



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**ANÁLISIS POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE PORTE
Y TENENCIA DE MUNICIONES (ART.9 INC. 2º DE LA LEY
DE CONTROL DE ARMAS).**

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

AUTOR:

FELIPE ANDRÉS RAMÍREZ ABARZÚA

PROFESORES GUÍA:

Myrna Villegas Díaz

Patricio Rosas Ortiz

SANTIAGO, CHILE

2020

*A mi madre, Ana María
que siempre ha estado conmigo de forma incondicional apoyándome.*

*A mi padre, Héctor Ramón
por darme la convicción para seguir y cumplir mis sueños.*

INDICE:

INTRODUCCIÓN.	5
1. Capítulo 1. Análisis crítico de la Ley de control de Armas y la reforma de la ley 20.813.	8
1.1. Bien jurídico protegido y técnica de tipificación del delito de posesión, porte y tenencia de municiones.	8
1.2. Análisis del tipo penal del delito de posesión, tenencia y porte ilegal de municiones del artículo 9 inciso segundo de la Ley de Control de Armas.	12
1.3. Nudos críticos en relación al delito de posesión, tenencia y porte de municiones de la reforma de la ley 20.813.	22
2. Capítulo 2. Derecho Penal Contemporáneo.	33
2.1. El fenómeno de la Expansión del Derecho Penal.	33
2.2. Las críticas a la idea de expansión y otros fenómenos (el derecho penal simbólico y la legislación de emergencia).	40
2.3. El Modelo de Seguridad Ciudadana.	43
3. Capítulo 3. Derecho Penal de Lucha y Derecho Penal del Enemigo.	49
3.1. Consideraciones previas al análisis de la teoría funcionalista sistémica de Gunther Jakobs.	49
3.2. El Derecho penal del enemigo (y el Derecho penal del ciudadano).	51
3.3. La relación entre la política y el Derecho. El nacimiento del Derecho Penal de Lucha.	59
4. Capítulo 4. El Delito de Porte y Tenencia de Munición y su naturaleza dentro de la disyuntiva entre el “Derecho Penal de Lucha” y El “Derecho Penal del Enemigo”.	72

4.1. El delito de posesión, tenencia y porte de municiones del artículo 9° inciso segundo.	72
4.2. La despenalización del delito de venta de municiones por parte de un vendedor autorizado a personas que no poseen un arma de fuego del artículo 9 A.	78
4.3. Regla concursal especial del artículo 17 B inciso primero de la Ley de Control de Armas.	87
4.4. La regla especial sobre determinación e individualización de la pena del artículo 17 B inciso segundo.	88
4.5. La modificación al inciso segundo del artículo 1° de la Ley 18.216, relativo a las penas sustitutivas.	91
CONCLUSIONES.	95
BIBLIOGRAFÍA.	105

INTRODUCCIÓN

En la contingencia nacional, ante el aumento problemático de la delincuencia violenta (robos con violencia, “portonazos”, etc.) en el último tiempo, se ha planteado por algunos agentes políticos (algunos alcaldes y candidatos presidenciales), engeguados por la sensación de inseguridad amplificada por los medios de comunicación de masas, que la solución inmediata para la población civil es el *adquirir un arma de fuego*, ya sea para defender sus bienes ante la amenaza de un mal futuro, como para el amedrentamiento de los malhechores. Este renacimiento de la autotutela va de la mano de una paupérrima visión del sistema jurídico penal, bajo la cual los tribunales de justicia son una “puerta giratoria”, que protege los derechos de los delincuentes e ignora los de las víctimas.

Estas ideas tienen su punto de origen en los criterios de las potencias del primer mundo. Dentro de ese grupo, una especial atención hay sobre los EE.UU., generando una filtración progresiva de la cultura mediática norteamericana (producto del fenómeno de la globalización) y la asimilación de sus concepciones respecto de las armas en nuestro país. Lamentablemente, dicha empresa es difícil de realizar si nos detenemos en los datos concretos: el nivel de violencia que se puede ver en la programación televisiva estadounidense es superior al 50% y genera una verdadera contaminación para los niños y jóvenes que, al ser combinada con una gran facilidad para la obtención de armas, hace que las matanzas aparezcan de forma recurrente. El derecho constitucional estadounidense, que concede a las personas el porte y uso de armas para su defensa, ha producido efectos paradójicos: 30.000 muertos al año aproximadamente, sumado a que en una población de 300 millones, existen 300 millones de armas concentradas en 90 millones de ciudadanos¹. Por tanto, parece descabellado importar la posesión masiva de objetos de peligro para la población civil con dichos resultados.

Sin embargo, todas estas ideas van escalando y se manifiestan en modificaciones a nuestra Ley de Control de Armas. Esta ley 17.798 fue dictada en 1972, y respondía a un contexto completamente diferente: una época de fuerte polarización política y social,

¹ MARTÍNEZ, Roser. *Aspectos Policiales de las Políticas de Seguridad: Armas y Seguridad*, en *Revista Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 20, San Sebastián, 2006, pp. 122-123.

caracterizada por los constantes enfrentamientos callejeros entre grupos armados de derecha como de izquierda. El bien jurídico protegido era la “seguridad interior del Estado”. Durante varios años, la ley se mantuvo en su *ratio legis*, hasta que vinieron reformas sucesivas, culminando en la ley 20.813. En dicho texto legal, se busca un endurecimiento de la penalidad para dichos delitos, persiguiendo a la “delincuencia común” e intenta evitar la comisión de otros delitos empleando armas de fuego. Su dictación obedece al consenso político-legislativo de otorgar a los diversos agentes jurídico-penales, mejores armas para el “combate contra la delincuencia”. Por lo tanto, para poder desentrañar en qué consiste este combate, debemos adentrarnos en el contexto dogmático dominante, para saber cómo ha evolucionado hasta plasmarse en nuestra ley.

Por ello es prudente responder a las siguientes interrogantes: surge la pregunta de determinar cuáles son las modificaciones más relevantes que realizó la ley 20.813 en relación al delito de posesión, tenencia y porte de municiones, desentrañar la lógica que el legislador impulsó a su desarrollo, buscando efectos inmediatos en la práctica de los agentes que deben ejercer o aplicar la ley. Asimismo, surge la problemática de iluminar los nudos problemáticos de la ley en relación a sus efectos, si éstos se logran a cabalidad o, si por el contrario, ellos van en contra del criterio legislativo.

Junto con lo anterior, surge la pregunta sobre el contexto jurídico penal en el que dicha ley se genera, cuáles han sido las influencias que ha generado su establecimiento, qué se ha entendido por el fenómeno de la expansión del derecho penal, cuáles son sus principales características, el desarrollo posterior de las principales críticas por los académicos de la ciencia penal. Por otro lado, existe discusión sobre cómo (dentro del contexto de la expansión) se genera el establecimiento de un nuevo derecho penal de la seguridad ciudadana y cuáles son sus principales características.

Asimismo, es de suma relevancia responder a la problemática del delincuente común como “enemigo” de la comunidad, por ello debemos clarificar qué es el derecho penal del enemigo, cuáles son sus raíces conceptuales para lograr una profundidad cognoscitiva del sistema normativo que se encuadra en dicha descripción. También se deben plasmar cuáles han sido las críticas más importantes a dicho modelo. Finalmente, se debe responder a la problemática del combate jurídico que se está produciendo en los tribunales, para lo cual debemos analizar qué se entiende por derecho penal de lucha, dónde se ubica en la vorágine conceptual actual y de qué forma esta teoría se puede encontrar en las sentencias de los tribunales nacionales.

Por ello, que la hipótesis de este trabajo es que el nuevo delito de porte y tenencia de munición producto de la ley 20.813 es parte de un progresivo endurecimiento de aplicación de la ley penal, proveniente de la reforma previa del año 2005 la cual cambia su finalidad, lo que permite a los agentes de la persecución penal (fiscales, jueces, policías, etc.) su utilización en la “lucha” contra la delincuencia común, pero que puede

eventualmente seguir incrementando su rigor hasta llegar en un futuro cercano transformarse en la aplicación del derecho penal del enemigo.

El objetivo es realizar una descripción, tanto normativa como práctica, del delito de porte y tenencia de municiones de la ley de control de armas, producto de la última reforma de la ley 20.813, y su aplicación de ésta por parte de los agentes involucrados en la persecución penal como “derecho penal de lucha” contra la delincuencia común.

En el primer acápite, se identificarán las reformas relevantes al delito de porte y tenencia de municiones producto de la ley 20.813, a través de la evolución de la LCA. Esto nos conducirá a conocer y comprender los nudos críticos que se han generado con la dictación y aplicación de la ley 20.813, a la luz de ciertos fallos de los tribunales, así como de datos oficiales establecidos por organismos estatales.

En el segundo acápite, se analizará el fenómeno de la expansión del derecho penal desarrollado por Silva Sánchez, la evolución del derecho penal en un contexto globalizado, la incidencia del concepto de riesgo en las sociedades postmodernas, y el modelo de seguridad ciudadana descrito por Diez Ripollés, se conocerá la postura de diversos autores, sus críticas a ambos modelos y una visión general del escenario del derecho penal actual que se ha configurado.

El tercer acápite, comprenderá el sistema normativo penal desarrollado por Gunter Jakobs, la influencia de la teoría de sistemas de Nicklas Luhmann en su visión de derecho penal, el concepto de “Derecho penal del enemigo”, sus características relevantes, sus críticas y problemas asociados a su aplicación. Asimismo, se desarrollará la visión de Massimo Donini respecto de la ciencia penal, la política y su relación con el derecho penal de los principios constitucionales y el fenómeno expansivo del poder judicial. Luego, se comprenderá el concepto de “Derecho penal de lucha”, sus características relevantes, su ubicación dentro de los fenómenos del derecho penal contemporáneo y problemas asociados a su aplicación.

Finalmente, dentro del cuarto acápite, se desarrollará una aplicación de las últimas dos teorías en relación al delito de posesión, tenencia y porte de municiones, destacando determinadas sentencias judiciales, tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional, buscando determinar la verdadera naturaleza de la reforma producto de la aplicación de dicha ley.

Se hace presente que esta tesis se ha realizado 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”, cuya investigadora responsable fue la profesora Myrna Villegas Díaz.

Capítulo 1. Análisis crítico de la Ley de control de Armas y la reforma de la ley 20.813.

En este capítulo se analizará la ley de control de armas (En adelante, LCA), específicamente la reforma hecha por la ley 20.813 al delito de posesión, porte y tenencia de municiones, el bien jurídico protegido y su técnica de tipificación como delito de peligro abstracto, qué se entiende por munición y sus componentes, el tipo penal del artículo 9 inciso segundo, desmenuzando los distintos elementos del tipo (sujeto activo, sujeto pasivo, conducta típica, verbos rectores y tipicidad subjetiva), el régimen de concursos aplicable y la circunstancia modificatoria del artículo 14 B. También se explicará la importancia de la inscripción o autorización en las municiones como elemento negativo del tipo y el requisito configurador de lesividad de la conducta, que sería la aptitud de disparo de las mismas. Finalmente, se hablará de los nudos críticos que ha generado la reforma, especialmente los relacionados con las municiones, como el artículo 9 inciso segundo, la despenalización del artículo 9 A, el artículo 17 B y la modificación al artículo 1° de la ley 18.216, en relación a las penas sustitutivas.

1.1. Bien jurídico protegido y técnica de tipificación del delito de posesión, porte y tenencia de municiones:

Antes de entrar al estudio de un determinado tipo penal, es necesario comenzar estableciendo el objeto de la tutela que hizo prudente el establecimiento de dicha norma. Ese objeto de tutela es lo que llamamos bien jurídico protegido, que va evolucionando a medida que progresa la vida en sociedad. Por ello, Bustos menciona que “cuando se dice que la norma penal protege un determinado bien jurídico, se está señalando que protege una determinada relación social *concreta* de carácter sintético que surge de la vida social”² y en el caso de la ley 17.798, debemos partir analizando la historia de la ley. Su dictación se produce en un momento específico de efervescencia política por grupos de derecha e izquierda, enfrentadas en diversos bloques de grupos armados y en 1972 ya habían tomado las vidas de varios agentes políticos relevantes como René Schneider y Edmundo Pérez

² BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal, Volumen II*. 1ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 27.

Zujovic. Dado que el conflicto avanzaba, era evidente la necesidad de controlar de manera efectiva la cantidad de armas que podían tener los ciudadanos, frenar el avance de las milicias armadas y además evitar que el número de muertes siguiera en aumento.

En aquella época, se desprende que la ley buscaba proteger la “seguridad pública”, dado que los valores fundamentales que pretendía tutelar el legislador eran velar por la “paz social”, y más precisamente, por la “Seguridad del Estado”, a causa del clima de violencia existente al momento de su dictación³. El artículo 25 de dicho texto legal mencionaba que “los delitos previstos en esta ley, serán considerados para todos los efectos legales como delitos contra la seguridad del Estado”, con lo que podía sostenerse que el bien jurídico protegido era la seguridad interior del Estado.

Después de su dictación, la LCA fue modificada en diversas oportunidades. Hasta la reforma de 2005 con la ley 20.014 y con ella una transformación en su *ratio legis*. Dicha modificación derogó la norma mencionada anteriormente (artículo 1 N° 23) y plantea un cambio de rumbo, ya que “se desvincula estos delitos, y los problemas de soberanía interna ínsitos en ellos, ligándolos desde ahora a la delincuencia común. En efecto, del estudio de las actas de discusión de esta ley, se infiere que las modificaciones introducidas tenían por objeto “el combate contra la delincuencia” y velar, en consecuencia, por la “seguridad pública”, concepto normativo, que es entendido como seguridad de otros bienes jurídicos que se ponen en peligro en abstracto, como son la vida y la integridad de los ciudadanos y la propiedad”⁴. Así lo recoge la discusión parlamentaria, en la opinión del Diputado Jorge Burgos, el cual ha señalado que la LCA “*tiene 32 años de vigencia y fue dictada para enfrentar circunstancias totalmente distintas a las actuales. Su objetivo era entregar instrumentos, en particular a Carabineros y a las Fuerzas Armadas, para evitar la posesión de armas en manos de grupos subversivos a comienzos de la década de los 70. Nos hemos batido con esa ley durante treinta y tantos años para luchar con una cosa totalmente distinta, como es la delincuencia común*”⁵.

³ “Nuestra patria ha sido estremecida en estos últimos tiempos por acontecimientos de tipo político-delictual, que no se compadecen con su limpia tradición democrática, ni menos con el respeto que en un país civilizado merece la vida y la dignidad del ser humano, cualquiera que sea su ideología política, su postura intelectual o social, o su convicción religiosa. Sin entrar al análisis de las causas profundas que dieron origen a estos hechos delictuosos...creemos cumplir con un deber elemental, al buscar, encontrar y proponer los mecanismos legales adecuados para que hechos tan insólitos e infames como los ocurridos vuelvan a repetirse, y ayudar así a restablecer las condiciones necesarias para garantizar y hacer posible ‘ese mínimo de convivencia nacional’ a que ansían, en estos instantes, la inmensa mayoría de los chilenos”. Moción del honorable senador señor Juan de Dios Carmona Peralta, con la que inicia un proyecto de ley que introduce varias modificaciones a la ley N° 12.927, de seguridad interior del estado.

⁴ MARDONES VARGAS, Fernando. *La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida*. Informe en derecho para el tribunal constitucional, Rol 3041-16 y 3127-16. Santiago, Chile, 2016. p. 98.

⁵ Sesión de la Cámara de Diputados n° 61, de 17.03.04. En la misma sesión y en el mismo sentido, el Ministro del Interior, J.M. Insulza señaló: “bien sabemos que la ley sobre Control de Armas fue dictada en circunstancias distintas. No voy a entrar en el tema político, pero en esa época la tenencia de armas estaba vinculada a la posesión de armas de fuego por parte de organizaciones, de grupos políticos, etcétera. Hoy se vincula fundamentalmente con el problema de la delincuencia y, por consiguiente, es necesario introducir en nuestra legislación modificaciones que la hagan más eficiente en función de ese objetivo principal”.

Nuevamente se reforma la ley de manera relevante con la ley 20.813 y con ello se sigue reforzando este vuelco en su naturaleza. Así lo señaló el informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados, que en su primer trámite constitucional señala: “*La iniciativa legal en tramitación tiene por objeto dotar al Estado de mejores armas para el combate contra la delincuencia, previniendo el uso de armas de fuego en hechos delictuales. Los autores de la moción recordaron que durante 2007 se suscribió el acuerdo político-legislativo en materia de seguridad ciudadana por representantes del Ejecutivo de la época y de los partidos políticos con representación parlamentaria en ese momento, que tenía por objeto la aprobación de un conjunto de medidas destinadas a dotar al Estado de mejores herramientas para el combate de la delincuencia*”⁶.

Teniendo presente que realizar cualquier conducta sobre los objetos regulados es castigada por la LCA, dichos actos suelen ser catalogados como infracciones contra la seguridad de otros bienes jurídicos. Se trataría de figuras en las que el contenido lesivo consistirá en generar un riesgo común e indeterminado para intereses sociales. Este contenido de riesgo constituiría un injusto completamente independiente del resultado lesivo generado por el empleo de los elementos señalados, por lo que estos delitos han trascendido de proteger la integridad, la vida, la salud y bienes de la persona individualmente considerada mediante la tutela de un conjunto de condiciones necesarias para garantizar un estándar de seguridad colectiva, de modo que el bien jurídico ha adquirido una connotación supraindividual. Es por ello que Bascur ha señalado que el bien jurídico protegido sería la “seguridad colectiva”, definiéndola como “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”⁷.

Existe un sector minoritario de la doctrina nacional que propone como bien jurídico el “monopólico control registral estatal” sobre los objetos de peligro, a través de la necesidad de inscripción de ciertos artefactos y dispositivos, así como sobre los sujetos de peligro en relación a estos objetos, constituidos por los usuarios que deben obtener autorizaciones y cualificaciones para poder manipular dichos objetos. Esto se podía encontrar en la antigua LCA, que establecía en el art. 9 el delito de *posesión o tenencia* ilegal de arma de fuego y municiones, mientras que en el art. 11 configuraba el delito de *porte* ilegal de arma de fuego, ya que antes de la reforma de 2005 había un debate en la jurisprudencia respecto a la imputación conjunta de ambos delitos, en relación a la posibilidad de configurar una situación de concurso auténtico (y no aparente) de delitos. En la práctica, una corriente jurisprudencial sostenía que la tenencia ilegal *protegería*

⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 20.813. Modifica la Ley 17.798 sobre control de armas y el Código Procesal Penal*. Santiago, Congreso Nacional de Chile, pp. 12-13.

⁷ BASCUR, Gonzalo. *Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la ley 17.798 sobre control de armas*. *Revista Política Criminal* 12(23), 2017. pp.533-609, p. 540.

exclusivamente el sistema administrativo de control sobre las armas, mientras que el porte ilegal exclusivamente la *seguridad colectiva*, de manera que asumir una u otra tesis permitía configurar o no un concurso efectivo de delitos entre ambas realizaciones. Por ello, existen autores nacionales, como Gustavo Balmaceda, que definen dos bienes jurídicos protegidos en la LCA: *la seguridad ciudadana y el monopolio estatal en cuanto al control de las armas*⁸. Esta postura ha sido criticada, ya que su consecuencia natural sería privar de toda utilidad al bien jurídico como elemento interpretativo: la infracción desde este punto de vista, se configuraría de forma automática por la sola sustracción del sistema de fiscalización. Esta circunstancia permitiría equiparar el contenido del injusto penal con el injusto propio del derecho administrativo sancionador, es decir, con la mera desobediencia formal al imperativo⁹.

También ha sido criticada esta postura desde la misma construcción del bien jurídico, ya que “a lo señalado, ha de considerarse que como los bienes jurídicos colectivos o institucionales generalmente adolecen de una formulación vaga e imprecisa (salud pública; orden público; seguridad pública, etc.), para legitimar su utilización como fundamento de una determinada incriminación, se precisa que obren en función y al servicio de los bienes individuales que son de carácter concreto, lo que no sería posible cuando el bien jurídico se asila únicamente en un aislado interés del Estado”¹⁰. Asimismo, se puede desechar la idea de este bien jurídico con el hecho de que en esta reforma de la ley 20.813 se le privó el carácter de delito a la venta de armas y municiones hecha por un vendedor autorizado, que omite registrar debidamente el arma y a su comprador, estableciendo una sanción administrativa en el artículo 9 A. Finalmente, otra razón que permite su descarte es que no todos los elementos prohibidos son de aquellos que el Estado posee, como por ejemplo una bomba molotov o un artefacto explosivo de fabricación casera. Ellos no son elementos que el Estado puede fiscalizar a través de la Dirección General de Movilización Nacional.

Respecto a la técnica de tipificación, los delitos han sido configurados como delitos de peligro abstracto, en que su penalidad está determinada por la peligrosidad de la conducta típica, sin que se requiera la producción real de peligro de un bien jurídico concreto, completamente diferentes de los delitos de peligro concreto, que requieren de la producción de peligro real o mejor dicho, un riesgo concreto de lesión al bien jurídico respectivo. Rodríguez Mourullo clarifica la reinterpretación de los delitos de peligro abstracto señalando que “*la Ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien. De suerte que el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico, específicamente protegido en el delito de peligro, aun cuando no suponga todavía más que un riesgo para otro bien. La seguridad de determinados bienes puede ser ya en sí misma un*

⁸ BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Primera Edición, Santiago, Editorial Librotecnia, 2014, p. 503.

⁹ BASCUR, Gonzalo. op. cit. p. 539.

¹⁰ MARDONES VARGAS, Fernando. op. cit. p. 100.

bien jurídico”¹¹. Por ende, se recodifica el peligro abstracto como una propiedad del hecho consistente en la posibilidad de que el hecho concreto generase una situación de peligro para otros intereses sociales, y así se pueden conciliar con el principio de lesividad. Esto se puede apreciar en la STOP de Rancagua RIT N°178-2016 cuando declara que “el delito de tenencia ilegal de municiones es un delito que no requiere para su consumación resultado material alguno, por ello está dentro de los delitos denominados de peligro abstracto, en la medida que *crea un riesgo para un número indeterminado de personas, en tanto que los cartuchos o municiones sean idóneos para ser disparados (...)* por lo que en el presente caso sólo se requirió para su concreción que el acusado *haya tenido las referidas municiones, poniendo en riesgo al bien jurídico tutelado para que la ilicitud se concrete*”. Respecto al principio de lesividad y su relación con dichos tipos penales, Bascur ha señalado que “*para determinar el nivel de peligrosidad abstracta del comportamiento bastaría que este fuese apto, desde una perspectiva ex-ante, para eventualmente desencadenar un resultado de peligro para algún bien jurídico, lo que quiere decir que el hecho va a revestir un mínimo de propiedades asociadas a la generación del riesgo que la norma intenta prevenir*”¹². Así, en sede procesal penal, tenemos que el órgano persecutor debería lograr atribuir ex-ante al hecho el carácter peligroso, con independencia de si se verifica la conducta ex-post provocando la exposición concreta de algún bien jurídico, y en el caso de las municiones, esto se determina a través de la aptitud de disparo. Así lo ha fallado la jurisprudencia, como lo señala la SCA de Copiapó RIT N° 244-2016 al determinar que el tipo penal del art. 9 LCA sería “una figura de peligro abstracto, cuya lesividad se agota en la sola conducta y *el riesgo natural asociado a ella*, sin embargo, resultaría excesivo que la simple posesión o tenencia de una munición o cartucho sin la competente autorización, fuese el único sustento para efectuar un juicio de reprochabilidad de la conducta del agente, es decir, para entender que el ilícito se ha perfeccionado *requiriéndose además la existencia de un potencial de daño, determinado por la aptitud de la munición para ser disparada (...)* De esta forma, además de los presupuestos antes referidos se requiere que la munición o cartucho encontrado en poder de un tercero sin la autorización correspondiente, *sea apto para ser utilizado como tal, pues de lo contrario podríamos estar frente a un hecho inocuo e irrelevante jurídicamente*”.

1.2. Análisis del tipo penal del delito de posesión, tenencia y porte ilegal de municiones del artículo 9 inciso segundo de la Ley de Control de Armas.

¹¹ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La omisión de socorro en el Derecho penal*. Primera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1966, p.148.

¹² BASCUR, Gonzalo. op. cit. p. 540.

En una primera aproximación a la LCA, debe revisarse el artículo 2° de la ley, que regula los objetos de la acción sobre los cuales puede recaer la conducta. Por tanto, dicho artículo señala:

Artículo 2°- Quedan sometidos a este control:

c).- Las *municiones o cartuchos*;

Entonces, ¿qué debemos entender por munición o cartuchos? Según La Real Academia de la Lengua Española se entiende por munición una carga que se pone en las armas de fuego y en su segunda acepción como los pedazos de plomo de forma esférica con que se cargan las escopetas para caza menor. La doctrina nacional ha señalado que “*debemos necesariamente entender que la ley se refiere al primero de los significados indicados, esto es, una carga usada en las armas de fuego, porque no se refiere únicamente al proyectil, sino al conjunto de propelente y proyectil, que se ubica en el arma de fuego para producir el disparo*”¹³. Así también se puede señalar lo mismo del significado de “cartucho”, ya que el La Real Academia de la Lengua Española lo define como “carga de pólvora y municiones, o de pólvora sola, correspondiente a cada tiro de algún arma de fuego, envuelta en papel o lienzo o encerrada en un tubo metálico, para cargar de una vez”, por lo que serían sinónimos. Debemos agregar que en el capítulo IX del reglamento complementario de la LCA se señala en su artículo 170 que las *municiones* se clasifican en:

a) *Cartuchos* de proyectil único

Empleados en armas cortas y largas de cañón estirado o liso, cuya característica principal es que al momento del disparo sale por la boca del arma un solo proyectil, y que corresponden a fusiles, carabinas, rifles, pistolas, pistoletas y revólveres.

b) *Cartuchos* de proyectiles múltiples

Empleados en armas cortas y largas de cañón liso, cuya característica principal es que al momento del disparo salen por la boca del arma una determinada cantidad de proyectiles, conocidos como perdigones o postas y que corresponden principalmente a escopetas.

c) *Cartuchos* de uso industrial

Empleados en herramientas especiales de disparo con fines de uso industrial.

Por lo tanto, para la LCA y su reglamento complementario municiones y cartuchos significan absolutamente lo mismo. Corroborando lo señalado, la Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados en su artículo 1.4 define a las municiones

¹³ CEA, Sergio; MORALES, Patricio. *Control de Armas. Manual de aplicación de la ley 17.798 y su reglamento complementario*, 5ª edición, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2018, pp. 24-25.

como “*el cartucho completo, fulminante, carga propulsora, proyectil o bala que se utilizan en las armas de fuego*”. Asimismo, la Resolución 55/255 señala que por munición se entenderá: “*el cartucho completo o sus componentes, entre ellos las vainas, los cebos, la carga propulsora, las balas o proyectiles utilizados en las armas de fuego, siempre que estos componentes estén sujetos a la respectiva autorización en los estados partes*”. Concluyendo que dichas definiciones de estos textos jurídicos internacionales son prácticamente idénticas a las definiciones establecidas por la RAE, y por tanto, ambos elementos se utilizan de manera indistinta.

La jurisprudencia ha tenido problemas con el concepto, debido a que la LCA no define que se entiende por municiones y cartuchos. En este sentido, la STOP de Talagante, RIT N° 99-2016, señala que “el término cartucho no se encuentra definido en la ley, por tal razón, ha de recurrirse al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para determinar que ha de entenderse por aquel. El diccionario dice que cartucho es la *carga de pólvora y municiones, o de pólvora sola, correspondiente a cada tiro de algún arma de fuego, envuelta en papel o lienzo o encerrada en un tubo metálico, para cargar de una vez*”, para comprobar fácticamente si se estaba en presencia de cartuchos que iban a ser utilizados en una arma de fabricación artesanal. Por tanto, los tribunales han empleado los mismos conceptos ya señalados.

Ahora es necesario referirnos a la *composición de las municiones*, es una materia sumamente importante que nos permite identificar a una munición. Para ello, debemos volver a la clasificación del artículo 170 contenida en el reglamento. En el caso de los *cartuchos de proyectil único*, la munición se divide en dos partes: la bala, que es el proyectil a disparar, y la vainilla. Dentro de la vainilla, encontramos la pólvora y el fulminante, que contiene el propelente para el inicio de la combustión de la primera. En el caso de los *cartuchos de proyectiles múltiples*, también nos encontramos la vainilla, pero en su interior tenemos los perdigones, el taco, la pólvora y el fulminante. Los perdigones corresponden a los proyectiles que se van a disparar y el taco es el componente que separa la pólvora de la carga de los proyectiles múltiples. La jurisprudencia ha empleado estos términos para el reconocimiento de municiones, como en la sentencia del TOP de Talagante, RIT N° 99-2016 citada anteriormente, señalando que “de lo anterior, no hay duda para estos sentenciadores de que estamos en presencia de cartuchos, no solo por la evidencia material periciada se ajusta a la definición que se da, sino que *también tiene forma de cartucho; tiene los elementos propios del cartucho, es decir, perdigones, taco y pólvora, y porque esta última se encontraba seca y en buen estado*”.

Es importante señalar que la ley no ha considerado dentro de la letra c) a las municiones o cartuchos de cañón, obús o mortero. Estos elementos tienen varias similitudes con las municiones y cartuchos de armas de fuego, pero se diferencian en que son técnicamente explosivos y deben ser considerados como un elemento prohibido y por tanto,

típico en relación a la letra a) del artículo 2 de la LCA como material de uso bélico. También en este sentido, a pesar de que el reglamento complementario de la LCA clasifica en su artículo 4° letra n) como elementos prohibidos a “las municiones que tengan una estructura distinta a las convencionales o que hayan sido modificadas para aumentar su peligrosidad, alcance o daño”, estas no se encuentran comprendidas como objetos prohibidos en los términos del artículo 3 de la ley, por lo que constituyen objeto de delito de posesión de elementos reglamentados en relación al artículo 9, pero con la aplicación de la agravante de efecto ordinario establecida en el artículo 14 B.

Entrando en el tipo penal del delito de posesión, porte y tenencia ilegal de municiones, el artículo 9 inciso segundo de la LCA señala:

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

Su tratamiento sufrió una metamorfosis relevante, debido a que antes de la reforma de la ley 20.813 existían ambos delitos (“posesión y tenencia” y “porte”) en artículos separados, que eran los artículos 9 y 11 de la antigua redacción, con claras diferencias sobre la penalidad de cada uno y hoy se han unificado en un solo artículo, dividido en dos incisos. Eso implica claramente una idea de intensificar la penalidad y potenciar ambos tipos, dado que tienen una mayor aplicación en la práctica. En aquella regulación, el porte ilegal era solamente de arma de fuego y hoy se han incluido a las municiones, estableciéndose como delito autónomo. Con respecto a este delito, hay un problema en la penalidad asignada a las municiones, debido a que su peligrosidad intrínseca es menor, ya que solamente con las municiones no se pone en peligro al bien jurídico si éstas no van acompañadas del arma correspondiente. La doctrina ha criticado la tipificación de las municiones señalando que “el criterio de proporcionalidad que debe regir el establecimiento de los delitos y sus penas parece ser vulnerado en estas nuevas normas, pues no parece equivalente el reproche penal que merece el porte de una pistola o escopeta que aquel que representa el porte de una sola munición, que requiere de otro elemento distinto –el arma– para constituir un elemento de real peligro”¹⁴.

Respecto a su naturaleza jurídica, los delitos de posesión, tenencia y porte de municiones constituyen *delitos formales o de mera actividad*, porque su comisión depende de la sola realización de la conducta prohibida por la ley, sin requerir necesariamente de un resultado para cumplir con el tipo. Esto ha sido confirmado por los tribunales, en la STOP de Rancagua, RIT N° 129- 2010, que menciona que el delito se satisface “con la realización de la acción descrita sin necesidad de la producción de un efecto material vinculado

¹⁴ *Ibíd.* p. 122-123.

casualmente con ésta, como ocurre con los de resultado”. También existe un consenso en la doctrina y jurisprudencia nacional de que ellos son *delitos permanentes*, es decir, una vez realizada la conducta típica, esta se mantendría realizándose prolongadamente en el tiempo.

Ahora revisaremos los *elementos del tipo objetivo* y para ello, nos apoyaremos en la sentencia del 6° TOP de Santiago, RIT N° 753-2015, la que en su considerando noveno encuadra a los elementos del tipo como “a) Que una persona *posea o tenga* un arma de fuego, con sus partes y piezas, *municiones y cartuchos*; b) Que dicho porte sea *ilegal*, esto es, que no cuente con el permiso respectivo; c) Que dicho artefacto *sea apto*”. Por ello, analizaremos a continuación el sujeto activo y pasivo del delito, la conducta típica con sus verbos rectores respectivos, la inscripción o autorización otorgada por la autoridad y finalmente la aptitud de disparo las municiones como requisito configurador de la ofensividad.

En relación al *sujeto activo* del delito, el legislador ha utilizado la expresión “los que”. Ello nos muestra que se trata de un sujeto activo indeterminado, y por lo tanto, puede ser cualquier persona, a diferencia de otros delitos que requieren un sujeto activo calificado, que posea ciertas cualidades especiales que generan una restricción del espectro de posibles hechos.

