



**Minuta sobre las modificaciones introducidas
a la Ley de Control de Armas (Ley 17.798) por
la Ley 20.813**

Departamento de Estudios Defensoría Nacional

Cristián Irarrázaval

Unidad de Estudios – Defensoría Nacional

Santiago, diciembre 2015

Índice Minuta sobre las modificaciones introducidas a la Ley de Control de Armas (Ley 17.798) por la Ley 20.813:

Contenido

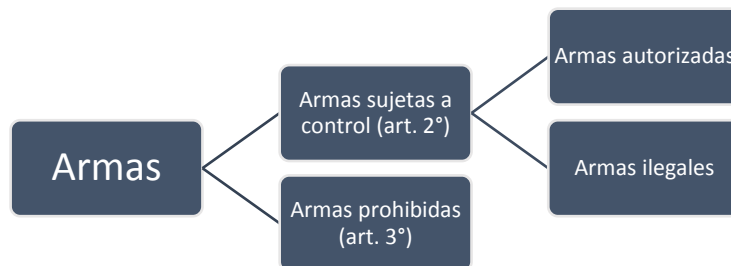
1. Introducción	4
2. Eliminación de la pena de multa respecto de conductas contrarias a la LCA, pero no destinadas a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública, o a perpetrar otros delitos. Consecuencias.....	5
a) Modificación legal e historia de la ley.....	5
b) Naturaleza de los delitos de porte, posesión, tenencia, fabricación y comercialización de armas.....	6
c) La jurisprudencia siempre ha exigido –en la práctica- un peligro concreto.	9
d) Conclusión: de no acreditarse un peligro concreto para orden público, el tribunal debe absolver.....	11
i) Antes de la ley 20.813:	12
ii) Intención del legislador con la ley 20.813:.....	12
iii) Situación real tras entrada en vigencia de la ley 20.813, atendida la jurisprudencia de la Corte Suprema y las normas de rango constitucional:	12
3. La situación de los artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos de baja peligrosidad.	13
a) Regulación legal:	13
b) Estos artefactos no son armas del art. 2° o 3°.	14
4. ¿Qué se entiende por “dispositivos”, en el marco del art. 2° de la LCA?	17
a) Regulación legal:	17
b) Significado del concepto “dispositivos” en el marco del art. 2°.	18
5. Nuevo régimen de la LCA en relación a las armas inscritas.	20
a) ¿Qué armas se pueden inscribir, y quién puede autorizarlas?	20
b) La situación previa a la entrada en vigencia de la ley 20.813.	21
c) La tenencia del arma inscrita en lugar no autorizado, y el porte de arma inscrita no autorizado bajo la nueva ley.	22
d) La modificación al art. 9° A de la LCA: ilícitos relativos a convenciones sobre municiones y cartuchos.....	24
i) Modificaciones introducidas por la ley 20.813:	24
ii) Las conductas previstas en el art. 9°A antes de la ley 20.813:.....	24

iii)	La situación del adquirente de los antiguos art. 9° A N°1 y 2° bajo la nueva ley.....	26
e)	El nuevo tipo penal del art. 10°A: la entrega o puesta a disposición de armas en poder de menores.	28
f)	Las armas inscritas en relación a otros ilícitos de la LCA.	31
i)	El delito del art. 8° de la LCA y las armas inscritas.	31
ii)	El ilícito administrativo del art. 14° A de la LCA: el abandono de armas.	32
g)	La “conversión” del ilícito administrativo en un ilícito penal. Reincidencia y cancelación...	33
6.	¿En qué se diferencian bajo la nueva LCA las conductas de porte, tenencia y posesión?.....	34
7.	El delito de “utilización de armas” del art. 14 D: la colocación de artefactos explosivos y el disparo de “balas locas”.....	37
a)	Motivo por el cual se incorporó este delito.	37
b)	Las bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos del inciso 1°.	37
c)	Cuadro comparativo de conductas y penas del art. 14°D.....	38
d)	Concursos con el porte/tenencia de armas.	39
8.	El art. 17° B: Reglas sobre determinación de la pena en delitos de la LCA y delitos cometidos con armas de fuego.....	41
a)	El concurso real entre delitos de la LCA y los delitos cometidos con ellos.	41
b)	El marco penal rígido que establece el art. 17 B, inciso 2°.	43
i)	Infringe el principio de igualdad ante la ley.....	43
ii)	Infringe el derecho a un debido proceso justo y racional, garantía reconocida en el art. 19 N°3 inciso 6° de la Constitución	45

1. Introducción

La ley 20.813 fue publicada y entró en vigencia el 6 de febrero de 2015, modificando la Ley de control de Armas (en adelante, LCA). Este trabajo tiene por objeto tratar en profundidad lo que se considera son las modificaciones más relevantes introducidas por la LCA. Asimismo, esta minuta es complementaria con otros dos documentos que tratan sobre la materia, y que se envían en conjunto con ella. En efecto, junto a esta minuta se envía un cuadro comparativo con los ilícitos penales previstos en esta ley, y las penas que les corresponden, según el arma o elemento con que se cometan, y también se envía una tabla que muestra todas las modificaciones legales, y contiene breves comentarios sobre aquellas que se estiman pertinentes para efectos penales, pero que por su corta extensión no ameritaban ser tratados en este documento¹.

