvenes en la guerra en Colombia. Aproximación a su reclutamiento y vinculación. Opinión Jurídica 7(13): pp. 37-51, 2008.
 - NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. En: SCHROEDER, F., ECKESTEIN, K., FALCONE, A. Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016. pp. 35-50.
 - PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (20): pp. 129-149, 2006.
 - POLANCO, Daniel. Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal:

- Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación. Política Criminal 10(20): pp. 597-621, 2015.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean P., RAMÍREZ, María C. Lecciones de Derecho Penal chileno Parte General. 2ª edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 616 p.
 - RAVETLLAT, I., y PINOCHET, R. el interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho, 42(3): pp. 903-934, 2015.
 - REYES, Ítalo. Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII: pp. 245-278, 2016.
 - ROMÁN, Cristián. El castigo en el derecho administrativo. Derecho y Humanidades, 1(16): pp. 155-171, 2010.
 - ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Tomo I. Madrid, Civitas, 1997. 1071 p.
 - ROXIN, Claus. Los delitos de tenencia. En: SCHROEDER, F., ECKESTEIN, K., FALCONE, A. Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016. pp. 143-163.
 - SABADINI, Patricio. La posesión de armas de fuego en el derecho penal argentino. Conceptualización y distinción entre tenencia y portación, en función del incremento del riesgo de afectación y la no realización del derecho. En: SCHROEDER, F., ECKESTEIN, K, FALCONE, A. Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, parte General y Especial, y de Derecho procesal Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 143-163.
 - SENATE COMMITTEE SERVICES. Summary of state child access prevention laws [en línea] Washington State Legislature. <<http://leg.wa.gov/Senate/Committees/LAW/Documents/SummaryOfStateChildAccessPreventionLaws.pdf>> [consulta 30 mayo 2019]
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la

política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª edición. Barcelona, Civitas, 2001. 303 p.

- VILLEGAS, Myrna. La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813. En prensa. Política Criminal 14(28). Edición abierta.
- ZÚÑIGA, F., y OSORIO, C. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. Estudios Constitucionales 14(2): pp. 461-478.