Esta situación nos plantea el tema de Carabineros y las Fuerzas Armadas, que producto de los arts. 4° y 5° de la LCA, estarían en un principio exentos de cumplir con la obligación de inscripción de las armas y municiones que sean entregadas por el Estado para en cumplimiento del mandato constitucional de mantener el orden y la seguridad interna del Estado, pero ello no los exime de las armas y municiones particulares que, como ciudadanos considerados individualmente, quieran poseer y para ellas deberán cumplir con las autorizaciones correspondientes. Si bien en un comienzo no fueron incluidos dentro de la excepción del art. 4° la Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile y la Dirección de Aeronáutica Civil, ellos fueron finalmente incluidos para que estas instituciones no deban inscribir las armas o los elementos no prohibidos que utilicen dentro de su ámbito de trabajo para el cumplimiento de sus funciones institucionales.

Respecto al *sujeto pasivo* del delito, este claramente es la sociedad y cada uno de sus integrantes. Esto se afirma tomando como base las particulares características que posee la LCA y del bien jurídico que ésta protege, como una ley que ha ido pasando de la protección de la sociedad civil de los grupos armados en la época de dictación como en la actualidad, en donde cumple una función de proteger a la sociedad de la delincuencia común, manteniendo la seguridad de la sociedad como eje central.

En lo relativo a la *conducta típica*, ella se desprende del inciso citado al señalar “los que... poseyeren”, “los que... tuvieren” o “los que portaren” los elementos señalados en la letra c) del artículo 2° de la LCA, esto es, las municiones o cartuchos, sin las autorizaciones

a que se refiere el artículo 4º, o sin la inscripción establecida en el artículo 5º. Esto significa que estamos en presencia de una conducta compleja, que posee una acción (que puede ser cualquiera de las tres conductas) y dos omisiones, en los mandatos de inscripción y autorización, configurando un delito de naturaleza mixta.

Los *verbos rectores* se pueden clasificar en dos grupos. Por un lado, tenemos el *portar* los objetos regulados, y por otro, el *poseer* y *tener* en su esfera de control dichos objetos. En sede civil, poseer y tener tienen un significado diverso. Sin embargo, para efectos penales y en relación a la LCA, esta distinción no tiene efecto alguno: es la misma conducta. En consecuencia, nos hallamos ante una conducta compuesta, que tiene la naturaleza de un delito permanente, cuya consumación exige de un “*corpus*”, el arma, unida al “*animus possidendi*” o “*simplemente detinendi*”. No es indispensable un “*animus domini*”: basta con que la relación entre las municiones o cartuchos y el sujeto activo del delito permita la disponibilidad de los mismos, que haga posible su utilización a voluntad del sujeto conforme al destino o función objetiva que le es inherente: la defensa o el ataque armado. La tenencia, que por ir más allá del fugaz contacto físico con la cosa y corresponderse con un mínimo, aunque suficiente “*animus possidendi*”, no se compadece con hipótesis tales como los supuestos de atención a efectos de contemplación o examen, de ocupación fugaz, momentánea y propia de alguien que se sirve de la posesión ajena, como lo que sucede en los casos del mero reparador o la del simple transmisor a terceros¹⁵.

Esto ha sido aplicado por nuestros tribunales, y como muestra de ello la SCA de Concepción Rol N° 260-2017, del 25 de abril de 2017, en su considerando quinto declaró que “el verbo rector de la conducta atribuida es poseer o tener, que la doctrina penal considera como sinónimos, descartando los conceptos de posesión y tenencia del derecho civil; en dicha rama estos conceptos están claramente diferenciados por un elemento esencial: Pel *animus rem sibi habendi* o ánimo de señor y dueño, fundamental en la posesión y que no está presente en la tenencia, produciéndose efectos jurídicos radicalmente diversos”. Asimismo, la STOP de Antofagasta, RIT N° 19-2017, señala en su considerando undécimo que “el verbo rector del tipo penal en análisis es “poseer” o “tener”, lo que implica mantener alguno de los elementos enunciados en el artículo 2º de la misma ley, dentro de la propia esfera de resguardo, sin las autorizaciones legales correspondientes”. Por ende, estos verbos rectores establecen que un sujeto posee o tiene municiones cuando las mantiene en la propia esfera de resguardo o control. Supone actos en los cuales se ejerce dicho control sobre los objetos como la custodia, situación en la cual el sujeto manifiesta su decisión de mantener el objeto material del delito en su poder (las situaciones típicas son la limpieza o mantención de las municiones), la vigilancia, en la cual el control se realiza a través de representantes, mediante medios mecánicos o físicos, y la actividad propiamente tal (cargar con ellas el arma de fuego y dispararlas).

¹⁵ JIMENEZ ROMERO, Luis. *El delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N° 11, Editorial Dykinson, Bilbao, España, 2007, pp. 167-168.

Respecto de verbo rector “portar”, es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “llevar o traer”. Definiendo ambas palabras, llevar significa “conducir algo desde un lugar a otro alejado de aquel en que se habla o se sitúa mentalmente la persona que emplea este verbo”, y traer significa “conducir o trasladar algo al lugar en donde se habla o de que se habla”. Los tribunales han utilizado esta definición, como lo establece la STOP de Iquique, RIT N° 386-2016, que en su considerando séptimo señala: “En primer término, cabe asentar que por porte se entiende el llevar o traer una munición en un lugar público, comprendiendo el desplazarse de un sitio a otro o permanecer en dicho lugar”. También, en la sentencia del 6° TOP de Santiago, RIT N° 332-2016, se ha establecido el delito de porte y tenencia de municiones en grado consumado, “por haberse realizado completamente la acción típica, esto es, “llevar”, “traer” o “tener consigo”, por cuanto los medios de prueba rendidos en juicio dieron cuenta que el actuar del encartado satisfizo ambas conductas en el tipo penal”.

En este punto, parte de la doctrina ha señalado que “*para satisfacer el verbo rector basta con poseer un solo objeto de la acción*”¹⁶. La jurisprudencia no es unánime. La SCA de Valparaíso, RIT N° 28-2016 señala: “(si bien) resulta del todo evidente que la norma alude a éstos (elementos) en cuanto “municiones y cartuchos”, en términos de pluralidad (...) debe decirse al respecto que la norma utiliza dicho término en forma genérica, que es lo mismo que se produce en el artículo 2° de la ley citada, en que se hace referencia a las “armas de fuego”, concepto que encasilla a una o varias armas de esas características, resultando del todo improcedente la percepción en cuanto a que una persona para ser castigada debería tener o portar, en las condiciones que establece la ley establece, varias arma de fuego o varias municiones”.

Opinión diferente es la sostenida por el 6° TOP de Santiago en sentencia de 29 de noviembre de 2016 (RIT N° 664-2016), cuyos razonamientos abogan por la inexistencia de una puesta en peligro del bien jurídico colectivo cuando se trata de un número escaso de municiones, postura que es replicada en esta parte por otro sector doctrinal¹⁷.

En relación a la *autorización o inscripción administrativa*, produce el efecto de ser un elemento negativo del tipo, que de acuerdo al artículo 9° de la LCA excluye la tipicidad de la conducta en el caso de que el poseedor tenga en su poder alguno de los permisos administrativos señalados en la norma legal. La inscripción establecida en el artículo 5° de la LCA se aplica exclusivamente a las armas de fuego reglamentadas en el artículo 2° b) y la mención a la autorización del artículo 4° de la ley comprende una serie de permisos sobre los demás elementos reglamentados. Con ello, es posible sostener que el delito en comento no se trata de una norma prohibitiva como la mayoría de los tipos penales, en los

¹⁶ BASCUR, Gonzalo. op. cit. p. 553.

¹⁷ VILLEGAS, Myrna: “Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno”, Polít. Crim. Vol. 15, N° 30 (Diciembre 2020), Art. 8, pp. 729- 759, [<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A8.pdf>], pp.745-746.

cuales las conductas sólo pueden ser justificadas por el derecho en circunstancias específicas (cuando concurre una causal de justificación, en relación a la antijuridicidad), sino que sería una norma imperativa de requisitos, ya que al cumplir con los requisitos la ley y el reglamento estipulan, se puede poseer, tener y portar municiones legítimamente.

Es necesario verificar el requisito de peligrosidad de la conducta típica del delito en cuestión, que se determina a través de la *revisión de la eficacia de las municiones*. Así los tribunales lo han señalado, como lo plasma la STOP de Concepción, RIT N° 140-2016, que en su considerando décimo segundo ha señalado su importancia, “pues de otra manera se trataría de especies que no reúnen la peligrosidad que la ley busca cautelar al sancionar su porte o tenencia sin autorización, serían elementos inocuos que no afectarían la seguridad de la población”. Por tanto, es crucial establecer en primer lugar, que las municiones o cartuchos se encuentren sin percutar, y en segundo lugar, se debe demostrar que los objetos incautados constituyen munición, para lo cual se debe realizar una prueba de disparo para determinar su naturaleza y aptitud para ser disparadas. Esta prueba pericial es la única que permitiría despejar dudas sobre la naturaleza de los objetos para diferenciarlos de otros que pueden ser estéticamente similares, como las municiones a fogueo, o las derechamente falsas o defectuosas para el disparo. Lo crucial de la prueba pericial en estos casos, se puede ver plasmado en la STOP de Punta Arenas RIT N° 121-2018, en la cual la Fiscalía no aportó dicha prueba que acreditara la aptitud de disparo de las municiones, señalando que “no se ha demostrado la peligrosidad de la conducta imputada para poder vulnerar el bien jurídico que la norma en comento cautela, entendido este como la seguridad colectiva de los habitantes de la nación, siendo de cargo del persecutor tal actividad, pudiendo incluso estimarse como plausible el potencial uso de tipo ornamental que suele hacerse de dichos elementos”, descartando su antijuridicidad material.

En cuanto a los *elementos del tipo subjetivo*, este delito requiere de dolo, que es definido como el “*conocimiento y voluntad de la realización típica. El sujeto conoce y conociendo las circunstancias que existen objetivamente y que son coincidentes con las circunstancias del tipo penal, despliega su voluntad en el sentido de realizar el proceso comunicativo típico*”¹⁸, debido a que la hipótesis culposa no está contemplada. Esto significa que en un delito de posesión, tenencia y porte ilegal de municiones el dolo se concreta al momento en que el autor toma conocimiento de la posesión, tenencia o porte sin la respectiva inscripción o autorización exigida por la LCA. Los tribunales han seguido la misma lógica, que se puede comprobar en la STOP de La Serena RIT 268-2016, por el delito de tenencia ilegal de municiones, en el cual la imputada “negó en las audiencias todo conocimiento acerca de las municiones y el lugar en que se encontraban guardadas en su domicilio (...), ya que junto a la encartada también había estado viviendo en el lugar su conviviente, a quien le pertenecían supuestamente, según los dichos del imputado Alex

¹⁸ BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal, Volumen II*. 1ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 61.

Alegría, que afirmó haber ido allí a retirar el revólver Taurus de propiedad de su hermano Cristián – inscripción corroborada por la pericia balística –, desde arriba de un closet, cuando no se encontraba en el inmueble la encartada, ya que él disponía de una llave, y que aprovechó de dejar más oculta las municiones que no se llevó, de lo que ésta nada sabía”. Con todo, hay cierta parte de la doctrina nacional¹⁹ que menciona la posibilidad de contemplar la hipótesis de dolo eventual en dicha figura, entendido como “aquel en la realización perseguida lleva consigo un hecho típico probable con el cual el autor *cuenta* dentro de la realización llevada a cabo”²⁰, ya que a pesar de tratarse de una figura de peligro, se produce igualmente un resultado, sólo que éste coincide temporalmente con la realización de dicho comportamiento.

En cuanto a la penalidad, la reforma ha reducido ostensiblemente la pena del delito de posesión o tenencia de municiones, eliminando su límite máximo (que era el presidio mayor en su grado mínimo), dejando solamente aplicable el presidio menor en su grado medio, esto es, de 541 días a 3 años. También se derogó el inciso final del artículo 9º, que aumentaba la penalidad de esta figura en tiempo de guerra, si se podía presumir que la tenencia o posesión de las armas estaba destinada a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas, a las de Orden y Seguridad Pública o a civiles. Sin embargo, derogó el inciso segundo, que otorgaba a los jueces de fondo la facultad de poder imponer una pena atenuada de multa, en los casos que según los antecedentes del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o tenencia de las armas o elementos estaba destinada a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, invirtiendo la carga de la prueba, haciéndola recaer en el imputado. La doctrina nacional ha señalado que “con la entrada en vigencia de la ley 20.813, del año 2015, definitivamente no existe ninguna atribución especial que se le conceda al juez del fondo respecto de este delito ni de ningún otro de los que ahora se contemplan en esta disposición”²¹.

En cuanto al *régimen concursal* de las municiones, podemos señalar que los delitos contemplados en la LCA incluyen acciones posesorias genéricas en la descripción formal y abstracta de sus conductas, y que en principio, la superposición de acciones se encontraría resuelta con la aplicación del criterio de especialidad. Sin embargo, existen ciertos supuestos en los que la ley especial no lograría satisfacer en su totalidad el injusto global del hecho, casos en los cuales se puede dar preferencia a la aplicación de la ley general, siempre y cuando su disvalor absorba el peso del injusto de la primera. Para explicar cada situación, las podemos dividir en dos grandes grupos: a) Posesión derivada de un hecho antecedente punible y b) Posesión sobre múltiples objetos de la acción.

¹⁹ LARA CAMUS, Ronny, *Análisis dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2007 [Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020]. Disponible en < <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112861>>.

²⁰ BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán. op. cit. p. 70.

²¹ CEA, Sergio; MORALES, Patricio. op. cit. p. 118.

Cuando hablamos de la primera hipótesis, hay que considerar que toda traslación de la posesión de los objetos es siempre punible. Aquí la situación más común suele ser cuando el inicio de la posesión se debe a la transferencia de municiones por terceros, generando el concurso de delitos. Es plausible la configuración de un concurso aparente con el delito de tráfico ilícito de municiones del artículo 10 de la LCA, en virtud de la celebración de una convención, que se puede zanjar conforme al criterio de consunción a favor de esta última figura, valorando la posesión subsiguiente a la transferencia como un acto posterior copenado. La dificultad para poder acreditar en el proceso el acto de recepción ilegal hace que esta solución se desvirtúe a nivel práctico, por lo que los tipos posesorios genéricos (en este caso el delito de posesión, tenencia o porte del artículo 9º) presentarían una mayor factibilidad real. También podemos encontrar en esta hipótesis que el inicio de la posesión provenga de la apropiación ilícita de las municiones por la comisión de alguna variante de hurto o robo. En este caso, hay que considerar a las infracciones relacionadas por un nexo funcional, con lo que se puede establecer un concurso ideal de delitos del Artículo 75 del Código Penal. Si en la práctica no es posible acreditar en el proceso el hecho del robo o hurto, subsiste la posibilidad de castigar la posesión en concurso ideal con el delito de receptación.

En relación a la segunda hipótesis, hay dos situaciones importantes: cuando se realizan las conductas típicas sobre varios objetos en la misma disposición (por ejemplo, tener 6 cartuchos de escopeta calibre 12) y cuando se produce la posesión conjunta de dos objetos tipificados de forma independiente. En el primer caso, en principio el tipo penal permitiría valorar como una sola infracción la posesión de un número ilimitado de municiones, con la salvedad que se puede producir una aglomeración tan masiva de este elemento reglamentado (por ejemplo, tener en una pieza 100.000 cartuchos de escopeta calibre 12) dando origen al delito de tráfico ilegal por almacenamiento, y se resolvería de la forma que ya vimos anteriormente. En el segundo caso, encontramos el delito de porte o tenencia de arma de fuego acompañada generalmente de municiones, siendo el principal caso que ha sido abordado por la jurisprudencia. Bascur señala que cuando el calibre de la munición resulta funcional al arma, los tribunales tienden a configurar un concurso aparente por consunción bajo la premisa²², no siempre explicitada, de que el contenido del injusto del tipo habría tomado en consideración, de forma implícita, los actos copenados de acuerdo a la realización habitual de dichos delitos. Por el contrario, municiones no destinadas al arma de fuego constituirían un excedente de injusto, y por lo tanto, un concurso ideal de delitos²³. Cea y Morales han señalado que el porte de las municiones no representan ningún peligro si no están empleadas por el arma adecuada para su disparo, ya que de otro modo carecen de utilidad práctica para dañar, con lo que consideran esta extensión carente de sentido y vulnerando el principio de lesividad, en la medida que lo

²² Similar, Villegas, op.cit., p. 753

²³ BASCUR, Gonzalo. op. cit. pp. 559-561.

anuncian las elevadas penas que se le asignan a dichas figuras²⁴. Resumiendo ambas situaciones, la SCA de Valparaíso RIC N° 2082-2015 declaró que “no nos encontramos en presencia de un concurso aparente de leyes penales (...) el principio de absorción o consunción sólo es aplicable respecto de aquellas municiones que podían ser percutidas por el arma que el condenado portaba ilícitamente (...) al tiempo que respecto de aquella munición que no podía ser percutida por tal arma, la conducta cabe subsumirla en el inciso 2° el mismo artículo 9° (...) Estos sentenciadores entienden que el concurso real puede presentarse aunque se atente contra el mismo bien jurídico, que en la especie no es otro que el de la seguridad pública”.

También es relevante señalar en esta materia la aplicación del artículo 17 B creado por la reforma, que ha determinado el concurso real de delitos, esto es, la suma aritmética de las distintas penas por los delitos en cuestión, cuando se cometen delitos o cuasidelitos empleando las armas o los elementos establecidos en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la LCA. Esta norma se entiende desde el prisma del bien jurídico protegido: en el caso de utilizar un arma de fuego y municiones para poner en peligro un bien jurídico individual, que puede ser la vida, la propiedad o la integridad física o psicológica de la víctima, esa afectación es independiente de la lesión de la seguridad de la sociedad, producida por el porte o tenencia del arma de fuego y de las municiones respectivas. Esto se verá más adelante, debido que corresponde a un nudo problemático de la reforma.

Pasando al análisis de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en relación a las municiones, nos encontramos con la agravante genérica para todos los delitos de esta ley:

Artículo 14 B.- Constituye circunstancia agravante de los delitos de que trata la ley, dotar las armas *o municiones*, que se posean o tengan, de dispositivos, implementos o características que tengan por finalidad hacerlas más eficaces, ocasionar más daño o facilitar la impunidad del causante.

Esta circunstancia modificatoria en principio generaría efectos ordinarios, esto es, debería ser compensada racionalmente con las demás circunstancias concurrentes, de acuerdo a los artículos 67 y 68 del Código Penal, pero en realidad la práctica judicial ha debido aplicar la norma especial de determinación de la pena del artículo 17 B. Esta agravante se funda en la profundización de las dimensiones del contenido de peligro abstracto de las respectivas infracciones. Respecto de las dos primeras hipótesis, esto es, hacerla más eficaz y que ocasione más daño, su contenido radica en mejorar la capacidad lesiva de los elementos mencionados.

²⁴ CEA, Sergio; MORALES, Patricio. op. cit. pp. 122-123.

En cuanto al concepto de “dotar”, se entiende como agregar o incorporar. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define este concepto como “equipar, proveer a una cosa de algo que la mejora”. Por ende, es un complemento, distinto del arma o las municiones, un accesorio o agregado. Sin embargo, cuando hablamos de dotar a las armas o municiones *de ciertas características* no puede referirse a la adición de un elemento anexo, sino más bien a modificar el arma o las municiones en sí mismas. Así sucede con las municiones que reciben modificaciones que alteran sus propiedades balísticas, como por ejemplo, las balas “dum dum” o de punta hueca, que se caracterizan por expandirse al impactar el objetivo con el fin de cercenar la mayor cantidad de puntos vitales.

1.3. Nudos críticos en relación al delito de posesión, tenencia y porte de municiones de la reforma de la ley 20.813.

En este apartado, se identificarán ciertas modificaciones de la reforma (los artículos 9, 9 A, 17 B, y la modificación del artículo 1° inciso 2° de la ley 18.216) que han generado efectos no deseados por el legislador, e incluso contradictorios a los ojos de los objetivos político criminales que busca establecer con su creación.

El primero de ellos tiene que ver con la naturaleza de delito de peligro abstracto del delito de posesión, tenencia y porte de municiones. En este sentido, para ejemplificar lo problemático del tema, mencionaremos la STOP de Iquique, RIT N° 386-2016, sobre el delito de porte ilegal de municiones, que se produce cuando Carabineros fiscaliza al imputado portando un cartucho de escopeta, calibre 12 mm, apta para ser utilizada. En su considerando tercero, la defensa sostuvo que “se está tratando de establecer una responsabilidad objetiva que está proscrita por el artículo 19 de la Constitución Política. Entiende que no se requiere solo el porte de la munición, sino que también se debe establecer la lesividad de la conducta o ponerlo en peligro, y en este caso tener sólo un cartucho sin ningún elemento para percutirlo no pone en riesgo el bien jurídico”.

Sin embargo, el tribunal se hizo cargo de los argumentos de la defensa señalando en el considerando undécimo que “tampoco puede prosperar su alegación de falta de lesividad en la conducta. Cabe recordar que el delito de porte ilegal de municiones es un delito de peligro abstracto, esto es, la realización del injusto típico se agota en la acción desplegada por el autor, sin que se espere de dicho accionar un resultado, en el sentido de un efecto exterior separado espacial y temporalmente de la acción. La ofensa al bien jurídico, consiste en este caso, en una puesta en peligro de dicho bien y el peligro es un concepto normativo en la medida en que descansa en un juicio probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa

lesión de hecho no se produzca (...) En este caso, aunque se trate de sólo una munición (la ley no requiere más), que se encuentre apta para ser disparada, y respecto de la cual el acusado no tiene autorización legal ni administrativa para portarla, cumple con la idoneidad necesaria para afectar el bien jurídico protegido en atención a la “ratio legis”, que es la seguridad de la sociedad, ante el mal uso que eventualmente pudiera realizarse de estos implementos”, condenando al imputado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio.

El tema que pone en conflicto este fallo es la naturaleza de delito de peligro abstracto, debido a que como ya hemos señalado, para poder poner en peligro el bien jurídico protegido es necesario acompañar a las municiones con el arma de fuego del calibre necesario para su disparo. Si bien es entendible el adelantamiento de la barrera punitiva en el caso del porte de arma de fuego, acá en el caso de las municiones parece que la acción es inocua, dado que no puede lesionar por sí sola el bien jurídico protegido y por ende, entenebrece al principio de lesividad. Además al derogar el inciso segundo del artículo 9, se intensifica la penalidad de los delitos, al impedir que los jueces en ciertos casos ponderar las circunstancias especiales del caso y si lo ameritaba, podía conceder este verdadero perdón de la ley²⁵, lo que genera sentencias con penas altas en estas figuras.

En segundo lugar, tenemos la despenalización del delito de venta de munición a personas que no tienen arma de fuego inscrita entre otras situaciones, algo inesperado si tomamos en cuenta la idea central de la reforma. Hoy en el nuevo delito del artículo 9° A de la LCA dice lo siguiente:

Artículo 9° A.- Serán sancionadas con una multa administrativa de 100 a 500 unidades tributarias mensuales, la persona autorizada que:

1° Vendiere municiones o cartuchos a quien no fuere poseedor, tenedor o portador de un arma de fuego inscrita.

2° Vendiere a quien fuese poseedor, tenedor o portador de un arma de fuego inscrita, municiones o cartuchos de un calibre distinto del autorizado para ésta.

3° Vendiere municiones o cartuchos a quien fuere poseedor, tenedor o portador de un arma de fuego inscrita, sin dar cumplimiento de las obligaciones previstas en el inciso curto del artículo 4°

En caso de reincidencia, la multa será de 500 a 1000 unidades tributarias mensuales.

Este artículo tiene varias hipótesis y en todas ellas el sujeto activo del delito es el vendedor de municiones autorizado, pues de otro modo estaríamos frente al delito de tráfico ilegal de municiones, en su variante de celebración de convenciones ilegales, establecido en

²⁵ CEA, Sergio; MORALES, Patricio. op. cit. p. 118.

el artículo 10. Así ha quedado plasmado en la historia de la ley, como lo menciona el profesor Jean Pierre Matus señalando que “el establecimiento que vende ilegalmente *comete tráfico de municiones*, que es un ilícito más grave, sancionado con una pena mucho mayor”²⁶. Asimismo, el comprador también estaría cometiendo el delito del artículo 10 al adquirir cartuchos sin autorización. En la segunda hipótesis se pena que el calibre no sea el mismo del arma de fuego y en la tercera hipótesis, se pena el incumplimiento de deberes establecido en el artículo 4° de la LCA que exige, para las personas que están autorizadas para vender armas, que al momento de efectuar la compra individualicen de forma completa el arma de fuego y a su comprador. Si esto no es realizado, se aplicaría la sanción administrativa correspondiente y ya no tendría una pena privativa de libertad como había quedado en la reforma de la ley 20.014 de 2005.

Lo interesante en esta materia es que este paso del artículo 9° A del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador claramente no sigue el camino lógico de la postura intensificadora imperante en estos últimos 10 años. Esta situación se debe en parte a la presión que generaron ciertos grupos interesados tales como los vendedores de armas, la federación de tiro y los clubes de tiro. Ellos argumentaron que las restricciones impuestas por la ley eran muy severas con los ciudadanos que buscan en las armas el derecho a la legítima defensa. Según la opinión del Presidente de la Federación Chilena de Tiro Práctico “*Las estadísticas y números no mienten. En la medida en que se restrinja el acceso a las armas a la población honesta, las tasas de criminalidad aumentan. La política para frenar la delincuencia debe estar enfocada en los propios delincuentes y en las armas artesanales o hechizas y no en los ciudadanos que cumplen con las leyes*”²⁷. En relación a las municiones y cartuchos, agregó que “actualmente a aquellas personas que tienen armas inscritas solo para defensa, se les permite adquirir anualmente la cantidad de 100 municiones. Si el objetivo de esta reforma es frenar la delincuencia y permitir que las personas honradas puedan entrenar y capacitarse, la señalada cantidad necesariamente debería aumentar”²⁸, lo que da a entender, por un lado, la necesidad de compra, traslado y utilización de un mayor número de municiones, pero por otro lado, se generan irrevocablemente las condiciones para que se produzca un aumento en el delito de porte, posesión y tenencia de municiones. Lo relevante de esta discusión es la centralización del debate en las armas de fuego, pero se omite la presencia de una gran cantidad de municiones en manos de la población y su precario control sobre dichos objetos de peligro.

El efecto generado es paradójico: hoy con la reforma de la ley 20.813 han aumentado los delitos de porte y tenencia de municiones. Esto es corroborado por las cifras

²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 20.813*. op. cit. p. 430.

²⁷ *Ibíd.*, p. 326.

²⁸ *Ibíd.*, p. 335.

del Ministerio Público²⁹, que registra entre 2016 y agosto de 2017 un total de 849 ingresos por el delito de posesión o tenencia ilegal de municiones y demás elementos del art. 9 inciso 2. Al revisar cada año respecto de dicho delito, tenemos 333 ingresos en 2016 y 516 en 2017. La gran mayoría de ellos se concentran en la Región Metropolitana, con 326. Luego, le siguen la VIII región con 122 y la V región con 111. También el número de condenas por estos delitos ha ascendido a un total de 137 en el mismo período, en el cual se puede vislumbrar un potente aumento ya que en 2016 se registraron 38 condenas, mientras que solo hasta agosto de 2017 se registraron 99.

También hay que tomar en cuenta, como factor negativo que hace aumentar la comisión de este tipo de delitos, el informe de la Contraloría General de la República³⁰ que el año 2017 detectó serias irregularidades respecto a las armas destinadas al uso de Carabineros. Ellas se encontraron en el Informe Final de la “auditoria al proceso de control de armas y municiones destinadas al uso del personal de Carabineros” y se detectaron incumplimientos a la normativa de armas que afectan el control eficaz de las existencias tanto de armas como de municiones. Es imposible no vincular esta falta de control con hechos presuntamente delictivos cometidos por funcionarios de esta misma institución.

Hay una situación compleja en relación a las municiones de guerra. Esto se produce debido a que hay una especie de zona gris, ya que técnicamente no está regulado en el artículo 9°, sino en el 2° letra a) como material de uso bélico. Por tanto, el camino lógico sería establecer el delito de porte de elementos prohibidos del artículo 14, aplicándose el inciso segundo si se encuentra a una persona portando un misil en la vía pública. Sin embargo, para Cea y Morales esta conducta sería impune, señalando que “este supuesto, portar una munición de cañón, por ejemplo, es ahora una *figura atípica*, lo que resulta un contrasentido, pues si ahora es delito portar una sola munición de pistola, no se encuentra penado el porte de una munición de cañón”³¹.

Otro punto problemático es el artículo 17 B de la LCA, que establece una alteración en las reglas de determinación de la pena con el objetivo de impedir la rebaja de penas y el otorgamiento de salidas alternativas (especialmente la suspensión condicional del procedimiento) en los casos en que se utilizaren armas de fuego o alguno de los elementos reglamentados, el cual señala:

Artículo 17 B.- 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

²⁹ Información extraída a partir de datos proporcionados por el Ministerio Público. Carta DEN/LT N° 493/2017 de 04.10.2017 en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N°117006: “La Ley de Control de Armas y sus Reformas. La eficacia de la herramienta punitiva V/S las garantías”.

³⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DEPTO FF.AA., SEGURIDAD, PRESIDENCIA, HACIENDA Y RR.EE. Unidad Orden y Seguridad (2017) Informe Final: Carabineros de Chile. Informe N° 532/2017 de 04.12.2017, pp. 15-20.

³¹ CEA, Sergio; MORALES, Patricio. op. cit. p. 125.

2º y en el artículo 3º, *de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.*

Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna arma o elementos mencionados en el inciso anterior, *el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 64 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.* En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley 20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.

En esta norma encontramos el núcleo de la reforma, que busca la imposibilidad de que los jueces puedan alterar la penalidad de las figuras delictuales, impidiendo que los autores puedan obtener penas más bajas y beneficios procesales, evitando la aplicación de un concurso aparente de leyes penales en el caso en que concurren delitos de lesión empleando armas de fuego. En definitiva, genera un telón de fondo que mantiene fija la penalidad y aumenta considerablemente las penas en los casos de concurso.

El inciso primero de la norma fue mencionado en el análisis concursal. Volviendo a esa discusión, cuando de un mismo hecho da lugar a dos delitos, el caso típico es el robo con intimidación empleando un arma de fuego, lo razonable en estos casos sería la aplicación del concurso aparente de leyes penales, generalmente resuelto en base al principio de consunción: se entiende incorporado dentro de delito de robo con intimidación al delito de porte de arma de fuego, que generó la intimidación en la víctima. Esa regla se rompe³² y conlleva la aplicación forzada del concurso material o real de delitos, lo que significa que el delito de robo con intimidación cometido con arma de fuego se pena separadamente del delito de porte ilegal de la misma arma de fuego, provocando una intensificación en la penalidad de dichos delitos y genera una alteración en el tratamiento de la unidad de acción que se establece en el Código Penal para los delitos complejos.

La jurisprudencia lo ha aplicado tajantemente. En la STOP de Colina, RIT N° 16-2016, dentro del considerando vigésimo tercero, respecto del régimen concursal, señaló que

³² En opinión del profesor Jean Pierre Matus: “Una errada interpretación de la ley ha llevado a los tribunales a considerar que, especialmente en los tipos cometidos con armas de fuego, la pena en particular de los delitos base debiera absorber la sanción por la posesión, tenencia o porte ilegales. Esta solución, basada en los principios de la inherencia, insignificancia y non bis in ídem, es difícil de controvertir en la práctica, a pesar de que teóricamente es equivocada, dado que los delitos de porte y tenencia de armas son de carácter permanente y, además, de peligro común y, por esa razón, su comisión es independiente de si en un momento determinado se emplean para intimidar, herir o maltratar”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 20.813*. op. cit. p. 458.

“existiendo texto expreso del legislador en el artículo 17 B de la ley 17.798 en orden a que deben sancionarse el delito con porte de arma con independencia, es este caso, del delito de robo con intimidación al tenor de lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal, se le impondrá al sentenciado por el robo la sanción de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo según faculta el inciso segundo del artículo 68 del Código Penal; mientras que por el delito previsto en el artículo 3 y sancionado en el artículo 14 de la Ley de Control de Armas, se le impondrá la sanción de tres años y un día”. Esta determinación no es pacífica, ya que un sector de la doctrina sostiene que hay infracción al principio *ne bis in ídem*, dado que un mismo hecho sería doblemente sancionado, como delito de robo con homicidio y además el porte ilegal autónomo. En este sentido, la SCA de Valdivia, ROL N° 57-2017, en su considerando primero, señala que “sin perjuicio, de haber establecido el legislador la obligatoriedad de aplicar las penas de los delitos de porte o tenencia de arma de fuego junto con la de los otros delitos concurrentes, lo cierto es que en la práctica ello implica vulnerar el principio non bis in ídem y el concurso aparente de leyes”.