Para efectos de facilitar la comprensión, en la presente minuta se subentiende que las armas se clasifican de la siguiente manera de conformidad a la LCA:



¹ Téngase presente que la DPP, a través de sus unidades regionales, ha elaborado además las siguientes minutas: “Minuta Ley 20.813 que modifica la Ley de Control de Armas”, elaborada por la Unidad de Estudios Regional de la Defensoría Regional de la IV Región de Coquimbo; “Minuta N°1-2015: Consideraciones acerca de las modificaciones introducidas por la Ley 20.813 a la Ley 17.798 sobre control de armas y cuerpos legales complementarios”, de autoría de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de la VII Región del Maule; y “Minuta Ley N° 17.798, Sobre Control De Armas”, elaborada por la Unidad de Estudios de la V Región.

2. Eliminación de la pena de multa respecto de conductas contrarias a la LCA, pero no destinadas a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública, o a perpetrar otros delitos. Consecuencias.

a) Modificación legal e historia de la ley.

La Ley 20.813 eliminó las siguientes normas legales:

- En relación al delito de porte, tenencia o posesión de armas sujetas a control, se suprimieron los incisos 2° de los tipos penales antes contemplados en el art. 9° (tenencia o posesión de armas ilegales) y 11° (porte ilegal), que prescribían que *“si de los antecedentes o circunstancias del proceso pudiera presumirse fundadamente que la **posesión o tenencia**² de las armas o elementos a que se refiere el inciso anterior estaba destinada a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, se aplicará únicamente la multa de once a cincuenta y siete unidades tributarias mensuales”*
- Respecto del delito de fabricación, almacenaje y comercialización de armas sujetas a control, que continúa tipificado en el art. 10° tras la modificación legal, se elimina el inciso 3°, que disponía que *“No obstante lo establecido en los incisos anteriores, si las circunstancias y antecedentes del proceso permiten presumir fundadamente que el **transporte, almacenamiento o celebración de convenciones respecto de las armas o elementos indicados en las letras b) y c) del artículo 2°** no estaban destinados a alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o a perpetrar otros delitos, se aplicará únicamente la pena de multa de once a cincuenta y siete unidades tributarias mensuales”*.

La intención del legislador al eliminar los preceptos citados, que contemplaban las hipótesis atenuadas de los tipos penales referidos, correspondientes a los casos en que la conducta no afectaba el orden público, quedó claramente establecida en la historia de la ley. El objetivo de la modificación fue expuesto por el Subsecretario de Prevención del Delito ante el Senado: *“En este punto, aseguró que al ser difícil verificar que el porte es para cometer un ilícito, la infracción sólo se penaliza con una multa; sin embargo, es de toda lógica pensar que quien tiene uno de estos elementos en su poder tiene una clara intención de delinquir”*. Por ello, propuso *“Respecto al porte ilegal o sin permiso o*

² La redacción que se cita es la del antiguo art. 9°. En el caso del antiguo art. 11° se emplean los vocablos “posesión o porte” en lugar del texto en negritas.

la tenencia de un arma no inscrita, eliminar la posibilidad de aplicar la pena restringida (multa), sancionando la conducta con presidio menor en grado medio a mayor en grado mínimo”.

La intención del legislador fue cuestionada por los profesores invitados al congreso. El profesor Emanuele Corn señaló que **la eliminación de la pena de multa “provocaría que los jueces no podrían distinguir entre las situaciones de menor y de mayor relevancia para la sociedad.** Citó como ejemplo el caso de un tío que regala a su sobrino menor de edad un cartucho de su pistola regularmente inscrita, acción moralmente cuestionable, que hoy puede castigarse con una multa, pero que con la enmienda propuesta podría sancionarse con privación de libertad de entre 3 y 10 años, lo que parece excesivo. Acotó que, si a pesar del comentario anterior se resuelve mantener el nuevo inciso cuarto, **sería recomendable agregar alguna expresión que le permita al juez evaluar la efectiva peligrosidad del hecho para la colectividad, como: “si es que de la conducta derivare un concreto peligro para el orden público”; o bien, “si es que de la conducta derivare un concreto peligro para la integridad física de alguna persona”³.** Es decir, en opinión del profesor Corn, es necesario distinguir entre aquellas conductas que efectivamente generan un peligro concreto y aquellas en que sólo concurre “un peligro abstracto”.

b) Naturaleza de los delitos de porte, posesión, tenencia, fabricación y comercialización de armas.

Parte de la doctrina y jurisprudencia nacional han considerado en general que los ilícitos referidos son delitos de peligro abstracto⁴. En ese sentido, el TOP de Iquique, en una causa en la que condenó a pena de multa por tenencia de arma de fuego permitida, señaló que *“se trató de una simple tenencia que cumple con los requisitos formales de este delito de peligro abstracto, razones por las que se impondrá solamente pena de multa a la justiciable, es su extensión menor por cuanto beneficia a la imputada una circunstancia atenuante”⁵.* Por su parte el profesor Guzmán Dálbora sostiene que *“ha de tenerse presente que el genuino delito de tenencia indebida de armas de fuego es uno de peligro abstracto contra el orden público —y, visto lo vaporoso de este último concepto, en verdad es un acto de desobediencia a la potestad administrativa de control de estas armas—, por lo cual se explica que la sanción actual sea menor”⁶.*

³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 91.

⁴ Algunos consideran que se trata de “delitos de aptitud”, mientras otros los consideran “delitos de mera desobediencia”.

⁵ TOP Iquique, causa R.I.T. 301-2011, R.U.C. N° 1001187882-8, fallo del 8 de febrero de 2012.

⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 425.

Ahora bien, los delitos de peligro abstracto son aquellos en que *“la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”*⁷. En consecuencia, en este tipo de delitos, no se requiere que concurra lesión o peligro concreto alguno en relación al bien jurídico resguardado.

Ello implica que bastaría que un sujeto porte o tenga en su poder un arma de fuego, para que se presuma de derecho, sin posibilidad de prueba en contrario, que ese mero hecho es peligroso para el bien jurídico resguardado, configurándose por lo tanto el delito respectivo.

Sin embargo, los problemas que surgen de considerar a los delitos de la LCA como delitos de peligro abstracto han sido ya detectados por la misma doctrina que les atribuye esa naturaleza. Así, por ejemplo, en una de las pocas tesis sobre el delito de tenencia o posesión de armas que existen en Chile, se trata este punto, señalándose que ***“A pesar de que la comisión del ilícito que se analiza es una figura de peligro abstracto, resulta absurdo que la tenencia del arma sin encontrarse autorizada por la autoridad administrativa sea el único sustento para efectuar un juicio de reprochabilidad de la conducta del agente –es decir, para entender que el ilícito se ha perfeccionado–, pues ello constituye prácticamente Responsabilidad Objetiva que a la luz de lo dispuesto en el inciso 6°, del numeral 3°, del artículo 19 de la Constitución Política se encuentra proscrita. De ser así, el análisis probatorio de la conducta del sujeto se circunscribiría al acta de incautación del arma sin la correspondiente autorización administrativa junto con la conformidad de ambas circunstancias por el imputado lo cual vendría a satisfacer el aspecto subjetivo del tipo. Entendido ello así, el proceso penal resultaría meramente formal, deviniendo absolutamente lógica y necesaria la condena ante la simple posesión del arma”***⁸.

Asimismo, la concepción de los delitos de la LCA como “delitos de peligro abstractos” no sólo genera los problema interpretativos referidos, sino que además implica vulnerar normas de rango constitucional. Esta categoría de delitos es contraria a la prohibición de presumir la responsabilidad penal, contemplada tanto en nuestra Constitución –que en su art. 19 N°3, inc. 7° prohíbe que la ley presuma de derecho la responsabilidad penal- como en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país. Ejemplo de ello es la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe en su art. 8° N°2 que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

⁷ Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, 2° ed. Alemana, Ed. Civitas, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, p. 336.

⁸ Ronny Lara Camus, tesis de la Universidad de Chile sobre *“Análisis Dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego”*, Santiago, 2007.

Por consiguiente, mal puede el legislador pretender configurar delitos de peligro abstracto, pues éstos son, por naturaleza, contrarios a normas de rango constitucional, al presumir un elemento esencial del tipo penal, cual es que efectivamente la conducta constituya un riesgo no permitido, que ponga en peligro el bien jurídico protegido, afectando así el ámbito de protección de la norma.

La Corte Suprema ha ratificado este criterio, fallando que cualquier delito, incluso aquellos que podrían considerarse “de peligro abstracto”, deben significar un riesgo concreto para el bien jurídico tutelado, pues de lo contrario, se estaría vulnerando tanto el principio de lesividad como la norma constitucional antes citada. Así, recientemente, en causa Rol N° 18.920-2015, considerando 8°, la Corte Suprema, en una causa por cultivo de cannabis, falló que *“Si bien se ha querido catalogar el tráfico ilícito de drogas como un delito de peligro abstracto -lo que ha sido denegado en fallos anteriores de esta Sala-, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo (Roxin, C. Derecho Penal, Parte General, T. I, Trad. 2a ed. alemana, 1997, pp. 336 y 407), no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos.*

Por la misma razón, la Corte niega la posibilidad de establecer delitos de mera desobediencia, argumentando que *“Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo pasado”*; arguyendo también que *“El principio de lesividad...se alza así como uno de los limitativos al ius puniendi del Estado, y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada”*.

En razón de los argumentos esbozados, la Corte Suprema culmina indicando que el legislador no puede establecer delitos de peligro abstracto: *“Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “praesumptio juris et de jure” de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff/Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. Así se ha*

sostenido que si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro abstracto, pues establecen una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro (Bustos y Hormazábal, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, 2004, p. 90)". El criterio de la Suprema es claro: no es posible presumir la antijuridicidad material de la conducta.

Por consiguiente, en atención tanto a la jurisprudencia como a las normas constitucionales y de derecho internacional referidas, no cabe sino sostener que los delitos de la LCA no pueden ser considerados delitos de peligro abstracto. Entonces, sólo podrá condenarse por delitos de la LCA cuando la conducta juzgada sea efectivamente lesiva para el bien jurídico protegido -orden público- acreditándose su antijuridicidad material. La conducta en cuestión será lesiva cuando el peligro sea real. Por ello, los delitos de la LCA requieren la producción de al menos un peligro concreto.

c) La jurisprudencia siempre ha exigido –en la práctica- un peligro concreto.