Respecto del verbo “emplear”, no queda claro si alude exclusivamente a los delitos dolosos o si se debe incluir a los culposos. Bascur ha señalado que se debería restringir su alcance a la utilización intencional del arma, dando un par de argumentos. Primero, que interpretando el artículo con la historia de la ley, el centro de la reforma fue intensificar el tratamiento de la delincuencia habitual por armas de fuego en la comisión de delitos y segundo, que la consecuencia jurídica asociada al concurso es la aplicación del régimen más severo, en este caso el concurso real. Por ende, para los concursos en los cuales el empleo del arma constituye además un delito culposo, se debe recurrir a las reglas concursales generales³³.

Respecto del inciso segundo del artículo 17 B, consagra la mantención inalterable del marco penal aplicable a los delitos consagrados en la LCA. Su fundamento se basa en conservar las valoraciones en abstracto por el legislador limitando las facultades discrecionales de los tribunales, para evitar que los jueces puedan distorsionar el régimen de penas aplicable³⁴. Se determina un sistema especial de determinación de la pena, en el que se impide la aplicación de las circunstancias modificatorias de efecto ordinario, de manera tal que el tribunal sólo podrá imponer una pena dentro del margen abstracto prefijado por el legislador. Para ello, se utilizarían los criterios del artículo 69 del Código Penal: el número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Las excepciones a este sistema serían las

³³ BASCUR, Gonzalo. op. cit. p. 598-599.

³⁴ En opinión de Jean Pierre Matus: “Esta proposición ofrece una solución a la situación que se produce a raíz de que los delitos contemplados en la ley de armas presentan el problema común del régimen actual de determinación de penas, que se traduce en el hecho de que, por regla general, incluso penas de hasta quince años previstas por la ley para ciertos crímenes pueden terminar sufriendo importantes rebajas judiciales y sustituyéndose por sanciones de la ley 18.216. Además, las rebajas penológicas habilitan para salidas alternativas durante el proceso, como la suspensión condicional, que dejan al imputado sin antecedentes para una futura reincidencia”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 20.813*. op. cit. p. 458.

circunstancias modificatorias de efecto extraordinario y las reglas especiales sobre determinación legal de la pena.

Los tribunales han aplicado la regla, como lo decreta la STOP de Concepción, RIT N° 109-2016, que en su considerando vigésimo quinto, “que, tratándose del delito de tenencia de cartuchos, el mismo artículo, en su inciso segundo, contempla la pena de presidio menor en su grado medio, la que también *será impuesta en su mínimo, por la concurrencia de una circunstancia atenuante de responsabilidad*”. Esta regla tiene dos hipótesis de aplicación: cuando se comete de forma aislada un delito de la ley o cuando se comete un delito de la LCA en conjunto con otra infracción penal. En esta última hay una discusión respecto a la comunicabilidad del régimen de determinación de la pena al delito que no forma parte de la LCA. Si bien, los tribunales han tomado parte por una tesis restrictiva, Bascur ha señalado que la tesis contraria estaría más acorde al espíritu de la disposición y con su integración sistémica en la LCA, debido a que busca la intensificación en el tratamiento de la delincuencia común, por ende, también debiese agravar la reacción contra el delito final. Esta interpretación se ve reforzada por la exclusión de penas sustitutivas para ambos delitos en cuestión³⁵.

Con ello, el marco rígido es una desventaja, porque se impide a una persona se le apliquen ciertas atenuantes que le permitan una pena más baja, y por ende, más acorde a la realidad del caso concreto y por el lado contrario, impide que si alguien tiene reincidencias le podemos aplicar una pena en un grado más alto, esto es, que el reproche sea mucho mayor, impidiendo que la sentencia sea más justa. También hay que mencionar el efecto en la judicatura: el sistema de determinación de las penas ya es lo suficientemente reglado, que otorga pequeños márgenes de discrecionalidad a los jueces (como lo son el *iter criminis* o las reglas de autoría y participación) para velar por la correcta aplicación de las penas ajustado al caso concreto. Adicionalmente, tenemos otro sistema de normas penales que ayuda a la determinación de la pena de forma fundamental, como lo son las circunstancias de responsabilidad. Este artículo hace inaplicables dichas atenuantes y agravantes, con lo cual se pierde ese pequeño margen de discrecionalidad y además, permite que las sanciones sean más acorde a la realidad.

Otro punto crítico es el efecto de privar a los autores de los delitos de esta ley de beneficios que tradicionalmente reciben todos los condenados por distintos delitos, incluso de mayor gravedad. Esta dirección es cuestionable si reiteramos que los delitos de la LCA son delitos de peligro, y en el tema que estamos tratando (porte y tenencia de municiones) delitos de peligro abstracto, y por ende, no son de lesión efectiva de un bien jurídico tutelado, como otros delitos del Código Penal o leyes especiales. Es válido cuestionar que el autor del delito de porte ilegal de municiones (peligro abstracto) no pueda obtener estos beneficios, y en cambio un autor de robo en lugar habitado sí pueda requerirlo, siendo un

³⁵ BASCUR, Gonzalo. op. cit. p. 603.

delito más grave. Ante estas situaciones se puede comprobar que el giro dado con esta reforma no ha sido sustentado por lógicas dogmáticas que permitan el establecimiento de una LCA respetuosa de los derechos de todos. Es más: si uno analiza seriamente la reforma, no hay una política criminal de forma nítida respecto de la criminalidad de armas, dado que no podemos identificar su existencia clara al respecto ni tampoco se puede comprobar una línea de acción que ejemplifique dicha política criminal. Las modificaciones no demuestran un intento de darle coherencia a la regulación de armas, simplemente hay un consenso respecto a la intensificación de dichos delitos, pero realizado de forma irregular en las reformas sucesivas. Lo que sí existe de manera abundante son declaraciones respecto a una criminalidad de armas que no ha podido ser controlada de forma eficaz. Da la sensación que es un intento por elevar las penas y establecer reglas que mantengan y controlen a los jueces para que no opten por otros caminos que no sean la pena de privación de libertad.

La norma más problemática de la reforma fue modificación del artículo 1 inciso 2° de la ley 18.216, quedando de la siguiente forma:

“No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141 incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley 17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley 17.798, salvo en los casos en que la determinación de la pena se hubieren considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código”

El fundamento de esta norma fue mantener una armonía con el nuevo sistema de determinación de las penas establecido en el artículo 17 B ya analizado, con la idea clara de lograr el aseguramiento de la aplicación de una pena que efectivamente produzca la privación de libertad³⁶, excluyendo de la concesión de sustitutivos penales a los autores de los delitos consumados, tanto de los ilícitos contemplados en la LCA, como también de los delitos o cuasidelitos en que hayan sido empleados dichos elementos. Se considera como única excepción a esta regla general la configuración de la circunstancia atenuante de efecto ordinario del artículo 11 N° 1 del Código Penal, también llamada eximente incompleta.

³⁶ Jean Pierre Matus, respecto de esta norma, *“sostuvo que esa disposición especial, cuya discusión y aprobación constituye uno de los aportes centrales realizados en este trámite reglamentario, perdería toda eficacia si, a renglón seguido, el juez de la causa aplica una de las penas sustitutivas contempladas por el artículo 1° de la ley N° 18.216. Por tal razón, propuso establecer una excepción expresa en dicho artículo 1°, de manera que haya armonía entre todas las normas del proyecto relativas a la aplicación y cumplimiento de las sanciones asignadas a los ilícitos que ella consagra”*. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 20.813*. op. cit. p. 470.

Lo problemático de dicho artículo es la conversión de todas las penas de la LCA en privativas de libertad efectivas, lo que es desproporcionado en comparación a otros delitos que lesionan de forma efectiva bienes personalísimos, como son el delito de homicidio o las lesiones. Para ejemplificar la situación, un autor del delito de lesiones graves-gravísimas (que no lo haya cometido con armas de fuego) puede aspirar a una pena sustitutiva, pero no puede hacerlo una persona que portaba en su billetera solo un cartucho de escopeta, siendo que es un delito de peligro abstracto (y lo problemático que es, en relación al principio de lesividad). Esto genera dos consecuencias: un aumento de la prisión preventiva y el efecto en la eficacia de la investigación.

Respecto de la prisión preventiva, genera problemas debido a que los tribunales han tomado en consideración para su otorgamiento *la gravedad de la pena*, que si bien se encuentra contemplado dentro del artículo 140 del Código Procesal Penal, se ha ido transformando el argumento principal para otorgar la medida, siendo que no lo encontramos ya dentro de los fundamentos para decretar tal medida cautelar en el cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por nuestro país en relación a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el Convenio 169 de la OIT, admitiendo como criterios la existencia de indicios sobre la participación de a persona en el delito y el que la privación de libertad sea indispensable para el éxito de la investigación o para impedir la fuga del imputado. Es así, como en virtud de las normas de la LCA y el artículo 140 del CPP, se transforma la prisión preventiva en una *pena anticipada*, dado que no se respeta la proporcionalidad en cuanto a límite de la prisión preventiva (y con ello, los imputados lamentablemente esperan sentencia privados de libertad). Esto se puede corroborar con el trabajo dogmático constitucional que ha hecho el Tribunal Constitucional en relación a dicho principio, en virtud de la STC, rol 1262-08, que en su considerando vigésimo cuarto, señaló:

“para decidir acerca de la constitucionalidad de la norma, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ella establece se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de estos fines lícitos que la justifican”.

Esta sentencia engloba los tres subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La *idoneidad* determina que un medio es apto o idóneo para conseguir el fin pretendido cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado o cuando significativamente contribuye a alcanzar el fin pretendido. La *necesidad* establece que el medio adoptado por el legislador será necesario para conseguir el fin perseguido cuando el legislador no hubiese podido elegir otro medio igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales o lo haga en menor medida. La *proporcionalidad en sentido estricto* compara si el sacrificio de

los intereses individuales que comporta la injerencia, guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia de los bienes, de interés estatal o colectivo que trata de salvaguardar. En la práctica judicial, ninguno de ellos se cumple al dictar dicha medida. Esto también arrasa de forma inevitable con el artículo 150 inc. 3º del Código Procesal Penal, que ordena tratar al imputado preso como inocente en todo momento. Todo esto trae como consecuencia la violación a la presunción de inocencia establecida en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Respecto a la eficacia en la investigación, no hay incentivos para que los imputados colaboren con la investigación, dado que no los ayudará a modificar la pena privativa de libertad efectiva por otra medida menos invasiva. Asimismo, la situación implica una contaminación carcelaria de personas sin antecedentes que van a tener que entrar por primera vez a recintos penitenciarios.

Esto ha sido corregido parcialmente por la gran cantidad de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se interponen para evitar su aplicación. Su fundamento radica en que el inciso que impide el acceso a las penas sustitutivas por condenados de la LCA lesiona el principio de no discriminación, derivado del principio de igualdad ante la ley, ya que habría una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una condición similar. El Tribunal Constitucional de forma consistente ha acogido los recursos relacionados con este artículo y ha declarado su inconstitucionalidad. Para ejemplificar, la STC, Rol N° 2995-16, en su considerando décimo noveno, señaló que

“existe una desproporción sustancial entre el delito de porte ilegal de municiones y otros delitos de cara a la aplicación del beneficio de sustitución de penas. Por consiguiente, el delito de porte ilegal de municiones establecido en el artículo 9º de la ley de control de armas no debería encontrarse excluido de la aplicación de la ley de sustitución de penas. Dicho de otro modo, por las consideraciones expuestas en este fallo se puede afirmar que el precepto legal impugnado consagra una exclusión que refleja la existencia de una manifiesta o excesiva desproporción en el instrumento utilizado por el legislador para el endurecimiento de la respuesta punitiva del Estado respecto del delito de porte ilegal de municiones”

Para comprender mejor la situación, comparemos el delito de porte de municiones con el porte de arma blanca del artículo 288 bis del Código Penal. Ambos delitos, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, no tienen mucha diferencia, ya que el riesgo que presentan para la seguridad colectiva es el mismo. Sin embargo, una persona que porta una munición en su billetera no tiene derecho a pena sustitutiva, pero sí tiene derecho a ella el individuo que porta una katana en la vía pública. Son situaciones idénticas en su desvalor, pero que son tratadas de forma diferente, produciéndose la discriminación.

Por ende, el efecto deseado ha sido revertido. Esto nos muestra que la legislación de armas presenta varias problemáticas que van trizando las garantías y principios clásicos del Derecho penal (incluso aquellos suscritos en textos internacionales), normas que se mantienen justificadas debido a que las armas de fuego son utilizadas por un sector duro de la población criminal para la comisión de delitos, pero que pierde su fuerza ante el delito de posesión, tenencia y porte de municiones, dado que su accesoriedad a las armas impide que se den ciertos supuestos importantes, amplificando los efectos negativos inmersos en dichos textos y sugiriendo un tratamiento diferenciado de ellas en las próximas reformas.

Capítulo 2. Derecho Penal Contemporáneo.

En este capítulo nos adentraremos en las teorías que hacen un intento por describir el escenario actual del Derecho penal. En su primera parte, se desarrollará el fenómeno de la expansión del derecho penal, que se empieza a producir por los diversos cambios técnicos y sociológicos que va experimentando la sociedad postmoderna. También estableceremos cuáles son las transformaciones en la teoría del delito, porque se produce la flexibilización de las garantías clásicas, cómo la influencia de la globalización va perforando los paradigmas clásicos de la dogmática penal, como al derecho penal le afecta el problema de la inmigración y por qué se crea el concepto de “administrativización” del derecho penal. Asimismo, se empiezan a percibir por la doctrina otros fenómenos asociados como el Derecho penal simbólico y la legislación de emergencia. Finalmente, y encapsulada como una especie de crítica a la noción de expansión, se describirá el modelo de derecho penal de la seguridad ciudadana, señalando sus principales características.

2.1 El fenómeno de la expansión del derecho penal en las sociedades postmodernas.

Todo el desarrollo legislativo de la LCA se genera dentro de un contexto jurídico-penal, marcado por el desenvolvimiento de la expansión del derecho penal. Este fenómeno es propio de las sociedades post-industriales producto de la perversión del poder estatal, que tiende a buscar en la legislación penal una aparente solución a los problemas sociales,

desplazando al plano simbólico (como declaración de principios, buscando tranquilizar a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de la protección efectiva. Esto ha trastocado los cimientos del llamado “derecho penal mínimo” o garantismo, desvirtuándolo del que inicialmente se había establecido y haciendo difícil de determinar sus límites. Algunos autores buscan reconducir ese “derecho penal mínimo”, otros simplemente quieren volver al “derecho penal básico”, pero antes de seguir debemos hacernos algunas preguntas previas.

¿Qué significa el término “expansión”? Silva Sánchez señala que, más que una definición conceptual, son ciertas situaciones que se van produciendo en estos tiempos. Enumerándolas, se puede decir que son: a) Una tendencia dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como una agravación de los ya existentes, que produce b) Una ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal, c) Creación de nuevos ‘bienes jurídicos-penales’, d) amplificación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, e) flexibilización de las reglas de imputación, f) relativización de los principios políticos criminales de garantía y g) la inexistente voluntad de eliminación de figuras delictivas.

Respecto de las nuevas figuras delictuales podemos señalar que la expansión no se fija tanto en la delincuencia común (o mejor dicho, mantiene sus normas y figuras criminales, pero va a la búsqueda de nuevos autores) sino que se relaciona con la delincuencia de los poderosos. Silva Sánchez señala “*en el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales*”³⁷. Aparecen nuevos intereses o nuevas valoraciones de intereses preexistentes, con lo que se generan nuevos bienes jurídicos o el aumento de valor de otros ya establecidos, debido al deterioro de realidades abundantes en tiempos pasados que hoy se manifiestan como escasos.

Esto tiene que ver con la visión que se tiene de la sociedad postindustrial como “sociedad del riesgo”. Debido a la asombrosa capacidad de desarrollo tecnológico y la dinamicidad de los fenómenos económicos, el riesgo de generación humana aparece como un fenómeno social estructural, pero además de ello, producto de todo esto hay un gran número de marginalidad que inmediatamente es percibida como un riesgo personal y patrimonial. Esto implica una demanda de más seguridad por parte de los ciudadanos, que lamentablemente se ha canalizado como una demanda de más punición, de forma más o menos irracional. Aquí empiezan a aparecer los cambios en la teoría del delito: no pudiendo otorgar los delitos de resultado de lesión un resultado satisfactorio al problema, se emplean

³⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 21.

con mayor número los delitos de peligro presunto, además del incremento en los delitos de comisión por omisión, lo que implica su reestructuración técnico-jurídica.

Indudablemente, se cae en una sensación de inseguridad constante. El Papa Juan Pablo II lo menciona de forma brillante: *“El hombre, por tanto, vive cada día más en el miedo. Teme que sus productos, naturalmente no todos y no la mayor parte, sino algunos y precisamente los que contienen una parte espacial de su genialidad y de su iniciativa, puedan ser dirigidos de manera radical contra él mismo”*³⁸. La complejidad de la sociedad, su continua aceleración, el vértigo de las comunicaciones sociales que produce falta de veracidad, la aceleración en las relaciones sociales y la pérdida de referencias valorativas objetivas hacen caer al hombre paradójicamente en un profundo individualismo. Por ende, hay una sensación de inseguridad relativa, que cada persona siente de manera específica y que *“la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la existencia objetiva de los mismos”*³⁹. Todo esto es potenciado por los medios de comunicación de masas a través de las catástrofes y las numerosas noticias sobre la delincuencia, e incluso por otros agentes como instituciones públicas quienes dan una visión sesgada de la realidad.

La búsqueda de una solución de todo esto recae en el derecho penal de la siguiente forma, como lo menciona Silva Sánchez: *“la solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico «lugar natural» - el derecho de policía -, sino en el derecho penal. Así puede advertirse que (...) aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado «rígidas» y se abona su «flexibilización»*⁴⁰.

Producto de los grandes cambios que conlleva la postmodernidad, se ha generado una sociedad de “sujetos pasivos” producto del debacle del Estado de bienestar. Las clases sociales activas sucumben ante la mayor cantidad de pensionados, desempleados, etc. e incluso se resalta la calidad de consumidor y de sujeto paciente ante el deterioro del medio ambiente. El concepto jurídico-penal de ‘riesgo permitido’ que se había utilizado en plena industrialización empieza a tener cada vez menos incidencia en la sociedad actual. Así lo menciona Silva Sánchez al afirmar que *“nos hallamos, pues, en un modelo de sociedad orientado a una restricción progresiva de las esfera de actuación arriesgada. En otras palabras, (...) en un modelo social en el que, la ponderación previa al establecimiento de*

³⁸ JUAN PABLO II, *Encíclica Fides et ratio*, Ciudad del Vaticano, 1998, capítulo IV, núm. marg. 47.

³⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 37.

⁴⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 41.

*la frontera entre riesgo permitido y riesgo desaprobado, la libertad de acción ha cedido con claridad a la libertad de no pasión*⁴¹.

Lo anterior se combina con la resistencia psicológica de aceptar el caso fortuito, y por ende, transformándolo en injusto, lo que amplía el marco de aplicación del Derecho penal. Hoy ya existen teorías que proponen en contemplar toda catástrofe como delito e imputarla, como sea, a un responsable, porque la víctima siempre busca a un responsable, a pesar de que en los hechos la respuesta correcta sea que no los hay. Producto de la “expansión de la imputación”, se producen situaciones de despersonalización y de pérdida de contenido moral en la imputación y en sede del Derecho penal, se incrementa la tipificación de los delitos de peligro, se produce el adelantamiento de la punición y ultra responsabilidad del sujeto activo producto de la inseguridad y falta de azar por parte del sujeto pasivo, lo que nos acerca a la creación de una legislación simbólica.

Al ser esta sociedad de sujetos pasivos, se tienden a identificar más con la víctima del delito que con el autor del delito. Silva Sánchez señala, al ver los efectos de esta situación en el Derecho penal, que *“se tiende a perder la visión de éste como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Y, así, la concepción de la ley penal como «Magna Charta» de la víctima aparece junto a la clásica «Magna Charta» del delincuente*⁴², la cual históricamente ha sido el límite al abuso del poder punitivo del Estado contra ellos. Con esta transformación, se plantean ciertos efectos en el ámbito interpretativo: la consideración de la interpretación restrictiva a las eximentes, la modificación de las fronteras de la interpretación extensiva de tipos y la prohibida *analogía in malam partem*. Silva Sánchez lo expone así: *“ya que la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito, tiene, al menos en principio, una deuda frente a aquella consistente en el castigo del autor. En el cumplimiento de esta deuda, por lo demás, sólo la pena de prisión y la de multa cumplen la deseada función simbólica. La pena -se dice- significa mucho para la víctima. «No porque satisfaga necesidades de venganza, pues en la mayoría de los casos no lo hace. Sino porque manifiesta la solidaridad del grupo social con la víctima. La pena deja afuera al autor y reintegra a la víctima»*⁴³.

En paralelo a la expansión, otras opciones para enfrentar estos problemas son insuficientes o inexistentes o tienen mala reputación. En esta sociedad, invocar a la ética social es imposible (de hecho, lo que hay más bien es ausencia de ella), dado que ya han sido destruidos los conceptos de lo bueno y de lo malo durante décadas, provocando que las conductas sociales sean imprevisibles (y por ende, la angustia y la inseguridad). Silva citando a Guillebaud, describe la situación de la siguiente forma: *“cuando una sociedad pierde sus puntos de referencia, cuando los valores compartidos -y sobre todo una*

⁴¹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 45.

⁴² SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 53.

⁴³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. pp. 55-56.

*definición elemental del bien y el mal- se desvanecen, son reemplazados por el Código penal. Si usted habla con los magistrados, le dirán que se les está pidiendo una tarea imposible: no solo aplicar el derecho, que es su función, sino también producir valores, algo para lo cual no se sienten cualificados”⁴⁴. Que el derecho penal se convierta en la única salida de pedagogía político social, como mecanismo de socialización, de civilidad supone la expansión *ad absurdum* de la *última ratio* propia de éste, pero además implica que debe tomar cargas que no puede soportar.*

Se empieza a abrir un espectro de protección penal que antes no existía: los sectores inferiores de la sociedad, que en un principio son vistos como sectores de donde nace la delincuencia común, hoy abogan por más protección y que por ende, se invierte el orden anteriormente establecido, exigiendo la aplicación de la ley penal sobre los sectores más poderosos. En la política también se produce este vuelco: la izquierda, asociada por años a la corriente despenalizadora, ha empezado por la presión de los grupos más modestos, a seguir las ideas de “ley y orden”, famosas posturas históricamente levantadas por las derechas. Con ello, se ha caído en una suerte de “gerencialismo”, en donde se suavizan los principios del Derecho penal debido a que no logran otorgar una solución real a los problemas. Así aparece la justicia negociada, en pos de la verdad y la justicia de la justicia penal ordinaria, y se entra en una búsqueda de “privatización” de los conflictos jurídicos llamados delitos generando una “justicia dulce”. Al catalogar al Derecho penal como “ineficiente”, se levantan las voces que claman por prisiones privadas y policías privadas, lo que nos lleva a una disminución de garantías. Para Silva Sánchez, se puede mantener la eficacia si el derecho penal se conserva como público y formalizado, siempre y cuando los jueces se mantengan fuera de las tensiones sociales y respete un cierto número de principios que lo alejen de la arbitrariedad. También esa distancia que se genera con las formas rígidas en contrapartida a la cotidianeidad contribuye como un factor de prevención muy difícil de ignorar.

El típico paradigma del Derecho penal es el delito de homicidio de un autor individual, en el que se pueden aplicar las garantías clásicas de forma fundada. Sin embargo, hoy en día, producto de los procesos de globalización, el nuevo paradigma es el delito económico organizado realizado por empresas convencionales. La globalización genera un cambio en la delincuencia: pasa a ser criminalidad organizada, lo que genera el problema de la ejecución material y la responsabilidad del hecho y por ello, el resultado aparecerá separado (tanto en tiempo como en espacio) de los verdaderos sujetos que están detrás del delito. En esta área, Silva Sánchez estima que la situación señalada produce que el Derecho penal busque como solución el punitivismo, completando las lagunas penales (evitando la conformación de paraísos jurídicos-penales) ante el nuevo modelo de delincuencia y el rearme jurídico-penal buscando atenuar la sensación de inseguridad.

⁴⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 63.

En este caso, la dogmática entra en una disyuntiva: “o bien, se acomete una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho penal, o bien se asume que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas que se han venido rigiendo”⁴⁵. Silva Sánchez responde que tendríamos «un Derecho penal de dos velocidades» para poder hacer frente a este problema, en donde “lo primero (...) significa en realidad la renuncia a la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal (y, en esa medida, aparentemente un retroceso histórico); pero lo segundo, por su parte, supone la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio”⁴⁶. Sin embargo, esta nueva estructura chocará con las diferentes culturas, los sistemas de representaciones valorativas, etc. provocando su relativización, con lo que es prácticamente imposible llegar a un consenso valorativo completo en ciertas directrices respecto al Derecho penal, sus finalidades político criminales, sus conceptos, etc., quedando como única vía la aceptación de dichas discrepancias culturales, relativas a la configuración técnica y práctica del sistema de Derecho penal, como también las diferencias ideológicas y científicas.

A pesar de todos estos problemas previos, es posible mencionar ciertas características de la nueva dogmática de la globalización. En primer lugar, la imputación objetiva empieza a perder su nexo con relaciones de necesidad y leyes físico-naturales, para pasar la suficiencia de relaciones de probabilidad, e incluso, relaciones solamente normativas, con el agravante que se puede invertir la carga de la prueba, con una clara naturaleza antigarantista. Los delitos de omisión y su comisión, históricamente de naturaleza restrictiva, se empiezan a aplicar a los delitos de empresa o de estructuras organizadas. En las forma de intervención en el delito, se impone la idea de la no-distinción entre autoría y participación. Respecto a los principios, también hay consensos. En el principio de culpabilidad, se admite la relevancia del error de prohibición y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Finalmente, respecto del principio de proporcionalidad está comprometido al sancionar penalmente conductas meramente imprudentes en relación a bienes jurídicos colectivos, como también se incrementan los delitos de peligro, tanto en comisión activa como en comisión por omisión.

Siguiendo con el análisis de la globalización, ésta genera cambios tanto en la microcriminalidad como la criminalidad de masas. Aparece el fenómeno de la migración que empieza a afectar a Europa, desde los países extracomunitarios a los países de la Unión Europea, con distintas culturas y etnias. Silva Sánchez explica claramente el problema diciendo que “en ellas se manifiesta, seguramente, de modo muy claro la tensión entre integración y atomización, entre homogeneización y diversificación (...) es desde luego

⁴⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 90.

⁴⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 91.

*criminógena: produce violencia*⁴⁷. Con ello comienza a invadir la criminalidad organizada, con mayor habitualidad y profesionalización, lo que genera en los ciudadanos que demanden una mayor intensidad en la intervención punitiva estatal. Aquí se genera el problema en relación a la teoría de las normas y del delito, cuando se cometen ilícitos por inmigrantes que generan el choque de la norma territorial con la ley, con la costumbre o convicción social o religiosa que obligan personalmente al autor. Es decir, a un sujeto que no ha contribuido a la creación de esa norma (por no ser ciudadano de ese país) no se le puede aplicar una norma que le es ajena como persona, en cuanto a Derecho. Se trataría de una suerte de excepción personal al principio de territorialidad, pero aun así no puede evitar la corriente de incremento de represión y un poco más adelante, *“se mostrará reacio a excluir la concurrencia de los presupuestos de la imputación de la culpabilidad por razones culturalistas”*⁴⁸.

Volviendo al tema de los nuevos tipos y bienes jurídicos, se decía que las leyes penales buscaban la protección de ciertos bienes escasos que también pueden clasificarse como ciertos *contextos*, en los cuales se disfruta de los bienes jurídicos clásicos. Con ello, el sistema de Derecho penal se empieza a fijar en fenómenos de dimensiones globales, sistémicas, en los que la aportación individual es «de intensidad baja». Silva Sánchez explica este problema así: *“el Derecho penal, que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha «administrativizado»*⁴⁹. Esto implica que el Derecho penal empieza a asumir la forma de razonar del Derecho administrativo sancionador (que persigue ordenar de modo general sectores de actividad y que lo determinante sea la visión macrosocial o macro económica) no busque seguir criterios de lesividad concreta sino afectación general y tampoco ser estricto en la imputación ni en la persecución (regida por criterios de oportunidad), y que, por ende, *“es esencialmente el Derecho del daño acumulativo o, también, del daño derivado de la repetición, que exime una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimare ilícito”*⁵⁰.

La «administrativización» también genera cambios en el Estado, transformándose en un «Estado Vigilante o de la Prevención», asumiendo nuevas funciones de inspección y vigilancia. Silva Sánchez agrega que *“en este contexto policial-preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial. En efecto, las intervenciones de inspección (supervisoras, de control) pueden ser puramente «rutinarias»: en realidad, para iniciar una inspección no tiene por qué justificarse en la existencia de indicios concretos de peligro para el orden administrativo-*

⁴⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 107.

⁴⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 109.

⁴⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 123.

⁵⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. pp. 126-127.

*policial*⁵¹. Se entiende que una afectación aislada de la actuación inspectora no necesariamente debe dar lugar a penas privativas de libertad, pero es un hecho que todos los ordenamientos jurídicos se van moviendo en sentido inverso y que las sanciones terminan siendo penas privativas de libertad. El cambio de naturaleza queda de manifiesto por Silva Sánchez: “*si el delito se contempla como un riesgo, es razonable que, al afrontarlo se tengan en cuenta criterios seguidos para la gestión de otros riesgos. En particular, resulta coherente con tal representación recurrir a criterios de prevención cognitiva. Sin embargo, el Derecho penal, en la medida en que incorpora mecanismos de aseguramiento cognitivo, encaminados a neutralizar fácticamente (y no comunicativamente) el fenómeno delictivo se «administrativiza»*”⁵². Esta nueva dimensión es el redescubrimiento de la inocuización. La idea es simple: existe un número pequeño de delincuentes que son los que cometen la mayor parte de los hechos delictivos y que, probablemente, los seguirán cometiendo en el futuro. Para ellos, se ha establecido el concepto de “inocuización selectiva”, logrando penas privativas de libertad para ese selecto grupo de delincuentes y su retención durante el máximo de tiempo, con lo que se consigue una radical reducción del número de hechos delictivos y con ello, importantes beneficios al menor coste. Esta corriente se plasma en distintas instituciones: la adopción de medidas de seguridad que se imponen cuando se cumple la pena y pueden durar toda la vida del condenado (como listas de exdelincuentes o delincuentes sexuales), la tendencia a adoptar medidas previas a la condena (como la prisión preventiva), la expulsión de los extranjeros sin que medie condena alguna, etc.

Como señalamos en un comienzo, hay autores que pretenden volver al viejo y buen Derecho penal liberal (ceñido a la protección de los bienes altamente personales y patrimoniales, con una estricta fijación de los principios de garantía), pero ese Derecho realmente nunca existió. Dos razones encuentra Silva Sánchez: “*por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquel de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles*”⁵³. El punto inicial es la relación entre las garantías en un determinado sistema de imputación y la gravedad de sus sanciones, dejando en claro que no todo el derecho sancionatorio debe tener las mismas garantías dado que las consecuencias jurídicas son diferentes. El problema se genera con la *pena privativa de libertad*, que se emplea en la mayoría de los delitos en los que se manifiesta la expansión.

Hay, entonces, dos opciones: uno, que estos delitos se agreguen al núcleo duro de Derecho penal con el máximo de garantías y máxima rigurosidad en las reglas de imputación y dos, que se mantenga la línea de relativización de principios de garantía que hoy se emplea a esos delitos, pero que se debe renunciar a la pena privativa de libertad que ahora se aplica. Entonces, sí hay una *expansión razonable* del Derecho penal (de la pena de

⁵¹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 138.

⁵² SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. pp. 141-142.

⁵³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p.149.

prisión) respecto de conductas que por sí mismas lesionan o ponen en peligro un bien individual y lo mismo respecto de bienes supraindividuales. La razonabilidad recae en la aplicación de todos los criterios clásicos de imputación y los principios de garantía. Junto a ella, existe ya una resignada expansión a los delitos de acumulación o peligro presunto (en los cuales la conducta está alejada de la creación de un peligro real a un bien individual o supraindividual), y su razonabilidad viene acompañada de la flexibilización de garantías y principios clásicos, en la medida que no se apliquen a la pena de prisión (penas privativas de derechos o pecuniarias).

2.2. Las críticas a la idea de expansión y otros fenómenos asociados (el derecho penal simbólico y la legislación de emergencia).

Dentro del paradigma de la expansión, necesariamente debemos hablar sobre el fenómeno que ha provocado todo: el terrorismo. El mundo y el Derecho penal cambiaron cuando cayeron las torres gemelas y luego la violencia política sacudió a Europa, y con ello, se reestructuraron las teorías jurídico-penales. Se reaccionó de distintas formas: con leyes antiterroristas y el correlativo aumento de penas a los autores de estos delitos; respecto a la legislación procesal, se flexibilizaron las garantías procesales para los detenidos de estos delitos; se otorgaron mayores facultades y amplios márgenes de discrecionalidad a las policías para lograr una mayor efectividad en las detenciones por estos ilícitos; se crearon jurisdicciones especiales para juzgar los delitos terroristas fuera de las áreas en donde éstos fueron cometidos (con lo cual se viola el principio de juez natural).