Por lo demás, la jurisprudencia siempre ha exigido en la praxis, para condenar a penas privativas de libertad por delitos de la LCA, que la conducta ilícita implique un peligro concreto para el orden público. Así se desprende inequívocamente de los fallos que se citan a continuación:

- i) **Incluso cuando los tribunales utilizan la terminología “peligro abstracto”, en la práctica exigen un peligro concreto para condenar.** Así, el TOP de Santa Cruz, en causa RIT N°20-2011, absolvió por los delitos de tenencia de armas y municiones, fallando que *“la figura penal en análisis es uno de aquellos delitos calificados por la doctrina y jurisprudencia como de **peligro abstracto**, en que se sanciona una conducta en cuanto puede causar un peligro a bienes jurídicos considerados valiosos en una sociedad, como lo son la seguridad de las personas o de la sociedad en general, **por lo que la conducta concreta que sirva para configurar el tipo penal respectivo y justificar el castigo del culpable encuentra su sentido en la efectiva posibilidad de poner en peligro estos bienes, lo que no puede lógicamente producirse si no se ha demostrado la aptitud del objeto en cuestión –escopeta y cartucho- para disparar y causar con ello tal peligro. Máxime si estamos en presencia de una figura penal excepcional, que no requiere un resultado dañoso sino el mero peligro de causarlo, adelantando la normal punibilidad de la conducta***

humana, lo que lleva a aplicarla de modo estricto y atendiendo siempre al bien jurídico tutelado”.

Se observa entonces como el TOP –a pesar de señalar que se trata de un delito de peligro abstracto- acto seguido procede a hacer depender la punibilidad en el caso concreto de la producción real de un peligro, analizando la aptitud del arma. Dicho análisis contradice la definición misma de lo que se entiende por delito de peligro abstracto: se reitera la definición que da Roxin, señalando que son de peligro abstracto aquéllos en que ***“la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”.***

ii) La inmensa mayoría de **los tribunales exigen que la prueba de cargo acredite la idoneidad del arma y de las municiones, bien para disparar, bien para ser disparadas, absolviendo cuando ello no se prueba.** La Corte de Apelaciones de Rancagua, en la causa RIT 171-2004, absolvió del delito de porte ilegal de arma, señalando que: *“el porte ilegal de arma de fuego constituye un delito de peligro que tiene por objeto evitar -mediante una política penal preventiva- las consecuencias dañosas de la manipulación de un arma de dicha clase por parte de personas inescrupulosas o desprovistas de la habilitación necesaria. De ello resulta que si, tal cual sucede en la especie, el arma no resulta operativa, esto es, no se encuentra en condiciones de ser disparada carece del potencial de peligrosidad necesario para considerarla como tal y por ello el amparo jurídico punitivo deja de ser necesario”*⁹. Es decir, la Corte considera que en este caso no se aprecia que la conducta vulnere el ámbito de protección de la norma, ni que sea materialmente antijurídica. Además, hay numerosos fallos que absuelven por no ser operativa el arma o las municiones, debiendo dicha “operatividad” probarse a través de una prueba técnica de percusión en el marco de un informe pericial balístico.

iii) **Los tribunales absuelven cuando la defensa acredita que, en el caso concreto, no hay peligro para el orden público.** Así, por ejemplo, el TOP de Curicó, en causa RIT N° 79-2013, absolvió del delito de tenencia ilegal de arma de fuego al acusado, por cuanto éste era un cazador, al que otro cazador le había prestado una escopeta inscrita a su nombre. Atendidas las circunstancias concretas de la tenencia, el tribunal estimó que ésta no era contraria al orden público, procediendo derechamente a absolver, no imponiendo siquiera la pena de multa.

⁹ En este sentido, Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N°272-2004; 1° TOP de Santiago RIT 158-2010; 2° TOP de Santiago RIT 274-2015; 6° TOP de Santiago RIT 20-2011, etc.

En algunos casos, en lugar de absolver, los tribunales aplicaban la pena de multa cuando no se acreditaba un peligro concreto para el bien jurídico resguardado. Ejemplo de ello es la causa rol N° 253-2013, en que la Corte de Apelaciones de Talca acogió el recurso de nulidad de la defensa, sustituyendo la pena privativa de libertad por una pena de multa en un delito de tenencia de arma, sentenciando que *“Examinados los antecedentes, en especial lo expuesto por el defensor ante estrados en orden a que **el arma se encontró oculta atrás de un refrigerador, que estaba descargada, y no existían municiones para ella en el domicilio del imputado**, esta Corte es de opinión que cabe la aplicación del inciso 2° del artículo 9° indicado, ya que no existe ningún antecedente que esa arma tuviese por objeto algunos de los fines que allí se consignan, por lo es de opinión que **debe aplicarse este tipo penal y la pena de multa allí indicada**”*.

Por lo tanto, la pena de multa, considerada habitualmente “un tipo atenuado”, operaba en realidad como una forma de sanción administrativa para conductas que, siendo eventualmente ilícitas, no afectaban a un bien jurídico penalmente protegido.

d) Conclusión: de no acreditarse un peligro concreto para orden público, el tribunal debe absolver.

A pesar de que el objetivo de la modificación legal es que los tribunales se vean obligados a imponer una pena privativa de libertad también en aquellos casos en que la tenencia/porte/comercialización no generan un peligro concreto para el bien jurídico resguardado, es decir, el orden público, ello no es factible, por cuanto se vulnerarían normas constitucionales y de tratados internacionales, infringiéndose el principio de lesividad, y presumiéndose de derecho la responsabilidad penal.

Por otra parte, la Corte Suprema ha fallado que no pueden establecerse en nuestro ordenamiento jurídico delitos de peligro abstracto, debiendo el tribunal apreciar una lesión o al menos un peligro real en relación al bien jurídico para condenar. Además, la redacción actual de la LCA no impide interpretar que, como en cualquier delito, se requiere que se ponga en peligro efectivamente el bien jurídico para que verifique el tipo. Y aunque así no fuera, la LCA no puede primar sobre la Constitución y los tratados internacionales suscritos por Chile.

Por ende, en caso de no acreditarse un peligro concreto para el orden público, el tribunal debe indudablemente absolver, no siendo posible actualmente la imposición de una pena de multa.

Esquemáticamente, puede sintetizarse el argumento de la siguiente manera:

i) Antes de la ley 20.813:

Posesión/porte/comercialización que no genera peligro concreto para el orden público	Posesión/porte/comercialización que genera peligro concreto para el orden público
Multa de 11 a 57 UTM o absolución.	Pena privativa de libertad

ii) Intención del legislador con la ley 20.813:

Posesión/porte/comercialización que no genera peligro concreto para el orden público: el peligro se presume por la mera comisión de la conducta.	Posesión/porte/comercialización que genera peligro concreto para el orden público
Pena privativa de libertad	Pena privativa de libertad

iii) Situación real tras entrada en vigencia de la ley 20.813, atendida la jurisprudencia de la Corte Suprema y las normas de rango constitucional:

Posesión/porte/comercialización que no genera peligro concreto para el orden público	Posesión/porte/comercialización que genera peligro concreto para el orden público
Absolución.	Pena privativa de libertad

Por último, es importante reiterar que la existencia al menos de un peligro concreto es un requisito presente en todo delito tipificado en la LCA. Así, en el caso de un arma prohibida del art. 3°-arma respecto del cual nunca existió la pena de multa-, o en el caso de entrega de un arma a un menor, también debe examinarse si el arma es operativa, las razones por las cuáles el arma se porta o entrega, y toda otra circunstancia que permita discernir si la conducta implica realmente un peligro efectivo para el orden público.

3. La situación de los artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos de baja peligrosidad.

a) Regulación legal:

La nueva LCA contiene una regulación especial para ciertos artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos de baja peligrosidad, asignándoles penas relativamente bajas. La ley señala expresamente como ejemplos de esta clase de artefactos a las “bombas molotov” y *otros artefactos similares*. Esta regulación se deriva justamente del bien jurídico protegido. Si éste es el orden público, la tenencia o utilización de artefactos de baja intensidad no puede acarrear la misma reacción penal que si estas conductas recaen sobre armas de mayor poder de fuego.

La nueva LCA se refiere a este tipo de elementos en dos tipos penales:

- i) En el art. 10, que tipifica el delito de fabricación, almacenaje y comercialización de armas. Dicho delito asigna a los “*artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles y otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares*” una pena de presidio menor en su grado máximo.
- ii) En el art. 14 D, que tipifica el delito de “utilización” de las distintas clases de armas (colocación de explosivos/disparo injustificado de armas). Esta norma sanciona a quien colocare, enviare, activare, arrojaré, detonare, disparare o hiciere explotar “*artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares*” con presidio menor en su grado máximo si dichas conductas se efectuaron en la vía pública o en ciertas instalaciones de relevancia pública; o con presidio menor en su grado medio, si son efectuadas en otros lugares.

Los requisitos copulativos para que estos artefactos sean considerados “de baja peligrosidad” se derivan del texto legal:

- i) Artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos;
- ii) cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles, u otros elementos químicos de libre venta al público;
- iii) de bajo poder expansivo.

Adicionalmente, la ley da un parámetro concreto del “poder destructor” que deben tener estos artefactos: debe ser similar al de una bomba molotov.

Sin embargo, el legislador omitió pronunciarse sobre estos artefactos al regular los delitos de porte, tenencia o posesión de armas. ¿Son entonces estos artefactos armas sujetas a control del art. 2°, armas prohibidas del art. 3°, o bien no pueden encasillarse dentro de ninguna de estas clases de armas?

b) Estos artefactos no son armas del art. 2° o 3°.