Los Estados utilizaron estas herramientas extraordinarias debido a que los mecanismos ordinarios fueron insuficientes para dar respuesta a este fenómeno. La problemática que se ha generado se debe a que, si bien, en un comienzo, las leyes iban a ser empleadas el tiempo necesario para erradicar el problema, y a pesar de que se mantienen en vigencia un pequeño número de ellas, *la legislación de emergencia se ha ido expandiendo para ir abarcando áreas ordinarias del Derecho penal. Sus características son: “a) fundamentarse en la urgencia y en la excepción; b) crear tensión social y activar el sentido autoritario de la sensibilidad social; c) la puesta en práctica de medidas restrictivas e incluso represivas, que quiebran derechos y garantías constitucionales; y d) alterar sin suprimir principios básicos del orden constitucional”*⁵⁴.

Se puede entender todo de la siguiente forma: esta concepción pretende, a través de la aparición de un presunto conflicto particular con características anormales, justificar el quebrantamiento de garantías fundamentales y principios hasta que cese el fenómeno que lo

⁵⁴ SCHIANNI, María Marta. *Los delitos de tenencia y portación ilegítimas de arma de fuego en el marco del expansionismo penal* en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 10, 2013, p. 14.

origina, pero para ello debe alterar las tres estructuras básicas del Derecho penal: el delito, el proceso y la pena. Respecto al delito, se vislumbra la creación de nuevos tipos en vulneración de principios, específicamente en la criminalización de actos preparatorios y la participación de asociaciones ilícitas sin requerir conducta alguna. Respecto del proceso, se puede observar la fuerza del paradigma en la incomunicación de los detenidos y en el tratamiento especial a delatores, arrepentidos o colaboradores con la justicia. Finalmente, respecto de la pena, se crean establecimientos penitenciarios de máxima seguridad, restricciones a los beneficios penitenciarios respecto a determinados autores.

Otro fenómeno relativo a la expansión es el Derecho penal simbólico, que fue mencionado anteriormente. Ha sido definido por Winfried Hassemer, naciendo a partir de la penalización de nuevas realidades problemáticas generadas por la evolución tecnológica en distintos ámbitos, lo que ha dado lugar al establecimiento de fenómenos de neo-criminalización, respecto de los cuales se afirma de manera crítica, que sólo cumplen el efecto de ser una declaración de principios, de forma simbólica. Da la impresión de que esta forma de actuar es una influencia externa al Derecho penal, ya que en su estructura pareciera ser en su totalidad un recurso retórico, más asociado a la política y a los electores que a las leyes penales. Sin embargo, a pesar de esta idea, los fenómenos de carácter simbólico sí se encuentran dentro del entramado del Derecho penal, de manera que es incorrecto decir que sea éste un fenómeno extraño al Derecho penal. Cancio Meliá señala para asegurar este punto que *“en efecto: desde perspectivas muy distintas, desde la “criminología crítica” – y, en particular, desde el así llamado enfoque del labeling approach –, que pone el acento en las condiciones de la atribución social de la categoría “delito”, hasta la teoría de la prevención general positiva, que entiende delito y pena como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto a la norma: los elementos de interacción simbólica son la misma esencia del Derecho penal”*⁵⁵. Por ende, cuando se utiliza el carácter simbólico en sentido crítico *“se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la ‘impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido’, es decir, predomina la función latente sobre la manifiesta”*⁵⁶.

Entonces, el Derecho penal simbólico cumple cierta utilidad en los ordenamientos debido a su función instrumental, al buscar la protección de bienes jurídicos, aunque también asume otros efectos benéficos que Silva Sánchez explica así: *“la legislación simbólica, con su estigmatización de la conducta correspondiente y la cualificación del bien de que se trate, constituye además una manifestación especialmente clara de un Derecho penal de connotación «educativa» o «ético-social»*⁵⁷. El problema se genera

⁵⁵ JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. 1ª edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, p. 67.

⁵⁶ JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., p. 68.

⁵⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 1ª edición, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 306.

cuando esta legislación se absolutiza, imposibilitando la finalidad protección de los bienes y, por lo tanto, se radican en cumplir una “función exclusiva” en lo netamente simbólico. Es por ello que este tipo de normativas (que buscan cumplir una función exclusivamente simbólica) son ilegítimas y deben ser desterradas de todos los ordenamientos jurídicos.

Asociado a todo ello, empiezan a aparecer voces críticas respecto a la idea de expansión. Díez Ripollés y Cancio Meliá señalan que hay diferencias entre la primera edición de la célebre obra de Silva Sánchez (que aparece en 1999) y la segunda edición (que aparece el 2001, con el atentado de las torres gemelas). En la segunda, Silva Sánchez empieza a apreciar de mejor forma el fenómeno de la expansión no centrándolo exclusivamente en el concepto amplio de “delincuencia socioeconómica” sino que también notando la situación de la delincuencia clásica a partir de las renovadas demandas de “ley y orden”. Lamentablemente, la rigidez de las posturas relativas a la primera edición produce el error de confundir dos fenómenos distintos como “expansión del Derecho penal”. Por un lado, tenemos la “modernización del Derecho penal” orientada a las nuevas formas relativa a la delincuencia socioeconómica y la criminalidad de los poderosos y por otro lado, están las demandas de “seguridad ciudadana” dirigidas mayoritariamente contra la delincuencia callejera y clásica, y por ende, contra las clases más desfavorecidas y los marginados.

Por lo tanto, el problema queda muy bien ejemplificado por Díez Ripollés al señalar que *“el análisis de Silva adolece de un defecto original: Concibe la expansión del derecho penal como un movimiento contra los poderosos, siendo así que, desafortunadamente, la nueva política criminal tiene como preferente objeto de atención, tanto cuantitativa como cualitativamente, a las clases sociales más desfavorecidas y a la delincuencia clásica”*⁵⁸.

2.3. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana.

El punto de partida de este fenómeno necesariamente nos debe llevar a explicar someramente el modelo del cual nace: el modelo garantista. Este modelo se caracteriza por una estructura de intervención autolimitada, al nivel que se le ha llamado “derecho penal mínimo”. Dentro de sus principios encontramos que sus instrumentos de intervención, las normas y sanciones penales se le atribuyen una eficacia limitada, hay una reducción del ámbito de actuación a la tutela de los bienes más esenciales para la convivencia social, una profunda desconfianza hacia un recto ejercicio de la intervención punitiva estatal por parte de los poderes públicos y se han creado ciertos límites trascendentes respecto de ciertas

⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 06-03, pp. 7-8 [Disponible en internet: [http:// criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf)].

sanciones penales como la eliminación de la pena de muerte por la dignidad de la persona humana y otras reducciones asociadas al principio de proporcionalidad y con la tendencia a la reintegración del delincuente en la sociedad.

La situación que se ha generado obedece a que este modelo ya no otorga las respuestas necesarias para interpretar los distintos cambios político-criminales, debido a que éstos se desprenden de una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. Es por eso que las críticas que se vienen haciendo desde el garantismo respecto de recientes decisiones político-legislativas penales se pierden, más que nada, por la poca comprensión de la sociedad, que quiere soluciones absolutamente opuestas, y que conlleva tarde o temprano a la construcción de un modelo prácticamente antagonista al garantista.

Para llegar a la raíz de este nuevo modelo debemos retroceder en el tiempo hasta la década de los años 60 con el surgimiento del modelo resocializador. Su razón de ser provenía de la “ideología del tratamiento”, que legitimaba al Derecho penal como el instrumento válido para resocializar al delincuente y que todos los instrumentos de éste debían reconducirse a esa finalidad. Todo esto implicaba ciertas decisiones importantes como que otros efectos sociopersonales pretendidos tradicionalmente por la pena quedaran en segundo orden o fueran desacreditados de forma implacable; la flexibilización de ciertas cautelas propias del Derecho penal clásico (penas indeterminadas, se eliminan ciertas referencias al hecho concreto para determinar la responsabilidad, etc.); la pena de prisión sufre una valoración ambivalente (permite un marco en el cual facilita la resocialización, pero es difícil eludir sus consecuencias negativas inherentes a toda internación), y que el tema de la delincuencia pasa a manos de expertos, sacando del juego a los políticos y a la ciudadanía.

Lamentablemente, el modelo se desmoronó a mediados de la década de los años 70 por varias razones: primero, por el desánimo entre los defensores por su escasa eficacia (hay pocos frutos que lo legitimen); segundo, queda la impresión que el modelo hace de cortina de humo a las responsabilidades de varios grupos (sociedad en su conjunto, grupos más favorecidos y órganos de control) por la generación de la delincuencia; tercero, reviven las voces que impulsan el modelo garantista y cuestionan la injerencia extrema sobre los derechos y la personalidad de los individuos (buscando el restablecimiento de las garantías clásicas); y cuarto, por la resurrección de otros aspectos sociopersonales de la pena como la intimidación al conjunto de la sociedad o la inocuización del delincuente. Finalmente, algunos autores han señalado ante esta situación que “*ellas se limitan a reflejar un cambio más profundo de las creencias y formas de vida de la sociedad moderna, el cual habría transformado o comenzado a transformar la política criminal*”⁵⁹.

⁵⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 5.

El primer elemento del modelo de seguridad ciudadana es sin duda alguna el retorno del interés del derecho penal por la *delincuencia clásica*, aquella que gira en torno a los delitos contra bienes individuales, esencialmente los de vida e integridad, propiedad y libertad en sus diversas formas. En un comienzo, se dudó que ese protagonismo se pudiera mantener producto del fenómeno de modernización del Derecho penal y la criminalización de los poderosos, pero finalmente no fue así. La intención de abarcar los nuevos delitos se fue frustrando debido a varias causas: la primera, la impresión de que los poderosos, debido a sus vastos recursos, han podido explotar de forma abusiva las garantías del Derecho penal y procesal penal, logando eludir la persecución penal, la condena o el cumplimiento de las sanciones impuestas; la segunda, la judicialización de la política termina por dejar relegada la búsqueda de la verdad y la valoración de la gravedad de las conductas. Díez Ripollés señala un problema adicional, respecto de la actitud de la doctrina penal: *“lo que comenzó siendo una preocupación por las dificultades conceptuales encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos en los modelos de descripción legal y de persecución del derecho penal tradicional, ha acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa en la intensidad de persecución de esa criminalidad”*⁶⁰. Ante tales problemáticas, la delincuencia clásica ha pasado a ser prioridad en el inconsciente colectivo.

Un segundo factor relevante es la *sensación de inseguridad*: se ha incrementado desde hace algunos años en la ciudadanía tanto la preocupación en general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima de un delito. Esto se plasma en dos sentidos: el primero es que se incrementa la sensación y la conciencia en la sociedad de la negligente prevención de la delincuencia, lo que genera una escasa confianza en el trabajo de los poderes públicos para resolver el problema; y el segundo, se pierde la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en la que se entendía al delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a socorrer. Hoy son vistos como personas sin escrúpulos que buscan con plena conciencia y libre albedrío intereses egoístas e inmorales, cayendo en el establecimiento de rótulos deshumanizantes tales como “depredador sexual” o “asesino en serie”. Díez Ripollés menciona también que *“esa preocupación o miedo por el delito ya no se concentran en los ámbitos sociales más conscientes o temerosos de la delincuencia, sino que se han extendido a sectores sociales antes relativamente distanciados de esos sentimientos. La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titulares, tiene que ver sin duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población”*⁶¹.

⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 7.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 9.

Un tercer aspecto se relaciona con *la posición de los intereses de las víctimas*, en directa relación con los de los delincuentes. Desde un punto de vista clásico, los intereses de las víctimas han sido absorbidos por los intereses públicos de intervención punitiva. Su tutela se lograba en la medida en que el delito que se cometía en contra de los ciudadanos, suponía un perjuicio a los intereses de la sociedad en su conjunto. Es por ello que el Derecho penal posee el carácter de Derecho público. También se ha insertado incluso el principio de neutralización en el que *“las víctimas deben tener una capacidad de intervención penal en la reacción penal lo suficientemente limitada como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando”*⁶². Sin embargo, esto ha sido modificado producto de la plausible atención de los intereses de las víctimas. En primer lugar, porque han sido ellas (y sus demandas) las que llevan el debate político criminal, dejando de lado reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades de la colectividad. En segundo lugar, los sentimientos de las víctimas y sus intereses no admiten interferencias de ningún tipo, con lo cual se ha entrado en una relación delincuente-víctima bastante clara: Si al delincuente se le otorga algún beneficio carcelario (por ejemplo), supone una pérdida para las víctimas, lo ven como un perjuicio para sus intereses o una forma de eludir la condena. Se produce una inversión absoluta: *“Es ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses, los intereses de la sociedad, sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de los intereses públicos”*⁶³. También cambia el principio de neutralización: las víctimas deben procurar de que argumentaciones complejas y matizadas de los poderes públicos sean alejadas lo suficiente para que no impidan la adecuada satisfacción de los intereses de los verdaderamente afectados por el delito.

Un cuarto punto de relevancia se relaciona con los *agentes sociales y las decisiones legislativas*, con grandes cambios en ellos. Por una parte, los conocimientos y opiniones de expertos se han desacreditado; esto ha sido producido paradójicamente por las reflexiones teóricas jurídico-penales que, buscando niveles óptimos de precisión y rigurosidad conceptual, sus determinaciones hayan dejado de ser dignas de comprensión para una buena parte de la sociedad. Díez Ripollés señala que *“los jueces son vistos como un colectivo poco fiable, que adopta con frecuencia decisiones alejadas del sentido común, y a los funcionarios de ejecución penal parece sólo preocuparles el bienestar de los delincuentes”*⁶⁴. Por otra parte, la experiencia de las personas en su vida cotidiana, la percepción instantánea de la realidad y de los conflictos sociales, la transforman en el factor más relevante a la hora de crear o modificar leyes penales. Los que ostentan esos conocimientos son la opinión pública a través de los medios de comunicación social de masas, las víctimas o un conjunto de ellas y el pueblo propiamente tal. Esto trae como consecuencia dos situaciones a destacar: la primera de ellas, que como ya ha quedado

⁶² Ídem.

⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 10.

⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 11.

plasmada en la opinión pública el descrédito de los expertos y la incompreensión de sus propuestas o *modus operandi* ha nacido una activa política que busca privarles el margen de discrecionalidad que debido a su expertiz, gozaban en su correspondiente ámbito decisonal. El típico ejemplo es la reducción del arbitrio judicial al momento de sustituir la pena o la medida de seguridad por beneficios carcelarios. La segunda es bastante obvia: se ha producido un empobrecimiento de los contenidos en el debate político-criminal debido al monopolio de este tema por los políticos y la opinión pública, lo que ha gatillado “*un debate uniforme y sin matices, en el que descalifican cualesquiera posturas que conlleven una cierta complejidad argumental o distanciamiento de la realidad más inmediata*”⁶⁵.

En quinto lugar, se han escuchado los sentimientos de venganza de las víctimas y, a partir de ello, *se han modificado ciertos componentes de la pena*, debido que la resocialización del delincuente ha perdido el apoyo social necesario para constituirse en un objetivo central de la ejecución penal, a pesar de tener protección constitucional. Díez Ripollés considera que “*en el actual estado de cosas resulta, pues, injustificado colocar a la resocialización en un segundo plano frente a otros efectos sociopersonales de la pena como la inocuización, la prevención general o la reafirmación de valores sociales. Sin embargo, la opinión pública tiende a valorar las medidas que, con las miras puestas en reinserción social del delincuente, flexibilizan la ejecución penal como un conjunto de favores inmerecidos que se hace a los delincuentes*”⁶⁶. Esta idea va asociada a otra, relativa a las explicaciones sociales de la delincuencia. Desde un punto de vista netamente consensual de la sociedad, que no toma en consideración para su análisis las diferencias de oportunidades entre los ciudadanos, la delincuencia se muestra como un premeditado y personalmente innecesario enfrentamiento del delincuente con la sociedad, que pide una respuesta que otorgue la atención correspondiente a la puerilidad de las motivaciones que han conducido a ella. Estas tres ideas han provocado una serie de alteraciones importantes en el sistema de penas y su ejecución, que se centraliza en sólo un objetivo: la búsqueda de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión de un delito.

Además, se producen *cambios respecto a la pena de prisión*. En un comienzo se estimaba que las largas penas de prisión eran inhumanas dado que trituraba la personalidad de los condenados y provocar la imposibilidad del reingreso a la sociedad de éstos y que con ello, las penas cortas de prisión buscaban corregir las pautas de comportamiento en delincuencia de poca monta, pero su mayor problema era no la pena de prisión en sí misma, sino la puesta en práctica. En España estas medidas nunca pudieron ejecutarse de buena manera debido la falta de medios materiales y personales que necesitaban para su desarrollo de forma óptima. En otros países europeos las medidas habían funcionado y, con ello, sus

⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 12.

⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 13.

ventajas, pero se estaba produciendo la recuperación del prestigio de las penas privativas de libertad, con las respectivas reformas en ese sentido. Se busca en ellas, su capacidad para garantizar otros fines sociopersonales de la pena: los intimidatorios y meramente retributivos pasan a ser prioridad; los efectos inocuidadores a través de los cuales, ante el fracaso de la sociedad en la resocialización del delincuente, se responde con el aislamiento social y la reclusión de los desviados.

También cambia *la percepción del uso del poder sancionatorio estatal*. Las más importantes preocupaciones del Derecho penal clásico, de raigambre liberal, eran la protección de los bienes individuales para la sana convivencia y que esa situación no vaya de la mano de una excesiva intervención de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Esto deviene en la desconfianza de la comunidad en el recto ejercicio de los poderes estatales, respecto a las amplias facultades existentes relativas a los instrumentos de persecución penal como de la ejecución de las penas. Lo que ha generado los excesos en este ámbito ha sido la presencia de expectativas demasiado grandes en las ciencias del comportamiento para hacer el bien al delincuente. Por lo tanto, lo que sucede hoy es en esta línea: “*se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito (...) Dicho de otra manera, los ciudadanos no delinquentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo*”⁶⁷. Esto ha producido reformas en las cuales el respeto por los derechos y libertades individuales quedan rezagadas en un segundo plano como por ejemplo la interceptación de comunicaciones telefónicas.

Un efecto asociado al control de la sociedad a las posturas político criminales, es su *rol activo en la lucha contra la delincuencia*. Se busca que los ciudadanos, en conjunto con las policías, aprendan a poner en práctica medidas para prevenir el delito, aumentar la eficiencia de las actuaciones policiales para prevenir o perseguir el delito, incluso sustituirlas. El nuevo paradigma son los programas de control vecinal en lo que se capacita a los residentes de un barrio para que en el momento que vean ingresar a un individuo desconocido y de aspecto inusual en sus calles, informar con la mayor celeridad posible a las policías, quienes recogen la mayor cantidad de información posible, en principio, absolutamente intrascendente. Pero esta situación ha ido más allá producto ya no sólo de la participación ciudadana en la lucha contra la delincuencia, sino que también ha ocupado los lugares de los órganos formales de control social y con ello la creación de la seguridad privada. En la búsqueda efectiva de este objetivo, se han dejado de lado argumentos de fondo como la exigencia democrática de que sólo las fuerzas de orden y seguridad del Estado pueden hacer uso legítimo de la fuerza e incluso que, como se puede ver en la

⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 17.

práctica, el acceso diferenciado a la seguridad privada genera desigualdad social, lo que a su vez provoca el desinterés de la administración pública por capacitar a sus fuerzas de seguridad, lo que genera cierta laxitud en su forma de realizar sus labores. Díez Ripollés sintetiza todo este proceso en *“la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes”*⁶⁸.

Un último aspecto lo constituye *la transformación de la criminología*. Antiguamente, durante tres décadas (50, 60 y parte de los 70) se hablaba de un enfoque etiológico que diagnosticaba que la delincuencia era un producto de la marginación y privación sociales: La falta de oportunidades, una precaria socialización, el estancamiento en los márgenes de la sociedad del bienestar, más alternaciones en el comportamiento producto de ello, describían perfectamente el fenómeno delictual. Al llegar a la década de los 90 cambia completamente su perspectiva: la delincuencia surge por defecto y es la consecuencia de un insuficiente control social, por lo que procede aumentarlo para que así desaparezca. Si bien, se puede señalar que esta demanda no deja de lado completamente el contexto de desigualdad social inherente que envuelve al comportamiento delictivo, acepta que los intentos de integración social de los sectores desfavorecidos deben ser blindados por los esfuerzos encaminados a garantizar la seguridad ciudadana. Dentro de ellas hay distintas orientaciones, algunas que no ven que la desigualdad de la sociedad o de sus instituciones los predisponga a cometer ciertos delitos, sino que son personas normales, bien integradas que actúan de forma racional y quieren sacarle provecho a las oportunidades que se le presentan para delinquir. Una de las más importantes en el último tiempo es la criminología feminista, que buscando desmontar la sociedad patriarcal, *“han tenido éxito en extrapolar la significativa presencia en esa actitud patriarcal de conductas violentas hacia las mujeres, al conjunto de comportamientos sociales lesivos de derechos individuales de éstas, de forma que se ha generalizado la imagen social de que la violencia es el vector explicativo de desigualdad de los géneros”*⁶⁹.

Capítulo 3: Derecho penal del enemigo y Derecho penal de lucha.

En este capítulo se revisarán teorías jurídico-penales que buscan conceptualmente dar una respuesta ante la criminalidad más extrema. En primer lugar, se va a describir los

⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 19.

⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 21.

elementos centrales de la “Teoría de los Sistemas” de Nicklas Luhmann, para comprender de mejor forma la teoría de Gunther Jakobs. Luego, analizaremos la célebre distinción entre el Derecho penal del ciudadano y el del enemigo, contemplando sus opuestas naturalezas, las diferentes reacciones ante el fenómeno delictivo y sus críticas más importantes. Asimismo, desarrollaremos un cúmulo de ideas del profesor Massimo Donini, en relación a la situación de la ciencia penal ante la política, la judicatura y el análisis de Jakobs. Finalmente, terminaremos conociendo la noción del Derecho penal de lucha, las diversas posturas doctrinales ante la normativa de emergencia y una pequeña similitud entre dicho derecho y el problema del neoconstitucionalismo.

3.1. Consideraciones previas al análisis de la teoría funcionalista sistémica de Gunther Jakobs.

Dentro del devenir constante del análisis dogmático del derecho penal, ha aparecido una voz disonante que ha planteado, apoyándose en la teoría de los sistemas funcionalistas de Nicklas Luhmann, una particular forma (con la excusa de ser una teoría que busca ser netamente descriptiva) de entender al derecho penal actual: el Derecho penal del Ciudadano y el Derecho penal del enemigo. Sin embargo, para poder avanzar en el análisis jurídico-penal es necesario adentrarnos un poco en la teoría funcionalista sistémica, para tener un conocimiento más nítido de las ideas principales que subyacen a la obra de Gunther Jakobs.

Como punto de partida a la teoría de sistemas de Luhmann, se basa en una visión deshumanizada y tecnificada de la sociedad, la que posee como principal característica su complejidad: el hombre aparece situado ante una gran variedad de posibilidades de actuación con la consiguiente perplejidad y dificultad para tomar decisiones, lo que produce contingencia y riesgo⁷⁰. Por ende, para enfrentar este problema, se recurre a la natural limitación de la razón humana para reducirla y la idea de sistema como aparato técnico que facilita la comprensión del mundo, que hace posible la actuación humana y su orientación, ya que los sistemas permiten construir expectativas sólidas sobre el comportamiento de uno mismo y de los demás.

El centro de esta corriente se basa en entender a la sociedad no como una suma de individuos sino como un sistema, establecido como la estructura en que engloba una distinción, en la que es posible distinguir dos partes esenciales: el sistema propiamente tal, que representa la cara interior de dicha estructura, y el entorno, como ambiente externo en la cual el sistema se desarrolla. Por lo tanto, ambas van unidas y se desprende del análisis que el entorno es un elemento inseparable e insustituible del sistema. Para lograr la distinción entre ellos, Luhmann introduce el concepto de poiesis, influenciado por los

⁷⁰ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *El Funcionalismo en el derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs*. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, Volumen 8, Madrid, España, 2007, p. 366.

avances de la ciencia (y en concreto, los de Humberto Maturana y Francisco Varela⁷¹), en el cual la obra que se va produciendo es el sistema en sí mismo, o para ser aún más precisos, la forma del sistema. En conclusión, Luhmann toma los conceptos de autorreferencia (la distinción entre el sistema y su entorno, viendo en el sistema un todo perfectamente cerrado en donde sus operaciones y elementos aparecen referidos a sí mismos) y de autopoiesis (los sistemas sociales, al igual que los orgánicos y psíquicos, tienen la capacidad para producir por sí mismos los elementos que los integran, construyendo su propio espacio de operación y reducción de la complejidad).

El núcleo central del sistema está constituido por la “comunicación”, otro concepto que para el autor encierra no sólo el intercambio lingüístico sino también el de la acción, entendido como participación y un tercer elemento, que es la comprensión de la expresión y su información. Esta última característica posibilita que el sistema se abra, ya que las comunicaciones pueden ser aceptadas como rechazadas. Por consiguiente, según Luhmann sólo así, en virtud de esta dualidad, puede haber historia debido a que su devenir depende de la opción que en cada paso fue tomada: la del sí o la del no. Los sistemas, por ende, son medios de comunicación (ya que en ellos radica su racionalidad), que aseguran en su ámbito la transmisión de la complejidad reducida en un modelo binario (verdad-mentira, lícito-ilícito, etc.)⁷².

La sociedad es definida por Luhmann como el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas⁷³. Sin embargo, no hay comunicación entre el individuo y la sociedad. Esto sucede en parte por la naturaleza de la sociedad, un sistema autodescriptivo hecho para reproducir dichas comunicaciones y no para intervenir en ellas (en el fondo, la comunicación es un fenómeno que ocurre dentro del sistema, y por ende, la sociedad no puede intentar salir de sí misma para lograrlo).

Finalmente, la idea más influyente en Jakobs desarrollada en la noción de sociedad de Luhmann son las expectativas, inmersas en el concepto de participación dentro del proceso comunicativo, que permite la interacción humana en sociedad, en base a su propio sistema binario, distinguiendo lo jurídico de lo antijurídico. En Luhmann se puede distinguir dos tipos de expectativas: las meras expectativas cognitivas que, al ser frustradas por la realidad, dan lugar a que el sujeto adapte su expectativa a la realidad; y las expectativas normativas, que no desaparecen cuando se produce su violación en la realidad, sino que en tales casos, es la realidad la que se debe amoldar a la norma, es decir, a la

⁷¹ MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, *De Máquinas y seres vivos*. 3º Edición, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1995.

⁷² MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *Justicia e igualdad en Luhmann*, *Anuario de Filosofía del derecho*, Nueva Época, Tomo IV, Madrid, España, 1987, p. 51-52.

⁷³ LUHMANN, Niklas, *El concepto de Sociedad*, en *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. 1º Edición. Editorial Trotta. Madrid, España, 1998, p. 59.

expectativa. Por ende, esta última mantiene su validez contra los hechos, y por ello, las normas son *expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente*⁷⁴. Esto significa que al producirse la frustración de las expectativas normativas, se debe necesariamente producir una respuesta que reafirme el valor de la norma en cuestión, y una de las posibilidades (aunque el autor admite otras) es la sanción. En este sentido, el derecho es un subsistema que reduce la complejidad de las interacciones en sociedad con su propio lenguaje y además es la institución a través de la cual se aseguran de forma garantizada las expectativas normativas, un medio a través del cual se refuerza el mantenimiento de las expectativas y ello produce orden social.

3.2. El Derecho penal del enemigo (y el Derecho penal del ciudadano):

Entonces, continuando la idea respecto al derecho (y en particular, al derecho penal), Jakobs mantiene fielmente la necesidad de que el sistema social funcione óptimamente y tenga al alcance los medios precisos para su autoconservación y su defensa⁷⁵. El derecho, en este sentido, es parte del sistema social y posee como principal función el mantenimiento y defensa del sistema social vigente, dotándolo de cohesión y resolviendo cualquier problema que puede afectar al funcionamiento del mismo. La importancia de ello es notoria, debido a que la estructuración e identificación de la sociedad como un sistema de comunicación se lleva a cabo mediante las normas jurídicas. Ellas permiten conocer, dentro de la dinámica social, el significado de los comportamientos de las personas y lo que razonablemente puede esperarse de ellas.

Es decir, que la idea de sociedad de Jakobs consiste en un conjunto de seres que poseen una “concordancia normativa”, debido a que cada uno reconoce en el otro un rol determinado que debe cumplir en ella, que nace y se genera de su posición en ese grupo, y que tiende a la preeminencia de los deberes (en contraposición a los derechos) en su ámbito de competencia dentro de ese rol. Por ende, cada persona espera un determinado comportamiento de la otra y viceversa. Esto nos lleva como consecuencia a la idea de persona. Ella es necesariamente una construcción social y no biológica, se consolida cuando de forma autónoma reconoce la norma y la sigue. Acá la postura de Jakobs se puede distinguir claramente de Luhmann, quien se inspiró en un punto de vista individualista (que ve la sociedad creada por obra de sujetos individuales que le dan forma y legitimidad a través del contrato), ya que sigue una idea de sociedad desde una perspectiva de la comunidad, del sistema social de comunicación, que genera y garantiza sus propias reglas.

⁷⁴ *Íbid.*, p. 43.

⁷⁵ JAKOBS, Günter, *Sociedad, norma y persona en la Teoría de un Derecho penal funcional*, 1º Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996, pp. 36-37.

Por ello, las normas jurídicas tienen el valor de identificar y definir el tipo de sociedad existente en un lugar y tiempo determinado. Ellas, en cada uno de esos momentos, no tienen que ser como son sino que podrían ser de cualquier otro modo. Es por ello que cuando se plantea el problema del delito, para Jakobs tiene una única solución: la confirmación de las normas del sistema por parte del Derecho penal. La finalidad de éste no es la protección de determinados bienes jurídicos sino la defensa y garantía de las normas que determinan al sistema y su identidad. Se desecha la dimensión interna o material de las normas jurídicas para centrarse en la dimensión externa o formal de éstas. Adicionalmente, la sanción aparece desprovista de toda función o finalidad psicológico-social o individual. Con ello, el autor afirma que el funcionalismo jurídico (y penal) se entiende como “aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”⁷⁶.

Ahora, es visible analizar qué entiende Jakobs por Derecho penal. La idea primigenia es que opera y configura delitos que cometen los ciudadanos de forma incidental en su naturaleza social de ser sujetos relacionados por las normas jurídicas. Jakobs reconoce que “los delitos son solo posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”⁷⁷. Por tanto, la primera naturaleza del Derecho penal es la del ciudadano, el cual es definido como “una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado – de modo coactivo, pero en cuanto a ciudadano – a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma”⁷⁸. Por tanto, en la sociedad descrita por Jakobs se deben garantizar las normas jurídicas, ya que ellas son las que mantienen la forma de la sociedad y del Estado, protegiendo la rigidez de las expectativas normativas esenciales en relación a su posible defraudación, configurando como bien jurídico protegido la vigencia de las normas jurídico-penales.

También hace una ruptura con la noción clásica de acción, y desarrolla un concepto “social” de acción, señalando que “la dirección del acción ha de determinarse siempre en función de las capacidades individuales del autor, dado que sólo así puede garantizarse que

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 15.

⁷⁷ JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. 1º edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, p. 35.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 36.

la expresión de sentido de la acción sea en todo caso expresión de sentido de un sujeto⁷⁹, eliminando los impulsos y movimientos naturales involuntarios para dar paso a las expectativas penalmente relevantes. Es decir, define el concepto de acción como la causación del resultado individualmente evitable, que permite configurar en su interior tanto la actuación dolosa como la imprudente.

En relación a la omisión, Jakobs la define como contrapartida a la acción: vendría a ser la imposibilidad de evitar un resultado evitable. Finalmente, respecto a la culpabilidad, señala que “el concepto de culpabilidad ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los principios del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma”⁸⁰, que no depende de la múltiples circunstancias en las que se puede encontrar un sujeto sino que atiende a la necesidad de los principios de los fines de la pena, es decir, de los fines de la prevención general positiva.

Una segunda dimensión del Derecho penal empieza a desarrollarse en la década de los ochenta con diversas ponencias de Jakobs, en las que solamente se centran en un aspecto de dicha teoría: la justificación de anticipar la punibilidad en los casos de delitos de peligro abstracto. La idea central era que se podía producir una “desprivatización” (entendiéndose como tal, una intromisión del ius puniendi en la esfera privada del sujeto) en atención a la peligrosidad intrínseca de dichos actos punibles, para que a través de ella se pueda acceder a una faz de este aspecto interno, la cual son los planes del sujeto. En este sentido, el violar de esta manera la esfera privada del sujeto no corresponde al actuar del Derecho penal del ciudadano, sino al Derecho penal del Enemigo.

Posteriormente, con el ataque terrorista a las torres gemelas en EE.UU. y sus repercusiones en el ámbito del derecho penal, Jakobs pudo exponer de forma más detallada el Derecho penal del Enemigo el año 2003 en conjunto con el penalista español Manuel Cancio Meliá. Una primera aproximación de ella señala: “*El Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.* Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz (...) *El Derecho penal del*

⁷⁹ JAKOBS, Günter, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, España, 1995, apartado 6/25, p. 173.

⁸⁰ *Ibidem*, apartado 17/22, p. 584.

*ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros*⁸¹.

En este sentido, Jakobs resalta que esta argumentación de ningún modo es una novedad; ella ha sido sustentada por diversos autores filosóficos anteriores a él, especialmente los que han dado existencia al Estado a través de un contrato o pacto social. Precisa que si uno de los individuos de dicha sociedad comete un delito, se infringe el contrato social de dicho sujeto con toda la sociedad, y con ello, no participa de los beneficios de dicho pacto social, es decir, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. Por ello, citando a Rousseau, señala que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado. También menciona a Fichte, el cual argumenta que “quien abandona el contrato ciudadano en un punto en que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano y pasa a un estado de ausencia completa de derechos”⁸². Sin embargo, Jakobs prefiere no seguir con sus concepciones debido a la radical separación entre el ciudadano y el enemigo, considerándola demasiado abstracta. En su opinión “un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho también al criminal, y ello por un doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de la personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”⁸³.

A pesar de ello, el autor sustenta su concepción dogmática con otros autores contractualistas, como Hobbes y Kant. El primero de ellos mantiene el status de ciudadano al delincuente, es decir, no puede eliminar por sí mismo su status. Una situación distinta es en el caso de una rebelión, “pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurrir en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos”⁸⁴. El segundo, en su escrito “Sobre la paz eterna”, en un extensa nota a pie de página, describe el problema de cuando se puede legítimamente proceder de forma hostil contra un ser humano y menciona que “aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... (de la) seguridad (necesaria), y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*status iniusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado

⁸¹ JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. op.cit., p. 33.

⁸² *Ibidem*, p. 27.

⁸³ *Ibidem*, p. 28.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 29.

comunitario-legal o abandone mi vecindad”⁸⁵. Por lo tanto, el autor llega a la conclusión de que “Hobbes y Kant conocen un Derecho penal del ciudadano – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio – y un Derecho penal del Enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquel deja incólume el *status* de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; este sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido”⁸⁶.

De esta manera, el autor empieza a diferenciar ambos derechos diciendo “del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contra fáctica, tampoco la personalidad”⁸⁷. Con ello deja en claro dos elementos centrales: la fidelidad a las normas, que es parte de su idea de sociedad, y una cierta corroboración cognitiva de los ciudadanos para que todo esto se plasme en la realidad. En particular, Jakobs señala que dicha corroboración debe “no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción o insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito”⁸⁸. Con lo cual aparece la noción de enemigo, señalando que son aquellos que “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona, (y por ende) un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona”⁸⁹. Acá hay dos cosas relevantes, la primera es que para Jakobs los enemigos no serían personas, y la segunda, es que para ello se produce una degradación en el concepto de persona, institución creada por el Derecho, que al faltarle la expectativa seria de comportamiento, determinado por los derechos y deberes, “degenera hasta convertirse en un mero postulado y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente”⁹⁰, esto es, el individuo peligroso o el enemigo, sujeto a que se le debe aplicar una medida de seguridad por el Estado, que hace la custodia de seguridad.

Entonces, las principales diferencias que presenta el Derecho penal del Enemigo, respecto al del Ciudadano, se puede señalar (como punto de inicio) la creación de tipos penales que castigan determinados actos preparatorios de hechos futuros, produciéndose una anticipación en su punibilidad: Esto lo encontramos en delitos de peligro abstracto (que se encuentran generalmente en la ley antiterrorista, la ley de armas o la ley de drogas) y el ordenamiento jurídico reacciona de esta forma “por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: *la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la*

⁸⁵ Ibídem, p. 31.

⁸⁶ Ibídem, p. 32.

⁸⁷ Ibídem, p. 36.

⁸⁸ Ibídem, p. 38.

⁸⁹ Ibídem, p. 40.

⁹⁰ Ibídem, p. 14.

preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”⁹¹.

En segundo lugar, encontramos una legislación de Lucha o de Combate contra cierto tipo de criminalidad: Jakobs menciona que al enemigo se le debe tratar como si estuviera en el estado de naturaleza, definido como “*un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma y quien pierde ha de someterse a su determinación*”⁹². Hay que recordar que el Derecho penal del enemigo es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra, y esa guerra tiene justificación en el legítimo derecho a la seguridad que tienen los ciudadanos que viven bajo dicho pacto social.

En tercer lugar, se produce una supresión de las garantías y derechos procesales para los imputados etiquetados como enemigos: Jakobs señala que la coacción se puede transformar en sede procesal penal en la reducción de garantías y derechos procesales que se plasman en intervenciones como la extracción de sangre, la prisión preventiva, la intervención de telecomunicaciones, el desarrollo de investigaciones secretas o la intervención de investigadores encubiertos. Aquí el autor aclara que “*estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado*”⁹³. Esta situación también influye en la situación de los condenados: al proponer que el Estado no debe tratar como persona a los enemigos, esto repercute en una disminución de sus beneficios penitenciarios.

Finalmente y en cuarto lugar, tenemos la intensificación de las penas y desproporcionalidad de éstas: el autor repite que “*como ya se ha indicado, Kant exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos*”⁹⁴. Por ende, estos objetivos se logran a través de aumentar de forma desproporcionada la penalidad de ciertos delitos, que tienen como ejemplo más claro el delito de asociación ilícita, que castiga al individuo sólo por el hecho de ser parte de dicha organización criminal, lo que conlleva una alta prognosis de pena y pudiendo aumentar respecto de los diversos hechos realizados por dicha asociación. También hay que mencionar otro aspecto relacionado con el primer punto: respecto de dichos delitos de peligro abstracto se equipara dicha pena respecto a la fijada para los hechos consumados.

La doctrina ha reaccionado de forma radical ante los postulados de ambos derechos. Para el penalista español Manuel Cancio Meliá, el derecho penal del enemigo es una fusión

⁹¹ *Ibíd.*, p. 40.

⁹² *Ibíd.*, p. 41.

⁹³ *Ibíd.*, p. 45.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 48.

de elementos que subyacen en el Derecho penal de la post-modernidad: el Derecho penal simbólico, al cual ya nos hemos referido, y al resurgimiento del punitivismo, esto es, la creación de nuevas normas penales ante las nuevas formas de criminalidad como también la intensificación de la aplicación de las normas ya vigentes, como único criterio político-criminal aplicable. Ambos fenómenos no se pueden distinguir con nitidez, debido a que la introducción de la legislación punitivista genera efecto inmediato en las cifras de persecución penal, y el derecho penal simbólico adquiere realidad concreta cuando se centraliza en un determinado tipo de autor (en contraposición a la identificación de un hecho), que no es definido como un igual sino como otro, que se excluye de la identidad social. Ambos elementos unidos dan como resultado el surgimiento del Derecho penal del enemigo. Su crítica apunta a si este derecho, que se plasma fácticamente, forma parte conceptual en el Derecho penal moderno. Plantea que, en primer lugar, el Derecho penal del enemigo genera una reacción internamente disfuncional, en cuanto a la función de la pena, porque dicha reacción ignora que la percepción social de los riesgos no guarda relación con su dimensión real. En palabras de Cancio Meliá, “se trata de comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión. Pero no en el sentido en el que lo entiende la concepción antes examinada – en el sentido de un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales –, sino ante todo, como antes se había adelantado, en un determinado *plano simbólico*”⁹⁵. El autor señala que “la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial *debe estar en la manifestación de la normalidad*, en la negación de la excepcionalidad”⁹⁶, negándole al infractor la capacidad de cuestionar los fundamentos que amenaza, impidiéndole la posibilidad de autoexcluirse del concepto de persona (y cayendo en el concepto de enemigo), debido a que según Cancio Meliá “es el Estado quien decide mediante su ordenamiento jurídico quién es el ciudadano y cuál es el *status* que tal condición comporta: no cabe admitir apostasías del *status* de ciudadano”⁹⁷. Finalmente, el autor afirma que hay cierta incompatibilidad entre el Derecho penal del enemigo y el principio del hecho, explicando que se centra exclusivamente en la identificación de un específico grupo de individuos, etiquetados como “enemigos”, más que en la definición de un hecho punible (quedando alineado en el Derecho penal de autor).

Otro autor relevante en dicha reacción doctrinaria es Bernd Schünemann. Sus críticas abarcan ambos derechos desarrollados por Jakobs. Respecto del Derecho penal del ciudadano, señala que al configurar una concepción absolutamente centrada en lo normativo (es decir, en la funcionalidad sistémica) rechazando cualquier delimitación descriptiva, sirve como base para el desarrollo de argumentaciones circulares, que no

⁹⁵ *Ibidem*, p. 95.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 97-98.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 99.

contienen nada en sí mismo, los conceptos están vacíos y por ende, se utilizan como cortina de humo para que las verdaderas decisiones sean resueltas por el decisionismo.

Respecto del Derecho penal del enemigo, critica el rol del Estado al tener que hacer uso de la fuerza en contra de un enemigo. Al tratarlo como una no-persona, ese trato debe ser parecido al que se le da a los animales salvajes. Sin embargo, como el Estado posee de forma exclusiva el uso legítimo de la fuerza, el reproche del análisis debe centrarse en él y no en el presunto terrorista, con lo cual si el Estado combate así este tipo de peligros, estaría cayendo al nivel de los animales salvajes, y por ende, carecería de toda legitimidad su actuar. Otro problema que ve Schünemann es que el énfasis esté puesto en el enemigo y no en el peligro específico de conductas delictivas asociadas al crimen organizado. Ese peligro es el que requiere acciones determinadas del Estado para combatirlo, y eventualmente se podría justificar una reducción de las garantías procesales o un aumento en la rigurosidad de las sanciones aplicables, pero en un contexto de respeto por las garantías y derechos que configuran el Derecho penal. En la misma línea, a este autor le llama la atención una característica que sólo se puede vislumbrar en la práctica: la extensión de los medios estatales de poder en el procedimiento penal⁹⁸. Ella debe enmarcarse dentro de los parámetros del Estado de Derecho, debe estar a la altura de esta nueva forma de criminalidad pero al mismo tiempo debe ser una evolución y no una involución respecto al reconocimiento de garantías y derechos en el contexto del proceso penal. En este sentido, Schünemann cuestiona el tratamiento del enemigo como no-persona. Con ello se anula su calidad de sujeto procesal, negándole los derechos y garantías que deberían serle reconocidos en caso de no mediar dicha condición. Por ello, es necesario que si se produce esta disminución, deben establecerse “controles que actúen ya en un momento en el que el afectado no pueda ser aún informado de la investigación creada en su contra, si es que no se quiere perder de entrada el éxito de las investigaciones”⁹⁹. Por otro lado, desde una perspectiva empírica, esta concepción al reemplazar al individuo por la persona como mero portador de un rol en Derecho penal, destruye su legitimación debido a que se castiga a un hombre concreto, de carne y hueso. Esto también se plasma en su concepto de enemigo como “individuos delincuentes que se han apartado del derecho de modo permanente, al menos de forma decidida”, dado que no existen personas que reúnan dichas características. Para ejemplificar este punto, menciona que “un jefe de la mafia (paradigma de la criminalidad organizada) puede ser un marido y padre que atiende las disposiciones del derecho de familia”¹⁰⁰, lo que destruye a nivel fáctico la propuesta de Jakobs de que existirían personas orientadas de manera general en contra del Derecho. Hay además en este punto no menor al respecto: su análisis del comportamiento desviado es excesivamente individualista, algo bastante extraño debido a que la teoría nace y se constituye sobre la

⁹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. 1° Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 147.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 150.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 164.

base de algo completamente opuesto (la teoría de sistemas), con lo que pierde coherencia al efectuar un análisis individual de comportamiento sin contemplar las diversas implicancias de las relaciones sistémicas que a partir de allí pueden generarse.

Sin duda, el gran problema de la teoría para Schünemann es la división entre el derecho penal de los ciudadanos y el del enemigo, con sus respectivas reacciones del ordenamiento jurídico-penal (en el de los ciudadanos, se busca mantener la vigencia de la norma y en el del enemigo, se combaten peligros). Esta división contiene, respecto de la mantención de la vigencia de las normas, resabios de concepciones absolutas (retribucionistas) de la pena, dejando fuera la verdadera tarea del derecho penal, que es proteger de manera preventiva determinados bienes jurídicos, y por ende, busca anticipar y evitar peligros. Por consiguiente, rechaza esta teoría de forma categórica como una manifestación del Derecho penal.

3.3. La problemática relación del derecho y la política. El nacimiento del Derecho penal de Lucha.

La evolución de la ciencia penal europea (con sus constantes debates ante el fenómeno de la integración y la inminente conformación de un derecho penal internacional) basada en posturas filosóficas que no dan respuesta suficiente ante la situación concreta establecida ante el alzamiento del fenómeno de la expansión y el desarrollo de un derecho penal de la seguridad ciudadana, ha hecho al Profesor de la Universidad de Módena y Reggio Emilia Massimo Donini poner énfasis en la influencia de la política al Derecho penal, su efecto en la judicatura y cómo ésta interpreta la constitución (o mejor dicho, los principios constitucionales) a la luz de la búsqueda de control social ante el ascenso de la criminalidad clásica. El punto de partida de su descripción subyace en el Estado Constitucional de Derecho, que reconoce a la constitución más que un mero límite ante la aplicación de del poder estatal sobre el ciudadano, sino que constituye el fundamento de todo el Derecho penal y de la pena. En este punto, se analizará a la ciencia penal y su devenir ante los fenómenos ya descritos, luego se centrará en el poder judicial, el fenómeno expansivo y el establecimiento de una política interpretativa del juez, para luego llegar al derecho penal de lucha y finalmente realizar una comparación sintética con el fenómeno del neoconstitucionalismo, recalando sus semejanzas.

En relación al primer punto, la ciencia penal (especialmente la europea) ha contribuido con algunos vicios de origen que socavan el sistema e impiden la correcta aplicación del Derecho penal. El primero de ellos es definido como el *normativismo integral*, esto es, la reducción del derecho a la mera norma, incluyendo a la norma constitucional. Ante esto, es necesario mencionar, desde el prisma del derecho, cuales son

los objetos de la ciencia penal: a) el derecho penal, como norma, decisión e institución; y b) la criminalidad (que es también el objeto del derecho penal) y a las diversas materias a la que se refiere. Sin embargo, este modelo explicativo tiene un déficit: la acientificidad del conocimiento del objeto del derecho penal, y ello se refleja en las decisiones que toma el legislador, ya que “en la medida en que la ley no nace como un programa verificado, o al menos, racional, de control social respecto a los fenómenos que querría y en realidad no sabe regular, se deriva consecuentemente, la dificultad de dar entrada a enfoques que se orienten a las consecuencias en clave hermenéutica”¹⁰¹. Es decir, si la praxis legislativa, ignorante del saber empírico-criminológico, toma como base para sus decisiones a la ciencia penal, que tampoco toma en cuenta a la criminología o a las ciencias sociales para configurar los respectivos tipos penales, se hace muy difícil establecer los márgenes interpretativos a respetar por la judicatura. Donini menciona que este déficit explicaría el éxito de posturas idealistas (aunque posean la careta del funcionalismo o falsas valoraciones político criminales) que lamentablemente no miden las consecuencias de sus decisiones: sólo es válido que las incriminaciones y las condenas satisfagan el consenso social que da estabilidad al sentimiento de ‘seguridad colectiva’, restableciendo el orden jurídico violado y la fidelidad al ordenamiento jurídico penal respectivo. El segundo vicio de origen del sistema lo encontramos en la postura hermética de la doctrina nacional de los países europeos y la imposibilidad de zafar a dicho “provincialismo nacionalista” imperante en cada nación, siendo contradictorio con la corriente actual de internacionalización progresiva del derecho en la Unión Europea.

Esta situación del legislador produce que la ciencia penal tenga una relación atormentada y neurótica con la política porque ninguna rama del derecho tiene tanto que ver con la irracionalidad como el derecho penal: éste disciplina comportamientos irracionales y previene reacciones irracionales. Se puede deducir que la irracionalidad de las ofensas y de las posibles reacciones privadas condiciona la racionalidad de las respuestas. De esta forma, el derecho penal aparece como un continuo intento de racionalización ante la necesidad de la defensa-venganza. La política, por su parte, amenazando a la criminalidad con males futuros, persigue el consenso de las víctimas potenciales de los delitos y, en esta medida, está en continua tensión con las necesidades irracionales de la “democracia penal”.

Dentro de las razones históricas y filosóficas de esta dicotomía entre derecho penal y política, hay una marcada influencia de la “ciencia aristocrática” del derecho penal, que establece como postulados¹⁰²: a) la exigencia científica de la distinción entre dogmática y política criminal, que reenvía al postulado de la separación de los poderes; b) el convencimiento que exista una neutralidad valorativa del saber científico, concibiendo con mucha insistencia al derecho como norma positiva y que infravalora al intérprete,

¹⁰¹ DONINI, Massimo. *La relación entre el derecho penal y política. Método democrático y método científico* en *Revista Penal*, N°13, 2004, p. 68.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 69-70.

subrayando adicionalmente las razones de garantía respectivas; c) la autonomía del método jurídico a la política; d) la idea de que sobre la verdad y sobre los principios no se decide por mayoría, o que las normas-principio son objeto de una ciencia superior, de un “súper derecho penal” antepuesto al legislador histórico, el cual debe deducir las leyes de esta fuente de razón; e) la idea en el inconsciente de que el derecho penal tiene un carácter no democrático, autoritario e intolerante por antonomasia (esto lo convierte en un instrumento temible, que debe ser continuamente objeto de legitimación que impone la separación entre política y derecho penal); f) como consecuencia de todo lo que se ha dicho, se produce el nacimiento de una corriente que defiende al derecho penal de la instrumentalización de una política irracional, basada en el poder del consenso, en necesidades emocionales de la sociedad, pero que no se basa ya en la razón. Si hacemos un análisis exhaustivo de cada enunciado, nos daremos cuenta de que esta última premisa se ha mantenido íntegramente válida.

El efecto más concreto lo experimenta la judicatura, al ser infravalorada en su rol institucional, como fuente de derecho y como la detentadora legítima de la política interpretativa subordinadas a la ley y a la Constitución, pero dotada de márgenes para tomar decisiones autónomas. Esto se conecta últimamente con el fenómeno expansión global del poder judicial, que se genera a partir de la pérdida de poder soberano de los Estados (y por ende, de la misma ley), en el contexto de la globalización, de una parte, y de la privatización y particularización de las decisiones político-económicas, por otra. Esto produce que ya no sea una buena idea determinar la ilicitud de una conducta a partir de normas nacionales: se debe preferir el ordenamiento jurídico extrapenal. Por tanto, hoy no podemos hablar de un sistema jurídico “piramidal-jerárquico”, en el cual la fuente inferior tiene una relación de ejecución respecto de la fuente superior, sino de “una red”, porque las redes interaccionan de forma no jerárquico y deben estar coordinadas entre ellas, más que posicionarse en interacciones rígidas de subordinación. El efecto inmediato de dicha praxis es la decadencia jerárquica de la ley, y con ello, disminuye el poder soberano de los Estados.

Una segunda razón de esta expansión se produce por el derecho penal de los principios. Donini menciona que “cualquiera que sea el contenido que el parlamento pretenda darle a la ley, su fundamento real, su aplicación, será siempre más limitada que los principios superiores que fijan barreras insuperables a las mayorías parlamentarias y son capaces de vaciar o modificar profundamente el alcance de una ley”¹⁰³. Por ende, es el único poder que puede realmente controlar las leyes a la luz de los principios constitucionales. Asimismo, este poder genera una interacción directa con la ciudadanía: se compensa el “déficit democrático” de la decisión política imbuida de pura gestión y busca dar a la sociedad ese referente simbólico, siendo el intérprete de los derechos de todos. La

¹⁰³ DONINI, Massimo. *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios en Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, Nº 19, 2007, p. 405.

ley, como elemento culminante de instrumento autoritativo, se muestra incapaz de generar soluciones generalizadoras definitivas y esto se cumple al delegar a la magistratura la creación de un derecho *in action*, con relación al caso concreto, lejos de las reglas constituidas abstractamente.

El tercer factor es la notoria relevancia de la interpretación respecto a la letra de la ley, y podemos establecer con claridad la siguiente distinción, como resultado de una trabajada cultura hermenéutica: *derecho y ley son realidades distintas*. Hoy nadie piensa que conociendo la ley penal, conoce el derecho penal: este último requiere un proceso intelectual adicional, esto es, la interpretación de dicho texto y la correspondiente aplicación al caso. En dicha tarea, el intérprete regula situaciones particulares, adapta la ley a una pluralidad de hechos. Al final, este es el paradigma de los tiempos actuales: la unificación de todos los poderes en el judicial. Este, como controlador y ejecutor de las leyes, co-establece las normas a todos los niveles, las explica a los ciudadanos y las razona.

Por ello, antes de desentrañar el sentido entre legalidad y el derecho jurisprudencial, es necesario explicar un rasgo normal de la interpretación de la ley: la distinción entre “disposición” y “norma”. Ella considera que el legislador crea las *disposiciones*, es decir, los enunciados normativos, pero su contenido real es fruto de la interpretación y de la aplicación a los casos. La *norma*, por lo tanto, es el resultado de la interpretación de la disposición abstracta o de la disposición en cuanto a fruto de su aplicación a los casos. Esto provoca ciertas distinciones necesarias: sólo las normas son ilegítimas en su contenido, no las disposiciones; sólo sobre las normas, y nunca sobre las disposiciones, se construye la categoría del “Derecho vivo”; sólo una vez que se haya interpretado la disposición se puede decir si la norma es taxativa o no; sólo las disposiciones se extienden por analogía al construirse una nueva “dispositio”, si no la hay, rige la vieja disposición enriquecida por los casos nuevos. Asimismo, la norma puede incluso poseer un contenido diverso a la disposición, en el sentido de un derecho innovador ejerciendo una función sólo cognoscitiva, ya que el progreso en el conocimiento de la ley, en su adaptación al sistema, produce innovación jurídica sin crear nuevas disposiciones de tipo político-legislativo: reglas nuevas subordinadas a la ley también en términos cognoscitivos.

Este descubrimiento tiene dos fundamentos, uno en relación al método de la ciencia del derecho y otro relativo al método de la democracia: a) Relativo al método de la ciencia, supone tomar conciencia en la *esfera institucional* (y no sólo normativo), de que la aplicación de la ley al caso reviste un momento de individualización, de concretización del derecho, y al mismo tiempo se pueden alcanzar nuevos puntos de vista que son susceptibles de generalización; y b) En cuanto al método de la democracia, la magistratura realiza una necesaria composición judicial del *pluralismo social* y de las posturas contrapuestas de los sujetos procesales dentro de un proceso penal. Se va dejando de lado la imagen autoritaria del juez como portador de una verdad unitaria y constante, pronunciada “desde afuera” de la sociedad, para pasar a una función del proceso como composición del conflicto entre las

partes y el rol del juez como mediador del pluralismo dentro del Estado y de la sociedad. Por ello, es necesario que la ciencia penal elabore instrumentos y conceptos que integren ordenadamente ese componente de derecho como hermenéutica, que en la aplicación judicial al caso valoriza al derecho como decisión. El tema central de este punto son los *hard cases*, ya que en los casos fáciles todavía podemos hablar del paradigma de la interpretación como *actividad declarativa* o como silogismo judicial. Es en los casos difíciles cuando este sistema no nos sirve en absoluto.

En este sentido, las mismas normas contienen límites objetivos a la hermenéutica judicial, impuestos por la división de poderes, que reducen el saber empírico utilizable tanto para el juez ordinario como para el juez constitucional. El primero posee muchos programas condicionales que van encerrando el área de posibles decisiones que puede tomar: las *cuestiones de hecho* están nítidamente delimitadas por las *cuestiones de derecho* abstractamente admisibles, y dentro de las reglas que le vinculan, está la prohibición de la analogía *in malam partem*, que sirve para excluir cualquier tipo de valoración orientada a las consecuencias que tenga como resultado la violación de dicha regla, manteniendo el principio de legalidad en sentido estricto. En este sentido, Donini señala la importancia de los jueces ordinarios y la interpretación, ya que “el juez debe siempre advertir cuándo está extendiendo de modo innovador la punibilidad respecto de las interpretaciones pasadas, sin que opere una analogía prohibida (...) todos estos espacios de innovación hermenéutica se registran ya en la interpretación de la ley ordinaria y con prescindencia de la hermenéutica constitucional. Pero cuando interviene el derecho penal de los principios constitucionales, aumenta mucho la posibilidad de una “relectura” ex novo de un completo sistema penal”¹⁰⁴.

El segundo tiene más programas a fines (normas-principio, valores, etc.) a pesar de que gestione muchas normas-reglas. Asimismo, está vinculado a la división de poderes, que no supone que no pueda disponer de saber empírico, o bien adquirirlo mediante investigaciones técnicas. De todas formas, bajo el prisma constitucionalista del derecho penal, supone a un juez muy valorativo o que *valora muchísimo*, ya que debe controlar cada ley e interpretarla a la luz de principios superiores de rango constitucional, no es menor el hecho que la ya mencionada división de poderes marca algunas fronteras estrictas a esta capacidad que es potencialmente abstracta. La respuesta de la ciencia penal académica ante esta forma de ejercicio de la función judicial se ha centrado principalmente a una reforma ordinaria, esto es, frente a la continua irracionalidad de las leyes penales vigentes, creen que sólo a través de la ley ordinaria se puede recuperar la racionalidad de la legislación. Evitan a toda costa aumentar los poderes de control de la Corte, temiendo excesos de democracia judicial en un “garante de la Constitución” sin controles. El producto es la perpetuación de una Corte como un tribunal de *teología civil* que argumenta sólo con valores (controlando la racionalidad de acuerdo a valores) y que carece de conocimiento

¹⁰⁴ DONINI, Massimo. op. cit., p. 409.

empírico, ya que incluso la racionalidad de acuerdo a fines se sigue ateniendo a “fines” y no a las consecuencias.

Esta situación también abarca a la política: el penalista ama *la política que se adapta a sus diseños teóricos*, que otorgan únicamente al sistema penal una patente de legitimación. Es una política imaginaria, que va de la mano con un nuevo sistema, un nuevo método. No corresponde con *la política real del sistema*, sólo es un embellecimiento gubernamental. Por ello, hoy no existe una política criminal europea clara que provenga de los académicos y que sea representativa. En otras palabras, la política criminal real no proviene de la “ciencia”, más bien proviene de la ciencia “que representa” las decisiones de los gobiernos. Esta política ha encontrado en la propia ley algunos “fines” y ha querido reinterpretar todo el sistema penal a la luz de esos fines. Donini subraya que “si individualizamos “rationes”, “fines”, o bien, “funciones” de forma puramente idealista, teórico-abstracta o ideológica, se opera con valores, con fines, con el “deber ser” pero no se verifican nunca las verdaderas funciones preventivas a la luz de investigaciones empíricas”¹⁰⁵. Entonces, esta cultura cuando se orienta a las consecuencias lo hace sólo en apariencia: *la argumentación dogmática se orienta a consecuencias que siempre son normativas*. Es decir, son consecuencias *internas* al sistema de la propia dogmática, que dice con toda seguridad “estar orientada a las consecuencias”. No son consecuencias “reales” porque nunca partieron desde premisas “reales”, son autopoiéticas. Basta con corregir el objetivo al que tiende el derecho penal y sostener que éste pretende estabilizar el consenso sobre los valores fundamentales de la sociedad para sumergirnos de nuevo en el idealismo penal, y no en el método experimental o en el realismo.

En esta atmósfera conceptual, presenciamos el fenómeno del Derecho penal del enemigo, teoría que divide al derecho penal en dos entidades, una para ser aplicada a los ciudadanos respetuosos de la norma (y del derecho), y otra para los enemigos de la comunidad, con manifiesta falta de legitimidad, falta de coherencia y la imposibilidad absoluta de configurar a un individuo como no-persona, provocando que la doctrina al unísono la catalogue como no-Derecho o Derecho ilegítimo. Donini ha descubierto que, dentro de dicho análisis, se ha ignorado la discusión de si es tolerable que el Estado realice acciones de contraste a través de medios de lucha vinculados al Derecho penal. Su análisis trata de responder a esta pregunta y parte de la base que la lucha a la criminalidad, desde una perspectiva del Derecho penal de la Unión Europea, no se presenta como un aspecto sociológico o un momento de la praxis de las policías en un contexto de la aplicación de un programa gubernamental. Hoy *la lucha y el combate jurídicos* han sido incorporados en la gran mayoría de los textos jurídicos internacionales y han adquirido la naturaleza de *conceptos normativos*, esto es, una noción dada por normas legales cuyo contenido puede ser comprendido *jurídicamente* sólo si se hace el reenvío a las fuentes correspondientes, o si no se encuentra, el intérprete deberá rellenar el vacío de forma hermenéutica, lo que

¹⁰⁵ DONINI, Massimo. op. cit., p. 78.

implica que el propio derecho penal, el proceso penal y la forma de aplicar la jurisdicción se vean involucradas, debido a que dichas finalidades pueden cambiar la interpretación de las reglas y la aplicación del Derecho.

El autor define el Derecho penal de Lucha como una radicalización de las concepciones instrumentales del Derecho, que deja en un segundo plano su función (simple tutela de bienes jurídicos o la justa regulación de relaciones) para ser concebido como el medio para una finalidad distinta. Así, “es más bien la norma misma la que funciona como *instrumento para finalidades externas a ella*. La norma amenaza un mal y este mal es un arma para conseguir una finalidad. *La finalidad*, sin embargo, además de aquella específica incriminación singular, es al mismo tiempo *la victoria contra un fenómeno lesivo o peligroso*¹⁰⁶. Esto produce como consecuencia que “el destinatario final del Derecho penal de lucha no es sólo el autor de los hechos delictivos, sino antes que nada el órgano público llamado a aplicar las normas: policía judicial, Ministerio Fiscal, juez. El autor de los hechos, el transgresor, es el adversario que expresa o representa de manera contingente el fenómeno contra el cual los órganos usarán las armas en Derecho”¹⁰⁷, que se manifestará en la acción de contraste. Por ende, asistimos a la “normalización” del Derecho penal de lucha en la medida que éste se aleja de la legislación de emergencia y pasa a ser una cualidad destacada en materia de justicia penal, dentro de la legislación europea comunitaria, transformándose en el Derecho penal *normal* de la política-criminal europea.

Entonces, en el caso de delitos asociativos o de anticipación de punibilidad (paradigmas de la legislación de emergencia, absorbidos por el Derecho penal de lucha como parte del fenómeno de “normalización”), la lucha responde a estas situaciones permanentes al tiempo del enjuiciamiento con normas permanentes. Donini centra su foco en la jurisdicción, señalando que “el juzgador se siente bajo dos fuegos, en conflicto entre dos lógicas contrapuestas: la dimensión serena de las garantías, por una parte; la idea de finalidad y de lucha contra la criminalidad, por la otra, como objetivos *conjuntos* del instrumento penal, que ha absorbido en sí ya también funciones de policía: arma y derecho, lucha y garantía sobre el límite de emergencia de los estados de excepción”¹⁰⁸. En otras palabras, se busca que la norma que configura un ilícito sirva para el combate de un fenómeno que va más allá de su campo definitorio, lo que “*es el contrario exacto del garantismo*, dado que resulta violado su *principio cardinal* que es el *de la legalidad*: utilizar el derecho como arma contra un fenómeno significa que la regla es un instrumento para neutralizar situaciones externas a ella, y por tanto, fuera de su cabida definitoria: la norma sobre el homicidio no combate el homicidio, sino que define las consecuencias

¹⁰⁶ DONINI, Massimo. *Derecho Penal de Lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar*, en *Política Criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. 1º Edición, Editorial Aranzadé SA, Navarra, España, 2008, p. 37.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 39.

jurídicas de su comisión”¹⁰⁹. Donini entiende que las normas penales sustantivas como la citada anteriormente, vienen a darle a la lucha un atisbo o “patente” de legitimidad, pero también si se aplican en un contexto de anticipación ya mencionado, se alinean indudablemente dentro del Derecho penal de lucha, lo que conlleva a la instrumentalización de dichas normas de garantía como son el Código Penal y el Código Procesal Penal. Esto puede ser determinante en sede procesal penal, si se corre el riesgo de releer estas normas en la fase de primeras diligencias y de los indicios, lo que puede activar medidas muy graves en contra de los investigados.

Para el autor, existe (a la luz de un trabajo dogmático penal-constitucional) la posibilidad de clasificar los principios en dos grupos: los demostrativos y los de dirección política. Los primeros (legalidad, prohibición de retroactividad, reserva de ley, culpabilidad, etc.) deben aplicarse a todas las leyes, y si son violados por una de ellas, debe declararse inconstitucional. Ellos son, por tanto, “justiciables”, porque la Corte Constitucional puede aplicarlos y anular dichas leyes, sin que pueda ser acusada de realizar elecciones ilegítimas de tipo político. Los segundos (extrema ratio, lesividad, etc.) no pueden ser utilizados aisladamente (sin el auxilio de otros principios o normas violadas) para que la Corte Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley: ellos sirven para argumentar, en conjunto con otros principios, si la ley en cuestión es legítima, porque no existen elementos técnicos idóneos para expresar la ley sobre la base de tales principios, sin que el juicio se vuelva demasiado “político”, y por ende, no consentido por la Corte Constitucional. A pesar de todo lo dicho, estos principios son utilizados por jueces ordinarios para interpretar las leyes, reinterpretarlas según la constitución, volviéndolas así (tras la interpretación) constitucionalmente conformes. Este tipo de interpretación “adecuadora”, que conforma la ley a la constitución, es imperativa para el juez, es un deber del juzgador, que tiene la obligación de aplicar solamente leyes “de acuerdo con la constitución”.