Bajo la nueva LCA no es posible sostener que los artefactos de baja peligrosidad (en adelante, ABP) citados estén comprendidos en el art. 2° o 3° de la LCA. Por consiguiente, el porte, tenencia o posesión de estos artefactos no está comprendido en los tipos penales de los art. 9°, 13 y 14° de la LCA. Esta conclusión se funda en las siguientes premisas:

- i) La ley otorga una regulación especial a esta clase de artefactos al sancionarlos en los tipos penales referidos de los art. 10° y 14°. Ahora bien, los tipos penales de los art. 10° y 14° contienen un mayor disvalor que los delitos de porte/tenencia/posesión de los art. 9°, 13° y 14°. Ello queda claro al analizar las penas que la ley le asigna a esos delitos. A modo de ejemplo, obsérvese el siguiente cuadro comparativo:

Elemento o arma	Posesión, tenencia o porte	Fabricación, almacenaje y comercialización (art. 10)
Art. 2 letra a)	5 años y 1 día - 15 años (Art. 13 y 14)	10 años y 1 día - 20 años
Art. 2 letra b)	3 años y 1 día - 5 años (Art. 9 inciso 1)	5 años y 1 día - 10 años
Art. 2 letra c)	541 día - 3 años (Art. 9 inciso 2)	5 años y 1 día - 10 años
Art. 2 letra d)	3 años y 1 día - 5 años (Art. 9 inciso 1)	5 años y 1 día - 10 años
Art. 2 letra e)	541 día - 3 años (Art. 9 inciso 2)	5 años y 1 día - 10 años
Art. 2 letra f)	X	X
Art. 2 letra g)	5 años y 1 día - 15 años (Art. 10 solo posesión)	5 años y 1 día - 15 años
Art. 2 letra h)	X	X
Art. 3	3 años y 1 día - 10 (Art. 13 y 14)	5 años y 1 día - 15 años

En el cuadro anterior puede apreciarse que porte o tenencia de un revólver del art. 2 b) tiene una pena menor (3 años y 1 día a 5 años) que la fabricación o almacenaje de esa misma arma (5 años y 1 día a 10 años). De la misma manera, el porte de una escopeta “hechiza”, elemento prohibido descrito en el art. 3°, arriesga una pena de 3 años y 1 día a 10 años, mientras que la comercialización o

fabricación de esa arma contempla una pena de 5 años y 1 día a 15 años. Por consiguiente, es indudable que el legislador estima que el delito del art. 10° implica un mayor disvalor, y por ende, un mayor peligro para el orden público, que el mero porte, posesión o tenencia del arma.

- ii) Además, las penas asignadas por el legislador al delito de fabricación/comercialización del art. 10°, y de uso de armas del art. 14°, son menores si el arma utilizada es un ABP descrito en este párrafo, que si corresponde a armas del art. 2° o 3°. Analícese al respecto el siguiente cuadro comparativo:

Elemento o arma	Posesión, tenencia o porte	Fabricación, almacenaje y comercialización	Uso de armas en lugares públicos o instalaciones de relevancia públicas	Uso de armas en otros lugares
Art. 2 letra b)	3 años y 1 día - 5 años (Art. 9 inciso 1)	5 años y 1 día – 10 años	3 años y 1 día - 5 años	541 días – 3 años
Art. 3	3 años y 1 día – 10 (Art. 13 y 14)	5 años y 1 día – 15 años	5 años y 1 día – 10 años (general) 10 años y 1 día – 15 años (en el caso art. 3° inc. 2°)	3 años y 1 día – 5 años (general). 5 años y 1 día - 10 años (en el caso art. 3° inc. 2°)
Mólotov y análogas	¿?	3 años y 1 día - 5 años	3 años y 1 día – 5 años	541 días – 3 años

De este cuadro pueden extraerse las siguientes comparaciones:

- La fabricación o comercialización (tráfico) de ABP tiene una pena menor que la misma conducta ejecutada con armas del art. 2 b) o 3° de la LCA.
- La utilización de ABP para realizar cualquier tipo de ataques a bienes y/o personas, conducta tipificada en el art. 14 D, tiene una pena análoga al disparo injustificado de arma de fuego sujeta a control, sea que se efectúe en lugares público o instalaciones de relevancia pública o en otros lugares, y una pena menor que el disparo o utilización de armas del art. 3°, cualquiera sea el lugar en que la conducta se realice.

En razón de lo expuesto, es evidente que el legislador considera que los artefactos de baja peligrosidad representan un menor peligro para el orden público que los elementos o armas descritos en los art. 2° y 3° de la LCA.

- iii) En el punto i) precedente se comprobó que el porte/tenencia de un arma es una conducta de menor disvalor que su comercialización/almacenaje (tráfico) o su utilización para atentar contra bienes o personas. Por consiguiente, no podría el porte/tenencia de un artefacto de baja intensidad tener una pena igual o mayor que su

comercialización/utilización. Por ello, es insostenible argumentar que las bombas molotov pueden considerarse artefactos explosivos o incendiarios conforme al art. 3°. En efecto, si un tribunal hiciera semejante interpretación, se daría la paradoja de que la tenencia de un cóctel molotov implicaría una pena de 3 años y 1 día a 10 años, mientras que se comercialización o fabricación sólo arriesgaría una pena de 3 años y 1 día a 5 años, y arrojarla en la vía pública o en el aeropuerto también implicaría una pena de 3 años y un día a 5 años.

- iv) Tampoco puede considerarse que los artefactos de baja intensidad son armas del art. 2°, dado que no encajan en ninguno de los elementos descritos en dicha norma. Además, justamente la ley 20.813 eliminó el vocablo “bombas” del art. 2 d), en el cual se podrían haber subsumido las “bombas” molotov. Asimismo, debe descartarse que los artefactos de bajo poder intensivo estén incorporados en el art. 2° d) al comparar el poder destructivo de aquéllos con el de los elementos de ese precepto. En efecto, no parece razonable sostener que la tenencia de un cóctel molotov sea análogo –en cuanto a su peligrosidad- a explosivos de uso industrial o minero, por ejemplo, TNT.

Por lo demás, si se interpretara que las bombas molotov son elementos del art. 2°¹⁰, se repite un problema similar al enunciado en el punto iii): la tenencia de una molotov tendría la misma pena que su fabricación (3 años y 1 día a 5 años), y que arrojarla en el aeropuerto o la vía pública. Ello sin perjuicio de que no podría considerarse incluido este elemento en el art. 2° sin infringir gravemente el principio de tipicidad¹¹.

- v) Finalmente, si consideramos los argumentos expuestos, la conducta de portar/tener armas es menos grave que la de comercializarlas/fabricarlas; y por otro lado, los artefactos de baja peligrosidad tales como bombas molotov son elementos menos peligrosos que aquéllos cuyo porte/posesión/tenencia se tipifican en los art. 2° y 3° en relación con los art. 9° y 13°-14°, respectivamente. Por consiguiente, es factible sostener que la nueva LCA no tipifica la conducta de porte/tenencia/posesión de artefactos de baja intensidad. Por ende, quien porta una bomba molotov, conducta que expresa una

¹⁰ En este caso, sólo parece sostenible argüir que las molotov y otros artefactos análogos son elementos del 2°e), cuando ello sea procedente. No obstante, no todos los artefactos de baja intensidad emplearán sustancias químicas, y en general dicha letra se refiere a sustancias químicas susceptibles de ser utilizadas para fabricar armas de mayor poder destructivo (explosivos, cohetes, etc.), con la excepción de las bombas lacrimógenas.

¹¹ Ello al menos en el caso de los cócteles molotov. Eventualmente, respecto de otros ABP podría no aplicar el argumento de la tipicidad (por ejemplo una ABP corrosivo podría considerarse a primera vista incluido en el art. 2 e). No obstante, en este caso subsisten los demás argumentos desarrollados en relación a las penas.

dañosidad social relativamente baja, podrá ser sancionada, eventualmente y de cumplirse los requisitos del tipo, por el delito de desórdenes públicos (art. 269) u otros, pero no conforme a la LCA. Incluso en la historia de la ley de armas se aprecia que el legislador atribuye un peligro bajo a dicha conducta. Así, en relación al tratamiento diferenciado de los artefactos de baja peligrosidad en el art. 14 D, el Ministerio del Interior, manifestó que *“es atendible la idea de no hacer diferenciaciones respecto del lugar donde se coloca un artefacto explosivo, por las razones anteriormente señaladas por el Honorable Senador señor Harboe. **Con todo, manifestó que la referida distinción podría mantenerse en el caso de las bombas molotov, pues su porte en lugares deshabitados es particularmente poco riesgosa**”*¹².

Cabe también hacer presente que los delitos de porte/tenencia/posesión, se fundan en un adelanto extraordinario de la punibilidad. En ese sentido, es pertinente citar nuevamente el fallo del TOP de Santa Cruz, en causa RIT N°20-2011, el cual, al absolver por los delitos de tenencia de armas y municiones indicó que ese delito requería la producción de un peligro concreto, *“Máxime si estamos en presencia de una figura penal excepcional, que no requiere un resultado dañoso sino el mero peligro de causarlo, adelantando la normal punibilidad de la conducta humana, lo que lleva a aplicarla de modo estricto y atendiendo siempre al bien jurídico tutelado”*. Este adelanto excepcional de la punibilidad sólo es comprensible si el porte/tenencia/posesión recae sobre elementos de alta peligrosidad, pero no en el caso de artefactos como los cócteles molotov, a los cuales se les aplican penas bajas incluso en relación a conductas más graves que su porte/tenencia, tales como su comercialización o colocación o disparo.

4. ¿Qué se entiende por “dispositivos”, en el marco del art. 2° de la LCA?

a) Regulación legal:

Este concepto fue agregado en el artículo 2°, letras b), d), y f) de la LCA. En la letra b), el concepto “dispositivo” fue incorporado a continuación de la frase “y sus partes” y antes de la frase “y piezas”, en la disposición que somete a control las armas de fuego.

¹² Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 452-453.

En la letra d), este concepto fue agregado en el marco de una renovación casi completa de la disposición, que se restringió al control de “los explosivos y otros artefactos de igual naturaleza” –eliminando las “bombas”-. También aquí el vocablo se introduce luego de la frase “sus partes”, y antes de la frase “y piezas”.

En la tercera norma citada –letra f)- este concepto fue utilizado luego de la frase “sus partes”, y antes de la palabra “piezas”, en una disposición que somete a control a los fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos de igual naturaleza.

En consecuencia, la primera pregunta que surge es si el uso del concepto “dispositivo” posee el mismo sentido al interior de cada uno de los preceptos citados. La siguiente cuestión que se debe resolver es si existe alguna diferencia entre este concepto, y los de “partes” o “piezas” del arma, y cuál es el efecto de su incorporación por el legislador.

b) Significado del concepto “dispositivos” en el marco del art. 2°.