Desde el plano del derecho jurisprudencial penal, es importante hacer la siguiente distinción: para saber de qué forma el Derecho penal de lucha afecta al principio de legalidad, debemos diferenciar entre el *derecho-fuente* y *derecho-concretización*. Si el derecho jurisprudencial presenta una capacidad de innovación con respecto al derecho preexistente, con alcance generalizador; no tiene un contenido sólo cognoscitivo de la ley, sino extensivo por efecto de un acto decisorio y además cuenta con los rasgos formales propios de la capacidad de vincular, dicha producción judicial estará enmarcada dentro del derecho-fuente. En el caso que la producción jurisprudencial sirva como significado cognoscitivo prevalente de la ley, cumpliendo una función de concreción jurídica, que individualiza aquello que la ley abstracta y el congreso jamás podrían realizar, ello no sería clasificable como Derecho-fuente, en el sentido formal. Son, en consecuencia, normas que

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 41.

constituyen el resultado de la interpretación de las disposiciones legislativas en función cognoscitiva, se trataría de un Derecho-concreción y Derecho-invencción dentro de un marco preexistente. El problema es que este tipo de innovación, dentro del derecho penal, afecta a las figuras delictivas como el homicidio.

En ambos casos, (Derecho-concreción y Derecho-fuente) se plantean problemas de legalidad, pero éstos se han concebido tradicionalmente de forma distinta, en nombre de la división de poderes: está permitido el primer caso, cuando la magistratura modifica la disposición de modo implícito, indirecto y como consecuencia de ello, no ha recibido ninguna censura en el plano hermenéutico de la legitimidad (sólo el juez puede concretar la ley, cosa que no puede realizar el congreso); pero está prohibido el segundo, en el cual la judicatura produce derecho de creación puramente propia, de manera más inmediata, y a veces intencionada, que *luego* asume el legislador. El tema es que se ha ignorado la innovación que concretiza la ley de forma *expansiva e incriminadora*. Esta última ha sido calificada de analógica, aun cuando nadie la puede aplicar de forma explícita, dado que en el derecho penal existe la prohibición de analogía *in malam partem*, se disfraza de ropajes de “cripto-analogía” o analogía oculta, en las cuales los terceros debe desentrañar la analogía cubierta de estos falsos ropajes. Es por ello que podemos definir técnicamente al Derecho penal de lucha como una interpretación extensiva (que se puede producir por aplicación una analogía oculta) de los tipos penales, abarcando fenómenos que no están incluidos en la disposición, insertando al juez en el combate de una criminalidad determinada, en virtud de orientaciones político criminales determinadas por el consenso político, plasmadas en diversas leyes.

Por lo tanto, y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal del enemigo, en el Derecho penal de lucha se pueden identificar trazos de ilegitimidad en ciertos momentos específicos, más que en general. Ciertamente, “el Derecho penal de lucha se coloca en la frontera con el [Derecho penal] del enemigo, y por lo tanto, está siempre expuesto a riesgo de ilegitimidad”¹¹⁰, sin embargo del primero no se menciona en ninguna parte, el autor señala que es “un *tabú de la cultura penalista dominante*: una realidad que no se puede evitar, que se acepta de hecho pero que debe ser escondida porque faltan las categorías culturales y políticas para su legitimación”¹¹¹, con la agravante de plasmarse en un concepto normativo. En el fondo, es muy difícil encontrar una línea divisoria neta entre ambos Derechos, aunque en análisis de los distintos fenómenos podemos encontrar en un caso un Derecho completamente ilegítimo (del enemigo) y en otro, un derecho en parte legítimable (de lucha). En esta parte, el autor centra su análisis en la judicatura y como preámbulo menciona que “la propia *hermenéutica jurídica* representa en general un posible *instrumento de lucha*. Es toda la historia de la interpretación extensiva y de la analógica en

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 44.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 45.

malam partem la que nos enseña. Se hace analogía para combatir un fenómeno, y de modo más elegante se dice “llenar una laguna”¹¹². En este contexto, existe un conjunto de normas que sobrepasa la regulación constitucional, muchas de ellas han nacido históricamente como normas de excepción. A su vez, los códigos mencionados anteriormente tienen reglas y excepciones (entendidas como menor frecuencia pero que deroga también en sentido estricto mediante especialidad, peculiaridad o diferenciación), que perturban el derecho de libertad. Estos subconjuntos de excepciones forman categorías autónomas, reglas consolidadas cuando empiezan a crecer desmesuradamente. También normas de licitud penal, tales como la inmunidad del agente revelador o ciertas hipótesis de no punibilidad privilegiadas contienen muchas de estas excepciones, lo que conlleva a las eximentes en sentido estricto (como el estado de necesidad) a ser reconducidas como principios del sistema. Estas normas son importantes porque “el Derecho Penal de lucha y de contraste (aquí entendidos como sinónimos) está caracterizado por muchas de estas excepciones consolidadas: desde los delitos asociativos y de atentado, a numerosas eximentes a favor de los poderes públicos ante una lucha procesal contra fenómenos en acto”¹¹³.

Volviendo a la distinción entre norma y disposición, éstas últimas son objeto de interpretaciones extensivas. Hay varios factores que inciden en esta práctica. En primer lugar, casi siempre las disposiciones son elásticas, extremadamente sintéticas y abstractas, concebidas para poder adaptarse a muchos casos (incluso aquellos no previstos por el legislador histórico); cuando son muy taxativas, generalmente resultan defectuosas en la práctica. En segundo lugar, en la realidad *son armas*, instrumentos de lucha contra fenómenos considerados criminales, a disposición de la magistratura con fines de protección; como tales no contienen dentro de sí mismas la enumeración de los posibles objetivos, sólo los más frecuentes. Finalmente, en tercer lugar, porque no son premisas que puedan solucionarse con una operación lógica de subsunción, como las considera generalmente la lectura garantista, que concibe las reglas como instrumentos de conocimiento del derecho (*bouche de la loi*) y la neutralidad del juez, antes que como instrumentos de lucha contra la delincuencia, y que se imagina que el magistrado del Tribunal Constitucional está como el Ministerio Público en la trinchera. Claramente, hay una antinomia entre las dos culturas y espíritus jurídicos¹¹⁴.

Ahondando respecto de la cultura garantista, el autor manifiesta que no es ajena a la excepción, pero maneja sólo la ilegítima, y por ende, la que produce la violación de los principios. Dentro de ellos, un principio cardinal es el de tercería e imparcialidad del juez. Esta cultura de la jurisdicción impone al juez que sea imparcial, por tanto dichas normas “de lucha” presentes en la legislación queden fuera de su competencia. Esto se trastoca, y

¹¹² *Ibidem*, p. 64.

¹¹³ *Ibidem*, p. 67.

¹¹⁴ DONINI, Massimo. *El derecho jurisprudencial penal en InDret: Revista para el análisis del derecho*, N°4, 2020, p. 16.

Donini llega a la conclusión de que “*el derecho de lucha pone en crisis, hasta lesionarlas, la tercería e imparcialidad del juez y, con ellas, la cultura de la jurisdicción, tanto más cuando mueve a usar las normas más allá de su alcance definitorio para combatir un fenómeno que está fuera del tipo*”¹¹⁵. El autor afirma que una violación de esta garantía transforma un Derecho penal (que en fase investigativa puede ser utilizado legítimamente con funciones “de lucha”) en Derecho penal del enemigo. El proceso que fuera definido como informativo, esto es, la indagación indiferente del hecho, donde el juez es un indiferente indagador de la verdad, se transforma en un “proceso ofensivo”, en el que el juez pasa a ser enemigo del imputado, y no busca la verdad del hecho, sino busca el delito en el investigado. También lo relaciona con el Ministerio Público: este órgano puede participar legítimamente en la lucha, dentro de su contribución a la persecución penal de los delitos en fase investigativa, pero cuando se empieza la fase jurisdiccional (esto es, una vez formalizada la investigación) se activa plenamente la garantía de la imparcialidad del juez entre el órgano acusatorio y la defensa. Por lo tanto, “*es imprescindible ante cualquier momento de contraste dinámico que deba realizarse, según la política, mediante normas jurídicas (que debe ser llevado por el Gobierno, la Administración Pública, la Policía, y en alguna medida por el Ministerio Público), no quede fuera de la senda constitucional, sino que sea externo a quien ejerce el control*”¹¹⁶.

El autor manifiesta, como una especie de conclusión, que hoy existen ciertas posiciones respecto los estados de excepción (dentro de la relación entre la ciencia penal y la política) que no pueden ser acogidas. Primero están los que denomina *puristas del garantismo*, que no son capaces de admitir una “lucha jurídica” (esto es, una acción de contraste realizada por medios jurídicos lícitos). No logran vislumbrar que el Derecho penal no sólo es utilizado por los jueces de forma puramente lógica resolviendo silogismos prácticos, sino que también por la policía y por el Ministerio Público. Como mucho, las reglas están orientadas a una “finalidad político criminal”, gestionada por la hermenéutica de los juristas garantistas, los cuales sólo responden a los principios indeclinables e intangibles de la constitución-código, todos íntegramente indisponibles para cualquier mayoría en el congreso y ni siquiera admiten excepciones (y tampoco las reglas como tal). La “doctrina científica” también contribuye a consolidar este punto de vista político al señalar que los estados de excepción no serían regulables por ley.

Otra posición (descartable) al respecto serían *los equilibrios del claroscuro*. Ellos tampoco conciben las excepciones, porque ellas dejan libre la gestión de reglas más abiertas. No se incomodan por la realidad, sabiendo que si llegasen nuevos aires la necesidad política permite adaptar todos los valores, de ponderarlos, de flexibilizar las reglas. Para ellos, son tan ponderables que incluso el núcleo “intransitable” de los

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 68-69.

principios ya no existiría y de su ponderación puede resultar cualquier cosa que la política gestionará.

La última postura son *los sacerdotes del Leviatán*, partidarios de la razón pura del Estado, Para ellos el derecho desde su origen, está íntegramente subordinado a la política y a la razón de Estado. La clásica posición de Carl Schmitt, que describe al *soberano como quien decide el estado de excepción*, es una cínica verdad, logrando que la relación con la regla se desvanezca al mismo tiempo. No existe control de constitucionalidad sobre la política, porque la política está “fuera de control” por parte de las Cortes superiores, y por tanto, se encuentra absolutamente libre. Quien admita hoy que el Derecho pueda ser aplicado contra “no-personas” entendidas como enemigos, aunque en “vías separadas” de las normales y lo proyecte como algo oportuno o necesario, recorta los espacios “jurídicos” libres de los principios. Sería una reformulación moderna de la tesis de Schmitt: el derecho fundamental de la seguridad se ha devorado a todos los demás derechos.

Donini, ante el variado escenario, intenta dar una respuesta con honestidad intelectual, admitiendo *en tiempos de emergencia* derogaciones a los principios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, salvo algunos principios comunes absolutos. Es conocido que la Convención Europea posee un doble nivel de garantía de los derechos fundamentales, en el sentido de que existen algunos derechos para los cuales *no es posible* ninguna flexibilización de la tutela. Dentro del grupo duro de garantías (insuperables en el núcleo, pero sólo declinables), el autor menciona el *Derecho Penal del Hecho*, no sustituible por el de autor, *la finalidad reeducativa-resocializadora de la Pena y la tercería e imparcialidad del juez*.

Finalmente, el autor menciona el último problema que se ha desarrollado en la cultura científica, producto de su relación con la política: *el problema del autor*. Para conjurar de forma oportuna el peligro de la configuración de un derecho penal de autor que reemplace al derecho penal del hecho, se ha ido desarrollando en Alemania una cultura moralizante del derecho penal por la sola culpabilidad y se ha dicho que la pena sería sólo medida de la culpabilidad. El conflicto se produce debido a que la capacidad de cometer nuevos delitos ha sido excluida del lenguaje de la ciencia penal, pero no de la “política” ni menos del de la “realidad”. Dicha concepción olvida que ninguna pena mide sólo la culpabilidad (que por regla general es tanto de la sociedad como del individuo) y sobre todo que ninguna pena puede obligar a la resocialización a quien no quiere o no puede. En estos casos, sólo queda el recurso a la retribución que, en los hechos, se transforma en “neutralización mediante retribución”. Las operaciones Jakobsianas que, partiendo de premisas análogas, proyectan penas diferenciadas para los enemigos y para los ciudadanos, reinciden en la conexión normal de la pena ordinaria con tipologías de autor, además que al mezclarlo con el hecho cometido, acaban por extenderlo a nuevas sanciones que castigan sólo por la peligrosidad de la conducta. Esta situación deja la puerta abierta para que, ante

el posible florecimiento de involuciones autoritarias (de cualquier color político), como la ciencia no se hace cargo de los problemas reales de la comunidad (y ni siquiera los reconoce), lo hará la política, y luego (en un breve lapso de tiempo) lo hará la magistratura, obligada por ley a aplicar normativa de lucha y sin control alguno.

Esta incidencia de las decisiones políticas en la forma de aplicar el derecho penal por los jueces es muy similar al debate generado entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, respecto a la labor del Tribunal Constitucional Alemán, que da paso al fenómeno llamado “neoconstitucionalismo”. Partiendo de una distinción hecha por Savigny, entre las leyes de expresión impropia (cuando se da un sentido claro y determinado, pero diferente del pensamiento real de la ley, y por tanto, debe ser interpretada) y las leyes de expresión indeterminada (siendo la expresión incompleta de una ley que deja en suspenso su sentido, en este caso, aquí debe llenar el vacío el legislador), se entiende que hay un momento decisionista, esto es, es un momento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma, que se agrega al elemento normativo. Para Schmitt, el Tribunal Constitucional no era un órgano judicial porque cuando dicho elemento es central, es el sentido y objeto de la sentencia, ya no podemos hablar de jueces: cuando el juez deja el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, entonces deja de ser un juez independiente.

Este fenómeno se sigue aplicando respecto a las normas constitucionales, que no contienen normas para la adjudicación sino conceptos, que deben ser completados con concepciones. Esta situación entenebrece el ejercicio legítimo de la jurisdicción, describiendo que “si los derechos constitucionales expresan *conceptos*, entonces, ellos son efectivamente ‘normas comunes’, pero son normas que no adjudican el conflicto. Para adjudicar el conflicto los conceptos que aparecen en el art. 19 de la constitución deben ser complementados con una concepción de estos derechos. Pero esa concepción no está en la constitución, porque la constitución es (o debe ser) neutral entre las diversas concepciones (...) Por lo tanto, si utilizamos la aplicación judicial de la constitución para dirimir el conflicto político, entonces estamos exigiendo que al juez que complementa el contenido del art. 19 con *su propia concepción de los derechos fundamentales*. Pero entonces el juez deja de ser un tercero imparcial (...) ahora es un aliado de una de las partes”¹¹⁷.

¹¹⁷ ATRIA, Fernando. *El derecho y la contingencia de lo político*, en *Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 26, 2003, p. 332

Capítulo 4: El delito de posesión, tenencia y porte de municiones y su naturaleza dentro de la disyuntiva entre el “Derecho Penal de Lucha” y el “Derecho Penal del Enemigo”.

En este capítulo se realizará, luego del diagnóstico detallado de la LCA (todo en relación a la posesión, tenencia y porte de municiones), sus múltiples nudos problemáticos como los señalados en los artículos 9, 9 A, 17 B, y la modificación del artículo 1° inciso 2° de la ley 18.216, un análisis sobre dichos artículos en relación a la dicotomía existente entre el Derecho penal de lucha y el Derecho penal del enemigo. Se apreciarán varias consecuencias relevantes relacionadas a la práctica de la persecución penal por los agentes del sistema penal, y con especial atención a las problemáticas procesales que conllevan la implementación de dichas normas y cómo los actores han resuelto ciertas situaciones con ellas.

4.1. El delito de posesión, tenencia y porte de municiones del artículo 9° inciso segundo:

En relación al artículo 9 inciso segundo, la técnica de tipificación del tipo es muy compleja. La naturaleza de delito de peligro abstracto se puede entender completamente en delitos de porte de arma de fuego, en los cuales hay un peligro para la seguridad de la población civil, cuando un sujeto aparece portando un objeto de peligro en la vía pública, y también aumenta el riesgo de lesionar un bien jurídico individual. Esto es muy importante, debido a que los tribunales exigen una relación mínima de lesividad entre el acto y el objeto tutelado. Sin embargo, esto no sucede con las municiones por sí solas, esto es, necesitan de un arma de fuego del calibre correspondiente para poner en peligro el bien jurídico. La falta

de referencia en estos delitos al peligro en el caso concreto, hace que se ignore absolutamente los problemas que se plantean cuando se dan casos (como el de las municiones) en que, a pesar de haberse realizado la acción generalmente peligrosa, no se origina peligro alguno para el bien jurídico protegido. En este sentido, los tribunales para cumplir con el mínimo de lesividad en estos delitos han determinado que la munición debe encontrarse apta para el disparo, determinando a través de un peritaje en el cual se realiza una prueba de disparo de la munición. La complejidad no disminuye con ese requisito en esta hipótesis delictual, debido a que caemos en una zona gris muy fina, en la que no podemos determinar con certeza si hay una puesta en peligro del bien jurídico, entenebreciendo el principio de lesividad.

El paradigma clásico lo podemos apreciar en la STOP de San Felipe RIT 102-2016, en la cual se condenó a 541 días de presidio efectivo a un hombre que portaba en uno de sus bolsillos, dentro del contexto de una riña con arma blanca en la vía pública, un solo cartucho de escopeta calibre 16 mm de color azul. El tribunal, dentro de su considerando undécimo, declaró que:

“Se castiga sólo el porte o tenencia (cumpliéndose los demás requisitos del tipo penal) de cartuchos o municiones, *sin necesidad siquiera de que se haya tenido un elemento idóneo para utilizarla*, como erróneamente entendemos deslizó la defensa en sus alegatos de clausura, *ya que no se precisa la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la norma, al tratarse de un delito de peligro abstracto*, no concreto, según la definición previamente transcrita, de manera que *a estos juzgadores no les corresponde calificar el efectivo riesgo que la conducta incriminada trajo aparejada para el ámbito de protección de la norma* (dentro del cual entendemos incluidos los bienes jurídicos que ella protege), sino que basta constatar la realización voluntaria de la acción típica (objetiva y subjetivamente), con conocimiento y control de su ejecución, ya que esta se estima *ex ante* peligrosa por parte del legislador”.

En este sentido, la sentencia confirma la naturaleza de delito de peligro abstracto, pero da la sensación de estar ignorando la realidad concreta, de lo que realmente sucedió, por la aplicación de este tipo de normas. Este problema se solucionaba con el antiguo inciso segundo, que fue derogado por la reforma, que establecía la facultad de los jueces para imponer una pena atenuada, como la multa, ante ciertos casos (fines distintos que alterar el orden público, atacar a las FF.AA. o a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos). Esto le daba un equilibrio a las penas y permitía al juez poder revisar los antecedentes del caso concreto. En la historia de la ley, el profesor de Derecho Penal Doctor Emanuele Corn había señalado la importancia de esta norma, permitiendo que los jueces puedan distinguir entre las situaciones de mayor y menor relevancia para la sociedad. Por ello, había sugerido “transformar un tipo de peligro abstracto, como lo es el

nuevo inciso cuarto del artículo 9° del proyecto de ley, en un tipo de *peligro concreto*; la diferencia radicaría en permitir al juez distinguir entre lo que es más o menos dañino para la sociedad”¹¹⁸. Esta opinión se podría aplicar plenamente a este tipo de delitos, reinterpretándolos como delitos de peligro concreto, solucionando su falta de proporcionalidad y aplicando su mínimo legal.

Reforzando esta idea, Fernando Mardones ha señalado que los delitos de peligro abstracto “vienen a adelantar la protección de bienes jurídicos individuales (o individualizables) esenciales”¹¹⁹ y respecto de la interpretación de los artículos de la ley de armas cuando no ponen en peligro el bien jurídico protegido, que “debe interpretarse, concordándolo con los principios y valores constitucionales, lo que se logra estimando como un elemento del tipo su peligrosidad concreta a los bienes jurídicos individuales que se pretenden asegurar y, por ende, dicha circunstancia debe probarse, de manera tal que la conducta contraria a derecho que se desaprueba por el tipo penal no sea una mera oposición formal a lo establecido en la norma sino en cuanto se pone en peligro concreto tales bienes jurídicos individuales”¹²⁰. En su opinión, este caso de porte de una munición, si “sólo se verifica el incumplimiento de los mandatos de autorización o inscripción, sin que concurra ni mínimamente un riesgo para el objeto jurídico tutelado del tipo objetivo, esto es, un concreto peligro para la vida, integridad personal o la propiedad, entonces, la conducta debería quedar acotada únicamente dentro del marco del derecho administrativo sancionador”¹²¹.

Lamentablemente, los tribunales ya han revisado este tipo de situaciones manteniendo la naturaleza de delitos de peligro abstracto. En la STOP de Viña del Mar, RIT N° 461-2016 se analiza el caso debido a que el imputado mantenía en su poder 36 cartuchos que correspondían a armamento de guerra, arriesgándose a una pena que parte en los 10 años. La defensa utilizó el argumento anteriormente señalado diciendo que “era necesario demostrar la lesividad de la conducta concreta sometida a juzgamiento, porque si era lo mismo tener un artefacto que tener un arma de fuego, entonces la penalidad concreta se encontraba ajustada a derecho”. El tribunal terminó acogiendo lo señalado por la defensa, dictando la correspondiente sentencia absolutoria, debido a que determinó como necesario que se acreditase el peligro concreto del delito de tenencia ilegal de municiones, ignorando por completo la naturaleza jurídica de los delitos de peligro abstracto, ya que, como lo menciona en su considerando décimo,

“la consagración de tipos penales de peligro abstracto, pugna con los principios de Derecho Penal, como el de *lesividad y proporcionalidad*. Respecto al primero, debe señalarse que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico, el que constituye un límite al ius

¹¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 20.813*. op. cit. pp. 91-92.

¹¹⁹ MARDONES VARGAS, Fernando. op. cit. p. 96.

¹²⁰ *Ibíd.* p. 111.

¹²¹ *Ibíd.* p. 112.

puniendi estatal, y obliga – en el ámbito del enjuiciamiento – a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada. Y en este sentido, los delitos de peligro abstracto atentan contra este principio, al establecer una *presunción de derecho* de que la actividad proscrita por el legislador constituye un peligro de lesión del bien jurídico, presunción que nuestro ordenamiento constitucional prohíbe en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Carta Fundamental”.

Sin embargo, la Fiscalía entabló el recurso de nulidad contra dicha sentencia, por la causal de errónea aplicación del derecho. La SCA de Valparaíso ROL N° 303-2017, menciona que el recurso fue interpuesto debido a que en la sentencia de primera instancia se exigió un elemento del tipo que el legislador no estableció al regular este tipo de delitos, como lo fue la concurrencia de un peligro concreto contra el bien jurídico protegido seguridad colectiva. Así quedó explicitado en el considerando sexto, declarando:

“Que, al resolver de esta manera, los sentenciadores incurrieron en el error de derecho denunciado, infringiendo los artículos 2° y 9° de la Ley de Control de Armas, por lo que el recurso de nulidad será acogido. En efecto, *integraron al delito de porte de cartuchos un requisito que el legislador no previó al establecer el tipo penal*, utilizando al efecto una facultad que el ordenamiento jurídico no les reconoce, como es, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal”.

Por lo tanto, no podemos reinterpretar esta norma, generando un profundo vacío que se ha llenado con intensificación de penas y exclusión, provocando un problema en los principios de lesividad y proporcionalidad. Respecto del derecho penal de lucha, Donini mencionó que “la propia hermenéutica jurídica representa en general un posible instrumento de lucha”¹²², y en esta sentencia se vislumbra la aplicación de una legislación de lucha o de combate contra cierta criminalidad y la deformación de la función de la judicatura, que institucionalmente hablando cumple una función de control y de garantía, a pasar a aplicar estas normas que producen la violación de los principios de lesividad y proporcionalidad de las penas, y con ello, pasan a ubicarse en la lucha contra la criminalidad. El juzgador, en el caso del cartucho de escopeta, resuelve extendiendo la punibilidad (siendo perfectamente posible absolver y limitarla), aplicando la normativa de lucha.

Asimismo, en el análisis penológico, la modificación que sufrió con incorporar en un solo inciso el porte y la posesión o tenencia de municiones, en primer lugar, mantiene una postura intensificadora que viene de la reforma del 2005 y que continúa con la ley 20.813. Sin embargo, se deroga la agravación de pena que estaba establecida en el inciso final del artículo 9 que se producía en tiempos de guerra. Lo más llamativo de esta reforma es que sufre una notable reducción de la penalidad: ambos delitos pasan de un espectro que va de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (de 541 días

¹²² DONINI, Massimo. op. cit. p. 64.

a 10 años) a uno en que solamente se puede aplicar el presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años). El tema es que antes del 2005 la prognosis de pena contemplaba como límite inferior el presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días), lo que parece razonable si tomamos en cuenta que las municiones per sé no lesionan el bien jurídico protegido si no van acompañadas de un arma de fuego del mismo calibre y con ello, parece una desproporción enorme regular en una misma norma el porte, posesión y tenencia ilegal de arma de fuego con las municiones.

Respecto del Derecho penal de lucha, se puede determinar que la norma busca combatir una finalidad externa a ella, en este caso la delincuencia común, y obedece a que dichos criminales generalmente están asociados a otro tipo de delitos (narcotráfico, robos, etc.) y utilizan las armas de fuego como elemento intimidatorio para llevar a cabo su plan delictual, siendo estos delitos centrales en la LCA y los de mayor aplicación en la práctica, buscando que cualquier injerencia en relación a dichos objetos de peligro sea punible y que se aplique una pena privativa de libertad efectiva. Se puede señalar con claridad que, si bien la penalidad ha bajado en comparación con la reforma de 2005, se han mantenido las mismas mezclas (armas con municiones y porte con tenencia). Aquí se puede ver nítidamente que este proceso de intensificación de los delitos busca penas altas y la inoquización de los condenados por el mayor tiempo posible, desconociendo una posición más resocializadora como caracteriza a un Estado democrático, buscando que el condenado pueda reinsertarse en la sociedad de forma habitual. Por ello, también se ha mantenido la desproporción de las penas, buscando que no haya diálogo con dichos criminales y así se mantenga la neutralización a través de la retribución. Esta norma es importante, según las palabras de Donini, porque “hay un espacio de ‘lucha’ respecto del cual la norma penal sustancial representa solamente una fuente de legitimación, o si queremos una ‘patente de legitimidad’¹²³. Finalmente, al ser una norma que se ha mantenido en su estructura, se produce la *normalización* de esta norma penal como instrumento de lucha contra los delincuentes peligrosos.

En la práctica, se ha dado un debate interesante en relación al número de objetos que requiere la ley para lesionar el bien jurídico. Esto lo podemos vislumbrar en la SCA de Antofagasta ROL N°124-2017, que analiza los argumentos de la defensa, que da un argumento gramatical, señalando que no sería posible configurar el delito de porte de municiones, porque el artículo 2 letra c) de la LCA habla textualmente de “municiones”, en plural, lo que en el caso no ocurre pues el acusado portaba solamente una munición. La corte, en su considerando cuarto, señaló que:

“Si bien la ley 17.798 en su artículo 2° refiere armas de fuego, cualquiera fuere su calibre, sus partes, dispositivos y piezas, como también municiones, lo cierto es que la tipificación del delito en su artículo 9° de la ley, cuando se refiere a la posesión,

¹²³ *Ibíd.*, p. 42.

tenencia o porte *lo hace en forma genérica y plural*, propio de la gramática para aludir a todas las formas de comisión relativas a las armas en los términos que ella define, cualquiera que sea su naturaleza, como expresamente estatuye”

Sin embargo, hay agentes de la persecución penal que han estimado realizar una interpretación literal de los artículos 2 c) y 9 inciso 2º de la LCA, estimando que para perseguir el delito de posesión, porte y tenencia de municiones es necesario que sean 2 o más de ellas que se encuentren en poder del imputado. Si se encuentran en el caso de que éste portaba sólo una munición, para ellos¹²⁴ es una conducta atípica, debiendo solicitar el sobreseimiento definitivo, establecido en la causal a) del artículo 250 del Código Procesal Penal. Esta interpretación tiene su origen en la pregunta de si es necesario un registro o inscripción solamente para municiones, es en este sentido que se desprende del reglamento respectivo y de la historia de la ley, que la intención del legislador no fue sancionar el porte de un número reducido de cartuchos como éste, sino su traslado o posesión *en grandes cantidades*, de modo tal que permitan su utilización para ser vendidas, importadas, exportadas, fabricadas, reparadas, coleccionadas, o comercializadas en general que permita su utilización en el combate legítimo que la ley pretende evitar¹²⁵, siendo esta clase de tenencia la que exige contar con la autorización y registro permanente, sancionándose la infracción que significa su omisión. Lo descrito puede asemejarse a un criterio de atenuación por razones de política criminal en clave de desestimación por mínima entidad o bagatela.

Otra situación problemática de este artículo es que inevitablemente produce la oportunidad para la aplicación de la ley anterior, más benevolente para el imputado. Este problema de aplicación temporal de la ley penal surge en relación a la naturaleza de los delitos de posesión, tenencia o porte de municiones, que son delitos permanentes. Esto ha sido mencionado con toda claridad en la STOP de Angol, RIT N° 33-2016, que en su considerando décimo tercero señaló que “se tendrá presente que el delito continuado consiste en que varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, consideradas de forma independiente, realiza completamente las exigencias de los tipos delictivos de la misma especie, son tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible en virtud de la especial relación que hay entre ellas”. Esto se produce en estos casos de cantidad reducida de municiones o cartuchos que se encuentran en posesión de los imputados y piden que se les aplique la ley anterior para acogerse a la derogada excusa legal absolutoria y así obtener una pena atenuada de multa. Con ello, se evita caer en las altas prognosis de pena de la reforma.

¹²⁴ Entrevista Fiscal N°2 y Abogado Asistente, Fiscalía Regional Metropolitana Sur, San Miguel, de 25 de septiembre de 2019. Proyecto Fondecyt Regular N°117006: “La Ley de Control de Armas y sus Reformas. La eficacia de la herramienta punitiva V/S las garantías”.

¹²⁵ Tal y como sostuvo el 6º TOP de Santiago en sentencia de 29 de noviembre de 2016 (RIT N° 664-2016)

Por lo tanto, vamos a analizar una sentencia del TOP de Talca, RIT N° 315-2016, en la que se establece una aplicación de la ley más desfavorable, en la que el acusado fue condenado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de tenencia ilegal de municiones. La defensa interpuso un recurso de nulidad contra la sentencia, que fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Talca. La sentencia ROL N° 218-2017 anuló la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia y dictó sentencia de reemplazo. En ella se menciona que:

“En esta segunda hipótesis, sobre fines diversos a los ya indicados, aparecen debidamente satisfechos, sea por el tiempo en que estuvieron en poder del condenado las municiones hasta su hallazgo, la incapacidad material de dañar sin un arma que permitiera su uso como arma de fuego, - lo que no obsta a que pudieran utilizarse como elementos contundentes -, y la especial forma de estar guardadas, *lo que permite presumir que no estaban destinadas a esa especial afectación del orden público*”

Con ello, el tribunal realiza la aplicación de la ley más favorable al imputado, ya que no se logró acreditar en los hechos la finalidad de querer alterar el orden público con las municiones que detentaba. En este sentido, la corte en su considerando tercero, concluye que: “Ante ello, la calificación que hizo el Tribunal Oral sobre la existencia, calificación y efectos del tipo penal y la consecuente pena que debe imponerse, contiene un error de derecho que conlleva la nulidad de la sentencia”. Por tanto, la sentencia de reemplazo determinó una pena de 11 UTM, en vez de la pena de cárcel efectiva que se le estaba imponiendo al imputado.

4.2. La despenalización del delito de venta de municiones por parte de un vendedor autorizado a personas que no poseen un arma de fuego del artículo 9 A.

En este caso, antes de entrar en el análisis del artículo en cuestión, es necesario responder una sencilla pero fundamental pregunta previa: *¿cómo se adquieren las municiones y cartuchos en nuestra legislación?* Se debe partir señalando sus requisitos previos, que son: a) tener una arma de fuego, con el respectivo padrón: las municiones sólo pueden adquirirse y poseerse por personas que cuenten con la debida inscripción o autorización especial (que esté vigente) sobre armas de fuego y b) hay ciertas cantidades límites que restringen la cantidad de municiones que se pueden adquirir anualmente. Esto implica un par de conclusiones: la primera, es que no hay inscripción autónoma de municiones por la autoridad fiscalizadora y la segunda, es la estrecha relación que hay entre la inscripción del arma y las municiones: solamente se pueden adquirir municiones del mismo calibre que posee el arma de fuego. Por tanto, para comprar municiones de un

calibre distinto al del arma que el sujeto tiene inscrita a su nombre, hay dos opciones: solo se puede hacer por fuera del sistema normado por el reglamento o abiertamente vulnerando la legislación vigente.

Respecto al sujeto interesado en adquirir municiones, el reglamento complementario determina quiénes pueden efectivamente comprarlas, es decir, hay una clasificación de personas naturales y jurídicas a las cuales se les permite realizar la compra. Esto aparece en el artículo 171:

Artículo 171.- Las siguientes personas naturales o jurídicas, podrán adquirir y tener municiones en las cantidades permitidas, previo trámite de la autorización de compra ante la Autoridad Fiscalizadora:

- a) Personas que posean armas inscritas a su nombre para fines de defensa personal, caza o deporte.
- b) Personas jurídicas que cuenten con autorización para mantener un servicio de vigilantes privados.
- c) Personas jurídicas o naturales que cuenten con armas inscritas para fines de Seguridad y Protección o control de fauna dañina.
- d) Comerciantes, reparadores y fabricantes en armas, con inscripción vigente como tales.
- e) Personas jurídicas inscritas como consumidores habituales de cartuchos
- f) Personas naturales inscritas como comerciantes de munición
- g) Personas naturales o jurídicas inscritas como coleccionistas en munición.

Entonces, según el artículo 56 del reglamento complementario, para solicitar una autorización de compra de munición, el interesado, que debe estar dentro de los mencionados en el artículo 171, deberá haber previamente seleccionado la casa comercial respectiva en donde desea hacer la compra y la cantidad que comprará. Luego, el interesado debe obtener una fotocopia de su cédula de identidad por ambos lados y tener en su poder el padrón del arma de fuego a la que se le desea comprar municiones. Una vez cumplidos con esos documentos, deberá llenar la solicitud de compra de municiones, con la información personal solicitada y especificando la cantidad, tipo y calibre de la munición a comprar. Con el formulario realizado, deberá presentarlo junto al padrón y la fotocopia de la cédula ante la Autoridad Fiscalizadora, para que le otorguen la autorización de compra timbrada. Finalmente, con ella deberá presentarlo en la armería para hacer efectivo el pago y la compra. Es importante señalar que el artículo 55 letra e) del reglamento complementario otorga a la autorización de compra de municiones servir de Guía de Libre Tránsito, esto es, una autorización para trasladar libremente las municiones, para el transporte entre la armería y el bien raíz fijado en la inscripción del arma.

El inciso final del artículo 56 señala que sólo se autorizará la compra de munición de los calibres de las armas inscritas, y por las cantidades señaladas, detalladas en el artículo 172 del reglamento, detallando por tipo de munición las cantidades máximas, que establece lo siguiente:

Artículo 172.- Conforme a la clasificación mencionada, las personas naturales y jurídicas autorizadas podrían adquirir como máximo, las siguientes cantidades de munición:

a) Cartuchos de proyectil único

- Para armas inscritas para caza o deporte:

Con permiso de transporte vigente para caza o deporte, 3.000 unidades anuales por arma inscrita, con un máximo de almacenamiento en su domicilio de 1.000 cartuchos en total.

Sin permiso de transporte, 100 unidades anuales por arma inscrita, con un máximo de almacenamiento en su domicilio de 200 cartuchos en total.

- Para deportistas calificados: además de la cantidad autorizada como deportista, lo que determine cada resolución de la D.G.M.N.
- Para armas de defensa personal: Con o sin permiso de porte de arma, 100 unidades anuales, por arma inscrita.
- Para armas de seguridad y protección: 300 unidades anuales por arma inscrita.

b) Cartuchos de proyectil múltiple.

- Para armas inscritas para caza o deporte:

Con permiso de transporte vigente para caza o deporte, 3.000 unidades anuales por arma inscrita, con un máximo de almacenamiento en su domicilio de 2.000 cartuchos en total.

Sin permiso de transporte, 500 unidades anuales por arma inscrita, con un máximo de almacenamiento en su domicilio de 500 cartuchos en total.

- Para deportistas calificados: además de la cantidad autorizada como deportista, lo que determine cada resolución de la D.G.M.N.

- Para armas inscritas de seguridad y protección: 500 unidades anuales por arma inscrita.
 - Para coleccionistas en munición: 3 unidades por cada tipo.
- c) Cartuchos para clubes de tiro o caza afiliados a una Federación y empresas inscritas como consumidores habituales de munición: las cantidades permitidas según la Resolución que en cada caso dicte la Dirección General.
- d) Cartuchos Industriales.

Los importadores y comerciantes en cartuchos industriales podrán adquirir y mantener en bodega las cantidades que autorice la Dirección General.

La venta de munición de un comerciante a un usuario, será autorizada por la autoridad fiscalizadora correspondiente, mediante una Autorización de compra.

La reforma trajo consigo la despenalización de conductas que antes estaban penalizadas (por lo menos para los vendedores de armas), y la creación del nuevo artículo 9 A, imponiendo una multa administrativa de 100 a 500 UTM (anteriormente consistía en pena de presidio menor en cualquiera de sus grados), entre otros, al vendedor que vende municiones o cartuchos a quien no debe venderlos porque no tiene una arma inscrita a su nombre, o porque el arma que tiene inscrita el sujeto tiene otro calibre distinto al de las municiones o cartuchos que está comprando. La configuración de esta norma obedece a la aplicación de uno de los fenómenos que se han generado dentro de la *expansión del Derecho penal*, que es la “administrativización” del Derecho penal, transformándose en un Derecho de gestión punitiva de riegos generales. Silva Sánchez analiza ambos ilícitos y sintetiza su desarrollo doctrinario señalando que “las tesis clásicas (o del *aliud*) distinguían entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que en el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto”¹²⁶.

Sin embargo, el centro de la diferenciación es “el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de

¹²⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. op. cit. p. 124.

lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso, no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)¹²⁷. Del análisis expuesto, no es menor el cambio de naturaleza en el ilícito, debido a que es una pieza central en la organización administrativa del control de dicho objetos de peligro, es decir, desde aquí nace la distribución de las armas a los particulares y si se desvirtúa dicha institución, su regulación como ilícito administrativo pierde su razón de ser. Esta modificación legal afecta en cierto sentido la idea de justicia inserta en el principio del Estado de Derecho, ya que ella “*declara inadmisibles, desde el punto de vista del derecho constitucional, que ciertos ilícitos indudablemente pertenecientes al núcleo del Derecho Penal fueren castigados con multa, y a la inversa, que contravenciones propias del ilícito administrativo, lo fueren con pena criminal*”¹²⁸. Asimismo, se afecta el principio de idoneidad, el cual requiere que el Derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue.

Incluso, bajo el prisma de la administración estatal, esta reforma carece de facultades suficientes para registrar diligentemente la gran cantidad de municiones que salen de las armerías y que generan que dichos elementos de peligro estén a fácil acceso de la población delictual y que pongan en riesgo la seguridad de las personas. Es más, debido a otros factores (descontrol sobre armas y municiones en Carabineros) se puede decir con propiedad que esta norma ha creado un problema, que se solucionaría si se vuelve a establecer como delito, manteniendo la penalidad que dicho injusto contenía. Adicionalmente, otro factor a considerar es que dicha norma protegía el bien jurídico de monopolio de control registral estatal respecto de las armas, lo que enriquecía el debate al respecto.

¿Cuál es el problema de dicha regulación? Que desde el prisma de la lucha contra este tipo de criminalidad, esta norma es parte de una corriente despenalizadora que no se condice con la lucha respecto a la delincuencia común que ha sido señalada en la discusión de dicha ley. Es más, la actual formulación legal tiene ciertos vacíos legales (y precisamente este es uno de ellos) que son aprovechados por la delincuencia para traficar

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 125.

¹²⁸ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal Parte General I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, 7° Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p.23

armas y municiones, es decir, puede estar incidiendo en el aumento de los delitos, como los muestran los siguientes datos¹²⁹:

Código del delito	Delito
10000	LEY N 17798 CONTROL DE ARMAS.
10001	POSESIÓN, TENENCIA O PORTE DE ARMAS SUJETAS A CONTROL (ART. 9 INC. 1°) LEY 17.779.
10004	PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNIC Y OTRAS SUJETAS A CONTROL (ART. 11 LEY N°17.798)
10005	ADQUISICIÓN Y VENTA INDEBIDA DE CARTUCHOS Y MUNICIONES ART.9 A – LEY N°17.798
10007	ABANDONO DE ARMAS O ELEMENTOS SUJETOS A CONTROL (ART. 14 A).
10008	PORTE DE ARMA PROHIBIDA (ART. 14 INC. 1°).
10009	POSESIÓN O TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS ART. 13 INC 1° LEY 17.798.
10010	TRÁFICO DE ARMAS (ART. 10).
10011	POSESIÓN, TENENCIA O PORTE DE MUNICIONES Y SUSTANCIAS QUÍMICAS (ART. 9 INC. 2°).
10012	PORTE DE ARMA DE GUERRA, QUÍMICA, BIOLÓGICA O NUCLEAR (ART. 14 INC. 2°).
10013	POSESIÓN O TENENCIA DE ARMA DE GUERRA, QUÍMICA, BIOLÓGICA O NUCLEAR (ART. 13 INC. 1°).
10014	ENTREGA O PUESTA A DISPOSICIÓN DE ARMAS A MENORES (ART. 10 A).
10015	COLOCACIÓN DE BOMBA O ARTEFACTO (ART. 14 D INC. 1°, 2° y 3°).
10016	DISPAROS INJUSTIFICADOS EN LA VÍA PÚBLICA (ART. 14 D INC. FINAL).
10017	ORGANIZAR, PERTENECER, FINANCIAR O COLABORAR CON MILICIAS PRIVADAS (ART. 8).
10099	OTROS DELITOS DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS (LEY 17.798).

Tabla 1: Año 2015: Suma de ingresos y términos de causas por materia, ley nº 17.798 sobre control de armas

Código de la materia	Ingresos de causas	Términos de causas
10000	0	0
10001	1663	1642
10004	3561	3515
10005	6	5
10007	32	51
10008	552	585
10009	218	196

¹²⁹ Tablas realizadas por el Proyecto Fondecyt Regular N°117006: “La Ley de Control de Armas y sus Reformas. La eficacia de la herramienta punitiva V/S las garantías”, a partir de datos entregados por la Corporación administrativa del Poder Judicial, para el periodo comprendido entre 2009 a 2018. La tabla numero 4 comprende hasta el mes de noviembre de 2018.

10010	11	9
10011	0	0
10012	0	0
10013	0	0
10014	0	0
10015	0	0
10016	0	0
10017	0	0
10099	1265	1315
Total general	7308	7318

Tabla 2: Año 2016: Suma de ingresos y términos de causas por materia, ley nº 17.798 sobre control de armas

Código de la materia	Ingresos de causas	Términos de causas
10000	0	0
10001	2062	1877
10004	1776	2889
10005	3	3
10007	15	25
10008	1067	657
10009	849	536
10010	21	15
10011	738	403
10012	6	0
10013	48	7
10014	0	0
10015	15	6
10016	41	20
10017	0	0
10099	1895	1740
Total general	8536	8178

Tabla 3: Año 2017: Suma de ingresos y términos de causas por materia, ley nº 17.798 sobre control de armas

Código de la materia	Ingresos de causas	Términos de causas
10000	0	0

10001	2409	2322
10004	856	1766
10005	0	1
10007	7	10
10008	1070	863
10009	945	807
10010	21	12
10011	1304	1134
10012	8	11
10013	55	33
10014	1	0
10015	20	10
10016	92	67
10017	1	0
10099	2184	2187
<i>Total general</i>	8973	9223

Tabla 4: Año 2018: Suma de ingresos de causas y total general por materia, ley nº 17.798 sobre control de armas

Código de la materia	Ingresos	Total general (términos?)
10001	2055	2447
10004	386	767
10005	0	2
10007	2	5
10008	891	818
10009	765	843
10010	23	23
10011	1146	1478
10012	1	0
10013	33	40
10015	33	20
10016	92	85
10099	4588	4687
<i>Total general</i>	10015	11215

Tabla 5: Ingresos y términos de causas por materia, suma de años periodo 2009-2018¹³⁰

CÓDIGO DE LA MATERIA	INGRESOS DE CAUSAS	TÉRMINOS DE CAUSAS
10000	3	7
10001	17590	21614
10004	26422	34481
10005	32	36
10007	332	426
10008	5653	5041
10009	3692	3456
10010	140	119
10011	3188	3015
10012	15	11
10013	136	80
10014	1	0
10015	68	36
10016	225	172
10017	1	0
10099	26339	39075
TOTAL GENERAL	83837	107569

En la práctica, según la percepción de uno de los actores del sistema penal entrevistado el año 2017¹³¹, y con amplio conocimiento sobre el tema, las armas y municiones que se están incautando, en un gran porcentaje son armas y municiones legales. Señala que la adquisición de armas y especialmente de municiones se hace por las bandas especializadas en este tipo de delitos, a través de una persona que se encontraba inscrita como deportista en un club de caza o tiro, quien puede adquirir según el reglamento un mayor número de municiones que una persona normal, y añadiendo lo ya visto en relación al deficiente control existente sobre venta y uso de municiones puesto de manifiesto por el informe de la CGR anteriormente citado.

El agente entrevistado señala que, según su percepción, existe una “trilogía” respecto del tráfico de armas y municiones, que dice relación con la forma en que las armas ingresan al campo del tráfico. El primer paso consiste en ingresar el arma legalmente al país, y que ella se aloje en una armería. Un segundo paso es contar con una persona sin antecedentes que adquiere legalmente el arma, generalmente a cambio de una cuantiosa

¹³⁰ Tabla realizada por el Proyecto Fondecyt Regular N°117006: “La Ley de Control de Armas y sus Reformas. La eficacia de la herramienta punitiva v/s las garantías”, a partir de datos entregados por la Corporación administrativa del Poder Judicial, para el periodo comprendido entre 2009 a 2018.

¹³¹ Entrevista Fiscal N°1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017. Proyecto Fondecyt Regular N°117006: “La Ley de Control de Armas y sus Reformas. La eficacia de la herramienta punitiva V/S las garantías”.

suma de dinero, y que luego denuncia la sustracción o pérdida del arma, siendo sumamente complejo el caso de los inscritos como personas deportistas o coleccionistas por la cantidad de armas que tienen derecho a poseer. El tercer paso es ingresar el arma sustraída o robada al mercado negro. Incluso denuncia que hay armas que fueron declaradas en comiso y que volvieron al mercado.

Por ello, muestra reticencia a la despenalización de la venta de municiones a personas que no tienen armas inscritas por parte de las armerías y además, se dejó de sancionar penalmente a la armería que no lleva un registro de quien compra dichas municiones. Agrega que cuando se ingresa a allanamientos se encuentran las municiones pero no las armas, por ende, uno puede deducir que existe mucho arriendo de armas, y que uno las arrienda pero las hace funcionar con las municiones adquiridas de antemano, y eso favorece el tráfico de armas y la inseguridad, porque se deja de controlar el principal insumo para que un arma sea peligrosa y concluye que por esa situación debería volver a ser punible. Por consiguiente, es preciso señalar que la norma en cuestión no responde a la lucha contra la delincuencia común, pero permite en la práctica una serie de triangulaciones que buscan aumentar el acceso a las armas y municiones inscritas de dicho segmento de la población delictual, lo que produce en las autoridades la radicalización de las posturas respecto a la comisión de dicho delitos, cuando es la misma ley que propende a ello. Un problema severo de la reforma, que avanza progresivamente, como dice Donini, debido que “la radicalización del momento dinámico de contraste y de la lucha, no obstante, conlleva consigo la inevitable instrumentalización de las propias normas de garantía como son el código penal y también las del código ritual”¹³². Esto también se ve potenciado por la ausencia de sanciones penales a las “cadenas de otorgar permisos” (como por ejemplo, el falseo de antecedentes de idoneidad (psicológicos o psiquiátricos) para adquirir un arma), y la inexistencia de controles al respecto. Finalmente, haciendo una comparación con otros textos legales, mencionó que hoy día en la Ley 18.290 de tránsito sanciona con penas de 3 años y 1 día a 5 años al funcionario público que otorgue una licencia de conducir sin poseer los requisitos para ello, en la ley de armas esto no existe.

4.3. Regla concursal especial del artículo 17 B inciso primero de la Ley de Control de Armas.

Ahora pasamos a analizar la norma del artículo 17 B. En el inciso primero encontramos la regla del concurso real de delitos, con la cual cada delito (el robo con intimidación utilizando armas de fuego es el paradigma típico) se pena de forma independiente, y por ende, se acumulan dichas penas contra los condenados. La doctrina ha señalado que dicha norma sólo se puede aplicar en el caso de delitos dolosos, excluyendo los delitos imprudentes, buscando hacer la norma un poco más razonable. Ahora, esta

¹³² DONINI, Massimo. op. cit. p. 42.

norma a la luz del Derecho penal de lucha, busca una altísima prognosis de pena a aplicar para los condenados, rompiendo el principio de proporcionalidad de las penas establecidas para un Estado democrático y hace que dicha norma se encuentre dentro del derecho penal de lucha, producto que suprime estas garantías en pos del control de los individuos catalogados como peligrosos para la seguridad de la sociedad, favoreciendo la exclusión social. Es decir, es una manifestación del derecho penal de lucha que está en el límite con el derecho penal del enemigo, que hace a la norma en cuestión encontrarse en el filo de la ilegitimidad.

En el análisis jurisprudencial, la norma se ha aplicado regularmente, con la circunstancia de que se alega por las defensas la vulneración del principio de *ne bis in ídem*, como lo señala la SCA de Valdivia, ROL N° 57-2017, que en su considerando primero, en relación al fundamento del recurso de nulidad, señala que:

“sin perjuicio de haber establecido la obligatoriedad de aplicar las penas de los delitos de porte o tenencia de arma de fuego junto con la de otros delitos concurrentes, lo cierto es que en la práctica ello implica *vulnerar el principio non bis in ídem y el concurso aparente de leyes*. Agrega que el arma utilizada fue el elemento con que se causó la muerte a la víctima, y por lo tanto, la causa directa e inmediata del homicidio, por lo que al sancionar el porte de arma *se afecta el principio de doble incriminación, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico y en instrumentos internacionales (artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos)*”.

Los tribunales han fallado haciéndose cargo de dicho argumento, como lo muestra el considerando octavo de la STOP de La Serena, RIT N° 461-2015, señalando que:

“tal planteamiento –que este tribunal pudiese haber compartido en casos similares en juzgamientos anteriores–, *ya no puede ser mantenido en la actualidad en razón de la modificación introducida a la Ley 17.798 por la ley 20.813 (...) con lo que obliga al juzgador a castigar por ambos delitos y con el sistema de penas la acumulación material*, excluyendo el concurso medial del artículo 75 del señalado cuerpo normativo, norma nueva que, dado sus términos imperativos, *no admite interpretaciones en contrario*, so pretexto de la invocación de la proporcionalidad de penas u otras soluciones penológicas más moderadas”

En la práctica de los agentes de persecución penal, hay una visión sumamente negativa de dicha norma, la mayor parte de los jueces tratan en la medida de lo posible no aplicarla, y hay partes como en la zona norte del país, en donde simplemente no la aplican, buscando subsumir la conducta a una sola norma. Así lo ha dicho un fiscal de esa zona

entrevistado¹³³, el cual indicó que “jamás han condenado aunque podrían condenar por dos delitos, si en los hechos aparece descrito que el imputado tomó un revolver y lo puso en la cabeza de la víctima, y luego es detenido inmediatamente con el arma, eso está en los hechos, podría ser condenado por dos delitos pero no lo hacen”. Se puede concluir que dicha postura corrige la alteración creada por esta norma, que es a todas luces incómoda para los agentes de persecución penal. Donini refuerza dicha posición señalando que “*en el derecho penal*, por tanto, el único espacio para una intervención legítima del juez, para una ‘política interpretativa’, estaría constituido por los derechos del imputado frente al Estado, no aquellos de la víctima o de la sociedad: *el juez sólo podrá extender la no punibilidad, efectuar interpretaciones restrictivas de las incriminaciones o extensivas de las causas de justificación, o bien rediseñar normas de la parte general en función limitadora de la responsabilidad*, según una lógica de *extrema ratio* y subsidiariedad: disminuyendo así, el sufrimiento que la pena conlleva, jamás aumentándola”¹³⁴.

4.4. La regla especial sobre determinación e individualización de la pena del artículo 17 B inciso segundo.

Este inciso altera las reglas ordinarias de determinación de la pena, pues impide aplicar el juego compensatorio de atenuantes y agravantes establecidas en los artículos 65 a 68 del Código Penal, asignándole al juez la responsabilidad de determinar la cuantía de la pena conforme a su criterio en cuanto a la valoración de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y a la extensión del mal causado, pero siempre dentro de los límites mínimos y máximos establecidos que la ley otorga al autor del delito consumado del tipo penal respectivo. En consecuencia, el juez podrá recorrer toda la extensión de la pena asignada a dicho delito y aplicarla en cualquiera de sus grados, con la única limitante de no poder imponer una pena mayor (o menor) a la asignada al delito, salvo los casos señalados en los artículos 51 a 54 (reglas relativas a autores y partícipes), 72 (regla de agravación para el caso en el que se utilicen menores para cometer delitos), 73 (regla de atenuación de eximente incompleta) y 103 (media prescripción) del Código Penal, en la Ley 20.084 (sobre responsabilidad penal adolescente) y en las demás disposiciones de la ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.

Las hipótesis en que esta norma se puede aplicar serían, en primer lugar, la comisión en forma aislada de un delito de la LCA en forma idéntica que la regla concursal del inciso primero de este mismo artículo y, en segundo lugar, su ejecución accesoria con

¹³³ Entrevista Fiscal N°3, Fiscalía Regional de Antofagasta, Antofagasta, de 13 de septiembre de 2017. Proyecto Fondecyt Regular N°117006: “La Ley de Control de Armas y sus Reformas. La eficacia de la herramienta punitiva V/S las garantías”.

¹³⁴ DONINI, Massimo. op. cit., p. 408.

otra infracción penal. Se ha generado un debate acerca de cómo se debe aplicar este inciso respecto de esta segunda hipótesis, en el sentido de comunicar esta regla también al delito no contemplado en la LCA. Aquí hay dos posturas: la primera, que no ha lugar a dicha comunicabilidad y con ello no se le aplica dicha regla al delito o cuasidelito producido con el objeto controlado y la tesis contraria, que siempre se podría extender dicha regla al delito o cuasidelito en que se haya empleado el objeto de control, que la doctrina la ha encontrado más concordante con el espíritu de la disposición y con su integración sistemática al estatuto de la LCA¹³⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha decantado por la primera postura de no comunicabilidad respecto del delito no perteneciente a la LCA como lo ha señalado la STOP de Colina, RIT N° 107-2016, declarando que:

“Lo que se dice en el inciso segundo del inciso 17 b) es que para sancionar los delitos de esta ley, por ejemplo, el porte ilegal de armas de fuego del artículo 9; tanto cuando se sancione exclusivamente dicho ilícito, como cuando se haga en virtud de la aplicación de la norma de excepción del inciso primero, que proscribire la relación concursal y dispone la sanción por separado del delito de porte ilegal de armas y, en este caso del robo con intimidación, *el tribunal tendrá siempre marco rígido de determinación de pena para el delito contemplado en la ley 17.798. Otra interpretación no sólo importaría la afectación del principio de non bis in ídem al prescribirse la aplicación de las normas sobre concurso ideal y aparente de leyes, sino que además, cambiaría las reglas de determinación de la pena en ilícitos comunes regidos por las reglas de determinación generales del artículo 65 y siguientes, afectando además el principio de determinación de las penas*”.

Cabe hacer mención que, respecto a este inciso, se han interpuesto numerosos requerimientos de inaplicabilidad, en los que se ha invocado la violación del principio de proporcionalidad de penas

“como garantía de un procedimiento racional y justo, (que) asegura que el juez no sea severamente limitado en su capacidad de actuar con justicia según las características del caso y sujeto penalmente responsable, tanto en relación con las determinación del quantum de la pena como respecto de la decisión de conceder penas sustitutivas”¹³⁶.

Sin embargo, los fallos del Tribunal Constitucional ha rechazado la inaplicabilidad del artículo en cuestión, señalando que:

¹³⁵ BASCUR, Gonzalo. op. cit. p. 603.

¹³⁶ Requerimiento Tribunal Constitucional, Rol 3130-2016.

“En este caso, el legislador modifica la determinación de la pena que está bajo su competencia, y deja a resguardo la individualización judicial, sólo que dentro de límites más restringidos. De este modo, si bien en la práctica se aplicará una pena más severa, no puede concluirse que este giro de política criminal sea inconstitucional”.

Respecto al debate y calificación de dicha norma en el derecho penal de lucha, en su nacimiento Donini menciona que este derecho se produce por la acumulación de muchísimas normas que, históricamente han nacido como normas de excepción. Cuando dichos subconjuntos de excepciones se vuelven molestos y numerosos, forman categorías autónomas, pasando a ser reglas consolidadas. Además, las normas de licitud tienen incorporadas un sinnúmero de excepciones, que engrosan las listas de dichas reglas. En este sentido, esta norma es una excepción al juego clásico de circunstancias agravantes y atenuantes, una garantía básica para el imputado, y pasa a formar parte del derecho penal de lucha de forma directa. Pero no sólo eso: el fallo del Tribunal Constitucional es tremendamente importante, porque a pesar de que la norma tiene indicios de ilegalidad y perfectamente podría haber sido aceptada la inaplicabilidad, ha pasado a tomar parte en la lucha (y se ha justificado en la ausente política criminal al respecto) contra la criminalidad de armas al legitimar dicha norma a través del fallo citado. Es decir, con ese fallo se produce la pérdida de la garantía de imparcialidad del juez (que está dentro de la lucha) con lo que tenemos una aplicación de derecho penal del enemigo de forma encubierta, ya que se utiliza la norma para un fin que está fuera de la competencia del juez, que está fuera de la norma propiamente tal.

En la práctica, dicha norma ha sido aplicada regularmente. Sin embargo, existen casos en los cuales esta regla ha sido ignorada completamente y el tribunal ha decidido la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes de responsabilidad penal de efecto ordinario. Un caso de estos es un episodio de violencia intrafamiliar entre dos hermanos, en el cual el sujeto activo amenazó de muerte a su hermano, e inmediatamente fue en busca de una escopeta con la cual efectuó disparos sin lograr herirlo. El tribunal absolvió por el delito de homicidio frustrado, y condenó por los delitos de amenazas, tenencia ilícita de arma de fuego y porte ilegal de municiones. Si bien cumple con la regla del artículo 17 B inciso primero, omite la del inciso segundo, al hacer aplicables las normas del Código Penal sobre circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, señalando que “al concurrir el acusado sin circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en los tres delitos, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 inciso primero y 68 inciso primero del Código Penal, el tribunal puede recorrerlas en toda su extensión, por lo que teniendo en consideración las circunstancias de los hechos y la extensión del mal causado, no se le aplicará su mínimo [...] que el acusado ha resultado responsable de un delito de amenazas y tenencia ilícita de arma de fuego y municiones, el primero de los cuales es un delito de

distinta especie al de los otros dos, por lo que, al ser más favorable al acusado, las penas se aplicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal”¹³⁷.

4.5. La modificación al inciso segundo del artículo 1° de la Ley 18.216, relativo a las penas sustitutivas.

Una consecuencia directa del rígido marco penal asociado con severidad de las penas introducidas por la reforma, genera como producto la imposibilidad de otorgar a los imputados por la criminalidad de armas alguna salida alternativa como la suspensión condicional del procedimiento, y prácticamente sella cualquier posibilidad de obtener otra medida cautelar que no sea la prisión preventiva¹³⁸, lo que ha provocado un aumento explosivo en su otorgamiento por los tribunales. Según las cifras de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, en 2014 se han concedido en primera instancia 1882 prisiones preventivas, que aumentaron el 2015 a 2793. En 2016 se concedieron 3458 (prácticamente el doble de las otorgadas en 2014) y en 2017 se concedieron 3130¹³⁹.

En la práctica, como advierte VILLEGAS¹⁴⁰, los agentes del sistema penal están conscientes del aumento y de que se ve afectada por el régimen de determinación de penas establecido en la ley. Por una parte, pareciera que al existir la posibilidad cierta en la sentencia condenatoria de una pena de cumplimiento efectivo, habría mayores razones para temer que el imputado evada la justicia. Por otra parte, hay una cierta racionalidad en el uso de la privación de libertad como medida cautelar, siendo más frecuente que se decrete la prisión preventiva en el caso de imputados con antecedentes penales o cuando el porte está asociado a un delito más grave, mientras que respecto de personas sin antecedentes penales, se preferirán otras medidas como el arresto domiciliario¹⁴¹. Adicionalmente al problema de la gravedad de la pena como único factor para asignar la prisión preventiva (que termina con las posibilidades de obtención de ser procesado en libertad), su transformación en pena anticipada y la destrucción del principio de presunción de inocencia (que va en contra de normativa internacional y constitucional)¹⁴², se produce otro efecto en la práctica: que en casos más complejos, impacta negativamente en la eficacia de la investigación, dado que no

¹³⁷ STOP de Viña del Mar. RIT N° 328-2016, de 21 de octubre de 2016, confirmado por SCA de Valparaíso. Rol N° 1952-2016, de 19 de noviembre de 2016.

¹³⁸ Más ampliamente sobre este punto VILLEGAS, Myrna, “La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813” Polít. Crim. Vol. 14, N° 28 (Diciembre 2019), Art. 1, pp. 1-53; pp.40 y ss. [<http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/09/Vol14N28A1.pdf>]

¹³⁹ Datos extraídos a partir de cifras entregadas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Oficio 17 DDI N°1946, de 17 de abril de 2018, en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N°117006: “La Ley de Control de Armas y sus Reformas. La eficacia de la herramienta punitiva V/S las garantías”.

Se hace presente que son sólo aquellas concedidas y rechazadas en primera instancia.

¹⁴⁰ VILLEGAS, Myrna, op.cit. 2019, pp. 40-41.

¹⁴¹ VILLEGAS, Myrna, op.cit. 2019, p.41.

¹⁴² VILLEGAS, Myrna, op.cit. 2019, p.42

hay incentivos para que los imputados respectivos puedan colaborar con la investigación, producto de la certeza de que las penas siempre serán de cumplimiento efectivo (nadie quiere procesos abreviados con penas efectivas) y esto dificulta el esclarecimiento de los hechos delictivos y la investigación del mercado ilícito de armas¹⁴³.

Lamentablemente, todo lo dicho se complementa perfectamente con la modificación que hace la LCA respecto del artículo 1° inciso 2° de la ley 18.216, la cual impide que los tribunales otorguen el beneficio de penas sustitutivas a los condenados por delitos de la ley de armas, lo que viene a sellar de forma total (y por tanto a despojar de garantías a los condenados que otros criminales poseen incluso por delitos mucho más graves) la decisión de aplicar penas privativas de libertad efectiva a los condenados por dicha ley. Es decir, si hacemos un “recorrido procesal” en uno de estos delitos, nos encontramos con la prisión preventiva en su fase de investigación hasta el juicio oral, para después del veredicto del tribunal encontrarnos con este inciso de la ley 18.216, lo que significa sacar de circulación por un tiempo más o menos prolongado a los condenados, asegurando así la seguridad ciudadana y el bienestar de la población, pero destruyendo principios importantes del Derecho penal para lograr dicho objetivo. En este sentido, la ley 20.813 es un claro retroceso en relación a los objetivos de rehabilitación y reinserción social perseguidos por la ley 20.603, sin que haya mediado estudio alguno en relación a los efectos de esta ley desde 2013¹⁴⁴. Por consiguiente, la decisión del Tribunal Constitucional de acoger los recursos de inaplicabilidad respecto de este inciso viene a corregir la situación anulando dicha medida ilegítima, a todas luces discriminatoria e injusta. Se puede decir con propiedad que dicha norma pertenece al Derecho penal del enemigo, reduciendo de forma arbitraria los beneficios del condenado y manteniéndolos dentro de las precarias condiciones de los establecimientos penitenciarios.

En el plano del Derecho penal de lucha, podemos señalar que estas normas vienen a ser el “Derecho procesal de lucha” de la LCA, en el sentido que niegan derechos y garantías procesales a los imputados y condenados por dicha ley. En este sentido, Donini ha señalado que “el *Ministerio Público*, por el contrario, *puede participar en la lucha legítimamente*, que en el plano social el mismo instrumento penal contribuye a llevar a cabo en la *fase de investigaciones*”¹⁴⁵. No obstante, cuando en cualquier fase del procedimiento, y aún más en el proceso, cuando los actos llegan ante un juez, el ciudadano debe tener la garantía de que el juzgador es imparcial entre el fiscal y la defensa. Donini señala que lo ideal sería que quienes están a cargo del control de constitucionalidad del procedimiento penal no sean los que produzcan los movimientos dinámicos de contraste. Por ende, los fiscales tienen el derecho legítimo de pedir dicha medida cautelar, pero no corren la misma suerte los jueces de garantía. Recordando lo señalado de cómo se otorga esta medida en la práctica, se puede decir que si la prisión preventiva muta en una pena anticipada, respecto

¹⁴³ VILLEGAS, Myrna, op.cit. 2019, p.43

¹⁴⁴ STC. Rol N° 3041-2017, de 27 de marzo de 2017. Considerandos 21° al 23°

¹⁴⁵ DONINI, Massimo. op. cit. p. 68.

de un imputado que no tiene antecedentes penales, claramente esa sería una decisión que sobrepasa la legitimidad de un Derecho penal de lucha, llegando a ser una aplicación clandestina del Derecho penal del enemigo, dado que el juez que otorga dicha medida entra en la lucha contra dicha criminalidad haciéndose parte y perdiendo su imparcialidad. Esta situación no va a hacer que se produzca este fenómeno de forma general, se requiere de la decisión el juez y del caso concreto, por lo que es difícil establecer que esta consecuencia sea parte de forma constante del Derecho penal del enemigo.

Finalmente, el último efecto procesal anómalo de esta reforma de la ley 20.813 relativa al marco rígido de la pena es el *aumento de los estándares probatorios*, que en la práctica lo que produce, desde una perspectiva transversal de los agentes de persecución penal anteriormente entrevistados, que existan ahora muchas más absoluciones que antes, teniendo en consideración la alta pena establecida y la falta de beneficios para los condenados, especialmente en el caso del porte de municiones. Con ello, los tribunales están acogiendo argumentos en las teorías del caso que antes no se acogían o eran muy discutidas. Otra tendencia que ocupan las defensas en sus argumentos, con el objeto de esquivar la aplicación de la reforma de la ley 20.813, es la consideración de la tenencia de municiones como delito permanente, de tal manera que si es posible que la tenencia de municiones data de una fecha anterior a la reforma de la ley 20.813, se le aplica la ley antigua. También podemos volver a mencionar la situación de un imputado que fue sorprendido con una reducida cantidad de municiones y la aplicación de la ley más favorable para evitar la reforma. Esta situación también afecta el estándar de legalidad de las policías y consecuentemente para el Ministerio Público respecto a la legalidad del procedimiento, con lo que se han producido un mayor número de detenciones ilegales por esta clase de delitos.

Esto se puede apreciar en la siguiente tabla de condenados por los delitos de la ley de armas, en la cual el código 10004 corresponde al porte ilegal de arma de fuego, municiones y otras sujetas a control del art. 11 de la Ley 17.798, y el código 10011 al delito de posesión, tenencia o porte de municiones y sustancias químicas del art. 9 inc. 2° de la misma ley:

Tabla N°3: Evolución de Condenas por materia y año¹⁴⁶

CÓDIGO DE LA MATERIA	Condenados 2009	Condenados 2010	Condenados 2011	Condenados 2012	Condenados 2013	Condenados 2014	Condenados 2015	Condenados 2016	Condenados 2017	Condenados 2018
10001	1201	1233	1182	1170	1095	1369	1141	1162	1298	725
10004	2283	2092	1907	1879	1704	2494	2134	1392	666	191
10005	1	0	1	0	4	1	2	4	0	0

¹⁴⁶ Tabla realizada por el proyecto Fondecyt Regular 2017 N° 1170068, a partir de datos entregados por la Corporación administrativa del Poder Judicial, para el periodo comprendido entre 2009 a 2018.

10007	3	0	5	4	1	1	2	0	0	0
10008	4	163	234	322	360	415	407	355	439	212
10009	0	81	142	204	206	295	192	376	495	220
10010	0	2	0	3	1	0	3	6	2	4
10011	0	0	0	0	0	0	0	265	637	382
10012	0	0	0	0	0	0	0	0	4	0
10013	0	0	0	0	0	0	0	0	4	5
10015	0	0	0	0	0	0	0	6	7	6
10016	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Respecto del derecho penal de lucha, este efecto contrarresta en la práctica la aplicación de las normas de la reforma, los agentes se han ido ajustando a la nueva normativa para lograr encontrar justificaciones y argumentaciones que impidan en el caso específico de la posesión, tenencia y porte de municiones tener que llegar a sentencias ya vistas en las que abunda la iniquidad. La situación actual nos muestra que en las distintas reformas de la LCA se han intensificado y radicalizado normas para la lucha contra la delincuencia común, pero los agentes de persecución penal no han querido aplicar dichas normas. Sin embargo, va a llegar un punto en el cual se volverá a reformar la LCA, probablemente con normas no sólo dirigidas a los jueces sino a todos los demás agentes (fiscales, policías, etc.), con aún más intensificación en las penas, más reglas excepcionales de determinación de penas y normas de neutralización de los delincuentes, superando fácilmente el derecho penal de lucha para aplicar normas mucho más cercanas al derecho penal del enemigo, que deshumanizan a los condenados, eliminando garantías y principios básicos del Derecho penal y procesal penal.

CONCLUSIONES

1. **Respecto a las modificaciones que realiza la ley 20.813 al delito de posesión, tenencia y porte de municiones y la manifestación de sus nudos críticos.**

En primer lugar, se puede señalar que la ley ni el reglamento complementario definen lo que son las municiones, ni sus elementos característicos. Esto es relevante debido a que son los objetos de peligro (en conjunto con las armas de fuego) con mayor regulación dentro de la legislación de armas, y no se le ha dado la relevancia correspondiente por el legislador. Lamentablemente, no existe un consenso respecto a la

definición de municiones: tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido que recurrir a una definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, relleno de un contenido esencial de forma demasiado genérica para una definición más técnica, que permita claramente la subsunción judicial. Algunas sentencias se han aventurado a realizar una definición mucho más técnica (y con una riqueza conceptual muy favorable), mencionando los elementos de la munición, sin embargo no podemos hablar aún de una regla general. Esto puede ser problemático si recordamos que el reglamento precisa tres tipos diferentes de municiones y con ello, sería positivo si la legislación regulase los elementos que constituyen una munición de forma mucho más precisa.

En este primer punto, también hemos podido comprobar que la reforma ha reducido ostensiblemente la penalidad del delito de posesión o tenencia de municiones, eliminando su límite máximo (que era el presidio mayor en su grado mínimo), dejando solamente aplicable el presidio menor en su grado medio, esto es, de 541 días a 3 años. También se derogó el inciso final del artículo 9º, que aumentaba la penalidad de esta figura en tiempo de guerra, si se podía presumir que la tenencia o posesión de las armas estaba destinada a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas, a las de Orden y Seguridad Pública o a civiles. Asimismo, derogó el inciso segundo, que otorgaba a los jueces de fondo la facultad de poder imponer una pena atenuada de multa, en los casos que según los antecedentes del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o tenencia de las armas o elementos estaba destinada a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, invirtiendo la carga de la prueba, haciéndola recaer en el imputado.

Esto genera un problema en la judicatura, debido a que este inciso final miraba más a la situación concreta, permitiendo que los jueces poseyeran un pequeño margen “decisionista” que se les fue negado, generando decisiones injustas, producto de que las municiones no pueden *por sí solas* lesionar el bien jurídico protegido si no se acompañan del arma de fuego correspondiente, pero concordes al objetivo previsto por el legislador: mantener a los condenados por la ley de control de armas privados de libertad el mayor tiempo posible, como consecuencia de un combate efectivo en la “lucha contra la delincuencia (común)”.

Dentro de los nudos problemáticos, encontramos la despenalización del delito de venta de munición a personas que no tienen arma de fuego inscrita (entre otras situaciones), algo inesperado si tomamos en cuenta la idea central de la reforma, lo que ha generado un efecto paradójico al producirse un aumento en la comisión de los delitos de posesión, tenencia y porte de municiones en estos últimos años. Claramente el legislador sucumbió ante los grupos de presión (influenciados por declaraciones de algunos agentes de la opinión pública que están a favor de la autotutela) que buscaban la que la autoridad no gravara en demasía la transferencia y venta de armas y de municiones, permitiendo a la población civil la posibilidad de adquirir dichos instrumentos de forma más expedita.

Sin embargo, el núcleo más conflictivo de la reforma se encuentra en el artículo 17 B, que ambos incisos producen efectos relevantes. En el caso del inciso primero, busca la imposibilidad de que los jueces puedan alterar la penalidad de las figuras delictuales, evitando que los autores puedan obtener penas más bajas y beneficios procesales (especialmente, la suspensión condicional del procedimiento), evitando la aplicación de un concurso aparente de leyes penales en el caso en que concurren delitos de lesión empleando armas de fuego, provocando la suma aritmética de las penas ante el concurso de delitos de la ley de armas con otros delitos del Código Penal. El resultado es la intensificación en la penalidad de dichos delitos y genera una alteración en el tratamiento de la unidad de acción que se establece en el Código Penal para los delitos complejos. Según algunos fallos de los tribunales, con esta norma se afectaría el principio de *ne bis in ídem*, debido a que un mismo hecho es penado dos veces, en virtud de esta norma.

En relación a la norma del inciso segundo del artículo 17 B, encontramos una regla especial de determinación de la pena, que impide la aplicación de las reglas de efecto ordinario, con las cuales las circunstancias modificatorias de responsabilidad pueden modificar la penalidad, ya sea para aumentarla como para rebajarla, siendo compensadas racionalmente, de acuerdo a los artículos 67 y 68 del Código Penal. Así, el tribunal sólo podrá imponer una pena dentro del margen abstracto prefijado por el legislador. Para ello, sólo se pueden emplear los criterios del artículo 69 del Código Penal: el número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Las excepciones a este sistema serían las circunstancias modificatorias de efecto extraordinario y las reglas especiales sobre determinación legal de la pena.

El estudio clarifica, sobre este punto, que el marco rígido es una desventaja, porque se impide a una persona se le apliquen ciertas atenuantes que le permitan una pena más baja, y por ende, más acorde a la realidad del caso concreto y por el lado contrario, impide que si alguien tiene reincidencias le podemos aplicar una pena en un grado más alto, esto es, que el reproche sea mucho mayor, impidiendo que la sentencia sea más justa. También hay que mencionar el efecto en la judicatura: el sistema de determinación de las penas ya es lo suficientemente reglado, que otorga pequeños márgenes de discrecionalidad a los jueces (como lo son el *iter criminis* o las reglas de autoría y participación) para velar por la correcta aplicación de las penas ajustado al caso concreto. Este artículo hace inaplicables dichas atenuantes y agravantes, con lo cual se pierde ese pequeño margen de discrecionalidad y además, permite que las sanciones sean más acorde a la realidad.

Finalmente, la modificación del artículo 1° de la ley 18.216 impide que los condenados por los delitos de la ley de armas puedan optar a penas sustitutivas, lo que transforma todas las penas de la LCA en privativas de libertad efectivas, lo que es desproporcionado en comparación a otros delitos que lesionan de forma efectiva bienes personalísimos. Asimismo, en relación a la prisión preventiva, se incumplen instrumentos internacionales al centralizar su otorgamiento ante la gravedad de la pena, lo que también

perturba el principio de proporcionalidad (y sus respectivos subprincipios). Esto ha sido corregido parcialmente por la gran cantidad de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se interponen para evitar su aplicación. Su fundamento radica en que el inciso que impide el acceso a las penas sustitutivas por condenados de la LCA lesiona el principio de no discriminación, derivado del principio de igualdad ante la ley, ya que habría una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una condición similar.

2. Respetto del fenómeno de la expansión de derecho penal y la configuración de un derecho penal de la seguridad ciudadana.

En lo relativo al fenómeno de la expansión del derecho penal, se puede mencionar que sus caracteres más relevantes son:

- En primer lugar, existe una doble tendencia en la legislación mundial de creación de nuevas figuras penales que, según Silva Sánchez, que va en busca de los poderosos, como de la agravación de los tipos penales existentes y más emblemáticos.
- En segundo lugar, ante la demanda de mayor protección penal por parte del derecho penal ante la escalada de la percepción subjetiva de los riesgos en las sociedades postmodernas, se busca la modificación de las garantías clásicas del Estado de Derecho, exigiendo una “flexibilización”.
- Una tercera característica se relación con la idea de una *sociedad de sujetos pasivos*: la sociedad se tiende a identificar mucho más con a víctima del delito que con el autor, modificando el antiguo régimen del derecho penal, el cual era concebido como la carta de derechos del delincuente, a manos de las víctimas y la pena, como la solidaridad de la sociedad para con la víctima y la expulsión de ésta al autor del crimen.
- Una cuarta dimensión de la expansión obedece a los fenómenos de globalización e integración, lo que ha generado un cambio del paradigma el derecho penal clásico: antes en los libros de derecho penal el ejemplo típico era el homicidio, hoy ha pasado a ser el crimen organizado, el delito económico realizado por empresas convencionales. En dicho caso, Silva Sánchez responde que tendríamos “un Derecho penal de dos velocidades” para poder hacer frente a este problema, en donde la primera es la renuncia a la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal; pero la segunda, por su parte, supone la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales.

- El quinto criterio es la “administrativización” del derecho penal: se pasa de bienes jurídicos clásicos a fenómenos de dimensiones globales, convirtiéndose en un derecho de gestión punitiva ante riesgos generales, en la medida que incorpora mecanismo de aseguramiento cognitivo encaminados a neutralizar fácticamente el fenómeno delictivo.
- Esto da como resultado, y como la última característica, la transformación del Estado en un “Estado de la Prevención”, elevando las barreras de la intervención estatal en las esferas jurídicas de los ciudadanos.

En relación al modelo de Derecho penal de la seguridad ciudadana, se pudo constatar ciertas características que son:

- El retorno del interés del derecho penal por la *delincuencia clásica*, aquella que gira en torno a los delitos contra bienes individuales, esencialmente los de vida e integridad, propiedad y libertad en sus diversas formas.
- También forma parte de dicho modelo la *sensación de inseguridad*: se ha incrementado desde hace algunos años en la ciudadanía tanto la preocupación en general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima de un delito.
- En sede procesal penal, se produce *una inversión absoluta en la posición de la víctima con la de los delincuentes*: es la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses, los intereses de la sociedad, ya no los del delincuente.
- A su vez, *la opinión pública se ha cansado de las opiniones de expertos*, con depurada técnica jurídico-penal para que la experiencia de las personas en su vida cotidiana, la percepción instantánea de la sociedad y los conflictos sociales, pase a ser el barómetro de las reformas a las leyes penales.
- Otra situación digna de notar es la *modificación de ciertos componentes de la pena*, en virtud de la cual la opinión pública estima que a los delincuentes no se les debe otorgar ninguna medida en busca de una reinserción social o flexibilizar la ejecución penal, ya que son estimadas como favores inmerecidos para individuos que atentan contra los bienes de la comunidad.
- Se produce *la recuperación del prestigio de las penas privativas de libertad*, con las respectivas reformas en ese sentido, buscando en ellas, su capacidad para garantizar otros fines sociopersonales de la pena: los intimidatorios y meramente retributivos pasan a ser prioridad.
- Asimismo, la opinión pública está de acuerdo con que el *Estado, en el uso de su pretensión punitiva, pueda cometer ciertos excesos*, y por ello el respeto de las libertades y derechos individuales pasan a un segundo plano.
- *La sociedad civil toma un rol importante en el combate activo contra la delincuencia*, creando grupos de vigilancia, seguridad privada, etc., que ha

distorsionado su antigua imagen: ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes.

- Finalmente, se generan cambios en la criminología: se genera un enfoque que no deja de lado el tema de la desigualdad social inherente en el comportamiento delictivo, pero intenta que la integración social vaya de la mano con el garantizar la seguridad ciudadana. Dentro de ella hay varias orientaciones distintas, dentro del acuerdo general que los delincuentes son personas normales que actúan de forma racional, aprovechando las oportunidades que se le presentan para delinquir.

3. Respecto del Derecho penal del enemigo, y de la relación entre la política y el derecho, con el nacimiento del Derecho penal de lucha.

En este sentido, nuestro estudio permitió descifrar las diversas características del derecho penal del enemigo (y del ciudadano), en su naturaleza funcionalista-sistémica, señalando que el Derecho penal opera y configura delitos que cometen los ciudadanos de forma incidental en su naturaleza social de ser sujetos relacionados por las normas jurídicas. Jakobs determina que los delitos son solo posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable. Por tanto, la primera aproximación del Derecho penal es la del ciudadano, el cual es definido como una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado – de modo coactivo, pero en cuanto a ciudadano – a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto sucede mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma.

El núcleo de su teoría subyace en dos elementos centrales: la fidelidad a las normas, que es parte de su idea de sociedad, y una cierta corroboración cognitiva de los ciudadanos, para que todo esto se plasme en la realidad. En este sentido, hay individuos que se colocan fuera del orden social, porque quieren amenazarlo constantemente, transformándose por convicción en un adversario al ordenamiento jurídico. Por ello, los que se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, esto es, que no prestan la *garantía cognitiva mínima* que es necesaria para el tratamiento como persona, no se le puede aplicar el derecho dialógico del ciudadano y reciben el *status* de “enemigo”, sujeto que debe ser neutralizado por un derecho especial: la pena resulta aflictiva y permanece punitiva, pero asume la exclusiva función preventivo-especial (del tipo negativo) de una medida de seguridad por el Estado, que hace la custodia de seguridad.

Las diferencias que se pueden apreciar comparando el Derecho penal del enemigo al del ciudadano, son:

- La creación de tipos penales que castigan determinados actos preparatorios de hechos futuros, produciéndose una anticipación en su punibilidad.
- Una legislación de Lucha o de Combate contra cierto tipo de criminalidad.
- La supresión de las garantías y derechos procesales para los imputados etiquetados como “enemigos”.
- La intensificación de las penas y desproporcionalidad de éstas, así como la reducción de beneficios para los condenados.

En esta situación aparece la teoría de Massimo Donini, quien busca desentrañar los problemas que aquejan a la judicatura penal, ante el acometimiento de la política; se pudo determinar sus ejes principales, que están enraizados en la concepción del Estado Constitucional de Derecho, siguiendo un provechoso trabajo doctrinal de la perspectiva constitucionalista, fruto de la cultura penal italiana. Sus principales propuestas son:

- La ciencia penal (especialmente la europea) ha contribuido con algunos vicios de origen que socavan el sistema jurídico penal actual e impiden su correcta aplicación: el *normativismo extremo* y el *provincialismo nacionalista* de la ciencia nacional.
- La ciencia penal tiene una relación atormentada y neurótica con la política porque ninguna rama del derecho tiene tanto que ver con la irracionalidad como el derecho penal: éste disciplina comportamientos irracionales y previene reacciones irracionales.
- Se produce el nacimiento de una corriente que defiende al derecho penal de la instrumentalización de una política irracional, basada en el poder del consenso, en necesidades emocionales de la sociedad, pero que no se basa ya en la razón.
- Aparece el fenómeno expansión global del poder judicial, que se genera a partir de la pérdida de poder soberano de los Estados (y por ende, de la misma ley), en el contexto de la globalización, de una parte, y de la privatización y particularización de las decisiones político-económica; por el desarrollo del derecho penal de los principios; y la notoria relevancia de la interpretación respecto a la letra de la ley, como producto de una trabajada cultura hermenéutica: *derecho y ley son realidades distintas*.
- Dentro de la praxis hermenéutica, se establece una distinción pacífica entre “disposición” y “norma”: el legislador crea las *disposiciones*, es decir, los enunciados normativos, pero su contenido real, esto es, la *norma*, es el resultado de la interpretación de la disposición abstracta o de la disposición en cuanto a fruto de su aplicación a los casos.

- La cultura penal, sumergida en un nudo de conceptos y la complejidad de sus concepciones teóricas, ama *la política que se adapta a sus diseños teóricos*, que otorgan únicamente al sistema penal una patente de legitimación. Es una política imaginaria, que va de la mano con un nuevo sistema, un nuevo método. No corresponde con *la política real del sistema*, sólo es un embellecimiento gubernamental.
- Finalmente, cuando esta cultura se orienta a las consecuencias lo hace sólo en apariencia: *la argumentación dogmática se orienta a consecuencias que siempre son normativas*. Es decir, son consecuencias *internas* al sistema de la propia dogmática, que dice con toda seguridad “estar orientada a las consecuencias”. No son consecuencias “reales” porque nunca partieron desde premisas “reales”: son autopoieticas.

Volviendo a la distinción entre norma y disposición, éstas últimas son objeto de interpretaciones extensivas. Hay varios factores que inciden en esta práctica. En primer lugar, casi siempre las disposiciones son elásticas, extremadamente sintéticas y abstractas, concebidas para poder adaptarse a muchos casos (incluso aquellos no previstos por el legislador histórico); cuando son muy taxativas, generalmente resultan defectuosas en la práctica. En segundo lugar, en la realidad *son armas*, instrumentos de lucha contra fenómenos considerados criminales, a disposición de la magistratura con fines de protección; como tales no contienen dentro de sí mismas la enumeración de los posibles objetivos, sólo los más frecuentes. Finalmente, en tercer lugar, porque no son premisas que puedan solucionarse con una operación lógica de subsunción, esto sólo funciona en los casos fáciles pero no en los difíciles, como las considera generalmente la lectura garantista, que concibe las reglas como instrumentos de conocimiento del derecho (*bouche de la loi*) y la neutralidad del juez, antes que como instrumentos de lucha contra la delincuencia, y que se imagina que el magistrado del Tribunal Constitucional está como el Ministerio Público en la trinchera. Claramente, hay una antinomia entre las dos culturas y espíritus jurídicos.

Por ello es posible definir el Derecho penal de lucha como una interpretación extensiva (que se puede producir por aplicación una analogía oculta) de los tipos penales, abarcando fenómenos que no están incluidos en la disposición, insertando al juez en el combate de una criminalidad determinada, en virtud de orientaciones político criminales determinadas por el consenso político (plasmadas en diversas leyes), poniendo en crisis, hasta lesionarlas, la garantía fundamental de tercería e imparcialidad del juez y, con ella, la cultura de la jurisdicción, impulsando a usar las normas más allá de su alcance definitivo para combatir un fenómeno que está fuera del tipo.

4. Respetto del delito de posesión, tenencia y porte de municiones y su naturaleza dentro de la disyuntiva entre el “Derecho Penal de Lucha” y el “Derecho Penal del Enemigo”.

Se realizó una investigación que buscaba ir a las consecuencias de la ley, las consecuencias reales, plasmadas en decisiones de los tribunales y en la práctica de los agentes de la pretensión punitiva estatal. En este contexto, en relación al delito de posesión, porte y tenencia de municiones (art. 9 inc. 2° de la LCA), las sentencias han ratificado su naturaleza de delitos de peligro abstracto, con lo cual se ponen en tensión con los principios de lesividad y de proporcionalidad, al no requerir la concurrencia de un riesgo mínimo para el objeto jurídico tutelado del tipo objetivo, esto es, un concreto peligro para la vida, integridad personal o la propiedad de la sociedad. Por lo tanto, se dan sentencias que extienden la punibilidad, como aquellas en que encontramos sólo un cartucho de escopeta, con lo cual el juez pasa a aplicar la legislación de lucha de manera absoluta.

En relación a la penalidad, si bien es cierto que se recortaron los límites superiores e incluso se eliminaron ciertas normas, no se permitió que se aplicase el antiguo inciso segundo, que fue derogado por la reforma, estableciendo la facultad de los jueces para imponer una pena atenuada, como la multa, ante ciertos casos (fines distintos que alterar el orden público, atacar a las FF.AA. o a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos). Esto le daba un equilibrio a las penas y permitía al juez poder revisar los antecedentes del caso concreto. Con ello, se configura en la práctica la sujeción de la política y su predominio ante la aplicación del derecho penal, que no se avoca a las consecuencias reales, sino a las normativas, dictando resoluciones irracionales. Adicionalmente, la norma busca combatir una finalidad *externa a ella*, la violencia de la delincuencia común, y obedece a que dichos criminales generalmente están asociados a otro tipo de delitos (narcotráfico, robos, etc.) y utilizan las armas de fuego como elemento intimidatorio para llevar a cabo su plan delictual. Por ello, destruye a proporcionalidad de las penas y cae nuevamente en una legislación de lucha.

En el caso del artículo 9 A, la despenalización a una multa administrativa de 100 a 500 UTM (anteriormente consistía en pena de presidio menor en cualquiera de sus grados), entre otros, al vendedor que vende municiones o cartuchos a quien no debe venderlos porque no tiene una arma inscrita a su nombre, o porque el arma que tiene inscrita el sujeto tiene otro calibre distinto al de las municiones o cartuchos que está comprando, la norma no se encuentra encaminada a la lucha contra la criminalidad de armas, pero genera en la práctica de los agentes una serie de triangulaciones que buscan aumentar el acceso a las armas y municiones inscritas de dicho segmento de la población delictual, lo que produce en las autoridades político-legislativas la radicalización de las posturas respecto a la comisión de dichos delitos, cuando es la misma ley que los habilita para ello.

Respecto de la regla concursal del artículo 17 B inciso primero, esta norma busca una aumentar la prognosis de pena a aplicar para los condenados, rompiendo el principio de ne bis in ídem y de proporcionalidad de las penas establecidas para un Estado democrático y hace que dicha norma se encuentre dentro del derecho penal de lucha, producto que suprime estas garantías en pos del control de los individuos catalogados como peligrosos para la seguridad de la sociedad, favoreciendo la exclusión social. Es decir, es una manifestación del derecho penal de lucha que está en el límite con el derecho penal del enemigo, que hace a la norma en cuestión encontrarse en el filo de la ilegitimidad. Si bien los tribunales han tenido que aplicarla, en algunos sectores del país ha decidido aplicar el principio de ne bis in ídem y evitar la aplicación de una norma pseudo ilegítima.

En relación a la norma especial sobre determinación e individualización de la pena del artículo 17 B inciso segundo, los tribunales la han aplicado y se ha producido un debate ante su aplicación, debido a que infringe el principio de proporcionalidad de las penas. El Tribunal Constitucional ha rechazado los requerimientos señalando que el juzgador tendrá un margen más estrecho, intensificando la prognosis de pena en la práctica, pero que ello no implica su inconstitucionalidad. Esta decisión es sumamente importante, porque a pesar de que la norma tiene indicios de ilegalidad y perfectamente podría haber sido aceptada la inaplicabilidad, ha pasado a tomar parte en la lucha contra la criminalidad de armas al legitimar dicha norma. En efecto, se produce la pérdida de la garantía de imparcialidad del juez (que está dentro de la lucha) con lo que tenemos una aplicación de derecho penal del enemigo de forma encubierta, ya que se utiliza la norma para un fin que está fuera de la competencia del juez, que está fuera de la norma propiamente tal. Con todo, algunos tribunales en la práctica han aplicado las reglas de efecto ordinario, ignorando la norma en cuestión.

Finalmente, en la situación del artículo 1° inciso 2° de la ley 18.216, relativo a la supresión de penas sustitutivas para los condenados por los delitos de la LCA, impidiendo el otorgamiento a los imputados por la criminalidad de armas alguna salida alternativa como la suspensión condicional del procedimiento, y eliminando cualquier posibilidad de obtener otra medida cautelar que no sea la prisión preventiva, aquí también se pronunció el Tribunal Constitucional al admitir los requerimientos y declarar de forma tajante la inconstitucionalidad de dicha modificación legal, en virtud de la violación al principio de igualdad y de proporcionalidad de las penas. Si bien la norma se puede decir con propiedad que dicha norma pertenece al Derecho penal del enemigo, reduciendo de forma arbitraria los beneficios del condenado y manteniéndolos dentro de las precarias condiciones de los establecimientos penitenciarios, existen ciertas situaciones (si la prisión preventiva muta en una pena anticipada, respecto de un imputado que no tiene antecedentes penales) , se podrían dar decisiones que sobrepasan la legitimidad de un Derecho penal de lucha, llegando a ser una aplicación clandestina del Derecho penal del enemigo, dado que el juez

que otorga dicha medida entra en la lucha contra dicha criminalidad haciéndose parte y perdiendo su imparcialidad.

5. Reflexión final.

La ausencia de la aplicación de una política criminal nítida en las situaciones relativas al aumento progresivo de la violencia en el uso y abuso de estos objetos de peligro, ha incidido en la creencia de que intensificando todos los delitos de la LCA se están cumpliendo los “fines” político criminales. Esto ha generado un problema tanto como para la judicatura como también para los agentes jurídico penales. Ante la creación de un derecho penal simbólico, tremendamente irracional, la única fuerza que puede contrarrestar dicha escalada en la práctica, son aquellos que deben ejecutar los mandatos del legislador.

Precisamente, ante la constante oleada de intenciones legislativas de reformar nuevamente la LCA, sabemos dónde nos encontramos: en el comienzo de la aplicación de forma clandestina (en ciertos casos) del Derecho penal del enemigo. Si el consenso político legislativo mantiene la proliferación de tipos intensificados y reglas excepcionales de determinación de la pena, en un lapso muy breve estaremos siendo testigos de la aplicación, guiada y aprobada por los garantes de la constitucionalidad, de dicho derecho ilegítimo.

BIBLIOGRAFÍA

Autores:

1. ATRIA, Fernando. *El derecho y la contingencia de lo político* en *Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°26, 2003, pp. 319-345.

2. BASCUR, Gonzalo. *Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la ley 17.798 sobre control de armas*. *Revista Política Criminal* 12(23), 2017.pp. 533-609.
3. BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal, Volumen II*. 1ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
4. CEA, Sergio y MORALES, Patricio. *Control de Armas. Manual de aplicación de la ley 17.798 y su reglamento complementario*. 4ª edición, Abeledo Perrot Legal Publishing. Santiago, Chile, 2011.
5. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *La tenencia de armas de fuego en el Código Penal Español*. Editorial Thomson Reuters, *Revista de Ciencias Penales* 16(4), Madrid, 2015.
6. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], núm. 06-03. [Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020]. Disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>
7. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], núm. 06-03 [Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020]. Disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>
8. DONINI, Massimo. *El derecho jurisprudencial penal en InDret: Revista para el análisis del derecho*, N°4, 2020, pp. 1-48.
9. DONINI, Massimo. *Derecho Penal de Lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar*, en *Política Criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Primera edición, Navarra, España. Editorial Aranzadi SA, 2008.pp. 29-75.
10. DONINI, Massimo. *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios en Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, N° 19, 2007, pp. 51-70.
11. DONINI, Massimo. *La relación entre el derecho penal y política. Método democrático y método científico* en *Revista Penal*, N°13, 2004, pp. 67-84.
12. DONINI, Massimo. *Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana* en *Revista Penal*, N°8, 2001, pp. 24-38.
13. JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. 1ª edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2003.
14. JAKOBS, Günter, *Sociedad, norma y persona en la Teoría de un Derecho penal funcional*, 1º Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996.

15. JAKOBS, Günter, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, España, 1995
16. JIMENEZ ROMERO, Luis. *El delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N° 11, Editorial Dykinson, Bilbao, España, 2007, pp. 162-192.
17. LUHMANN, Nicklas, *El concepto de Sociedad, en complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. 1º Edición. Editorial Trotta. Madrid, España, 1998.
18. MARDONES VARGAS, Fernando. *La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida*. Informe en derecho para el tribunal constitucional, Rol 3041-16 y 3127-16. Santiago, Chile, 2016.
19. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *Justicia e igualdad en Luhmann*, Anuario de Filosofía del derecho, Nueva Época, Tomo IV, Madrid, España, 1987.
20. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005.
21. MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, *De Máquinas y seres vivos*. 3º Edición, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1995.
22. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 1ª edición, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992
23. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.
24. SCHIANNI, María Marta. *Los delitos de tenencia y portación ilegítimas de arma de fuego en el marco del expansionismo penal*. *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 10, 2013, pp. 12-23.
25. SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. 1º Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2010.
26. VILLEGAS, Myrna: “Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno”, *Polít. Crim.* Vol. 15, N° 30 (Diciembre 2020), Art. 8, pp. 729-759, [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A8.pdf>].
27. VILLEGAS, Myrna, “La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813”, *Polít. Crim.* Vol. 14, N° 28 (Diciembre 2019), Art. 1, pp. 1-53, [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/09/Vol14N28A1.pdf>].
28. VÍQUEZ, Karolina. *Derecho Penal del Enemigo ¿una quimera dogmática o un modelo orientado hacia el futuro?* en *Revista Política Criminal*, N° 3, A2, 2007, pp. 1-18.

Autores Institucionales:

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 17.798. Establece el Control de Armas*. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1972.
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 20.813. Modifica Ley N° 17.798 de Control de Armas y el Código Procesal Penal*. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015.

Tesis:

1. AGUAYO, Felipe y CÁCERES, Jorge. *Análisis crítico de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.813 respecto de los delitos que contempla la ley de control de armas*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2016.
2. GUERRA, Maximiliano; LAVANDEROS, Alonso; MORALES, Matías y QUINTANILLA, Gabriel. *Análisis jurisprudencial de los delitos de tenencia y porte ilegal de arma de fuego y municiones*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2018.
3. LARA CAMUS, Ronny, *Análisis dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2007 [Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020]. Disponible en <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112861>>.

Legislación nacional:

1. Código Penal.
2. Constitución Política de la Republica de 1980.
3. Decreto 77, que aprueba el Reglamento Complementario de la Ley N° 17.798 que establece el control de armas y explosivos.
4. Decreto 400, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798 sobre control de armas.
5. Ley N° 18.216 sobre Penas Sustitutivas.
6. Ley N° 20.813 que modifica la Ley N° 17.798, de Control de Armas y el Código

Procesal Penal.

Legislación Internacional:

1. Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones y Explosivos y otros Materiales Relacionados, suscrita en Washington D.C., el 14 de noviembre de 1997.
2. Resolución 55/255 de la Asamblea General “Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que contempla la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” A/RES/55/255, 8 de junio de 2001.