En primer lugar, para determinar el significado del vocablo, es necesario remitirse a los argumentos vertidos durante la tramitación del proyecto de ley en el Parlamento. En segundo trámite constitucional, al interior de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Cristián Salas -Representante de la Federación Chilena de tiro práctico- sostuvo lo siguiente: *“el control de las partes, piezas y dispositivos de un arma no es posible de realizar, toda vez que éstos no llevan un número de serie que permita identificarlos, por lo que tampoco existe un registro de estos elementos ni será posible de llevar a cabo. ¿Cómo colocarle un número de identificación a un perno o un resorte? (...) si bien consideramos que algunas partes de un arma deben de estar controladas y fiscalizadas, por razones fácticas solo se podría llevar un registro del armazón del arma, su corredera y del cañón”*¹³.

Por su parte, el senador Baldo Prokurica precisó que *“la proposición intenta regular a quienes burlan la ley internando o transportando piezas o dispositivos aislados, que, en conjunto, pueden conformar un arma de fuego completamente operativa.”*¹⁴

Ahora bien, la Real Academia española, en su última versión, entiende por “dispositivo” el *“mecanismo o artificio para producir una acción prevista”*¹⁵. Si analizamos los elementos contemplados en las letras del art. 2° en los cuales se agrega la palabra “dispositivos” –armas de fuego, explosivos y fuegos artificiales-

¹³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 332

¹⁴ *Ibíd.*, p. 380.

¹⁵ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=N6c0T0fWxDXX241b0xi3>

podemos observar que su carácter esencial es que su percusión requiere liberación de energía mediante un mecanismo interno. Este mecanismo interno, como se desprende de la definición de la RAE, es el dispositivo, mecanismo que produce la percusión.

Así, el dispositivo en estos casos, en el sentido de la definición citada, actúa como un mecanismo necesario para producir la acción del disparo o la explosión. Así, se diferenciaría de las “partes” o “piezas” en que éstas solo responden a fines estructurales del arma en cuestión (como el armazón), en tanto que el dispositivo aporta en la generación y transmisión de la energía.

El art. 3° del Reglamento de la LCA define en sus N°1, 2 y 3 los conceptos de “partes”¹⁶, “piezas”¹⁷, “accesorios y dispositivos” respectivamente. Los *accesorios y dispositivos* son definidos como *“elementos complementarios y auxiliares, no componentes del elemento completo, tales como tornillos, tuercas, muelles, percutores, cantoneras y otros, que posibilitan la activación o funcionamiento del elemento”*. Es necesario observar que ambos conceptos – esto es, “accesorios” y “dispositivos”- se definen en forma conjunta, pese a que el concepto de “accesorio” es mucho más amplio que el de dispositivo, siendo este vocablo el que permite incorporar los elementos que se dan como ejemplos (entre ellos, tornillos y tuercas), los cuales no pueden calificarse de dispositivos. Sin embargo, el legislador, en conocimiento de que el reglamento define los “accesorios y dispositivos” conjuntamente, sólo incorporó dentro del inciso 2° de la nueva LCA el concepto más restrictivo de “dispositivos”, sin aludir a los “accesorios”, siendo lo esencial del dispositivo el que posibilita la activación del elemento, como bien señala la definición reglamentaria y la analizada de la RAE. De ello se deduce que el legislador incorpora al art. 2°, en las letras citadas, “dispositivos” como los percutores, pero no “accesorios” como los tornillos.

Otro aspecto a tener en consideración es que el legislador somete a control las armas de los art. 2° b), d) y f), así como “sus partes, dispositivos y piezas”. Es decir, la ley utiliza entre estos vocablos la conjunción copulativa “y”, y no la conjunción disyuntiva “o”, como pretendía el senador Prokurica. Por consiguiente, para que se configure un delito de la LCA –por ejemplo, porte/tenencia- en relación a alguno de los elementos de las letras referidas, la conducta debe recaer sobre las “partes, dispositivos y piezas”, y no solamente sobre alguno de dichos elementos. Así, por ejemplo, no basta con el mero porte del cañón para que se configure el delito de porte de armas, sino que es necesario que el sujeto porte también el dispositivo que permite la percusión. Tampoco las piezas por separado, o la unión ineficaz de ellas, resultan subsumibles en el tipo penal (por ejemplo,

¹⁶ “Son aquellos conjuntos en los que puede ser separado o subdividido físicamente el elemento completo, sea éste arma, medio de combate, objeto explosivo, munición o artefacto”.

¹⁷ “Son elementos componentes importantes de las partes, ya sea por su finalidad, tecnología de fabricación, su peligrosidad o sus efectos; y que no sean de uso común en el mecanismo de otros elementos diversos”.

tubo de cobre, resortes, etc.). En el art. 2° d) la ley da un parámetro del tipo de dispositivos o partes que se requieren, al señalar que se sujetan a control los explosivos de uso legítimo, así como sus partes, dispositivos y piezas **“incluyendo los detonadores y otros elementos semejantes”**. El ejemplo que escoge el legislador –detonador- es el dispositivo por excelencia en el caso de los explosivos del 2° d), siendo una parte esencial del arma.

De esta manera, la incorporación efectuada por el legislador precisa los elementos sujetos a control en las letras b), d) y f), restringiendo por tanto la penalización de las conductas que recaen sobre esos elementos. De este modo, la argumentación referida es consistente con la exigencia de que la conducta debe implicar un peligro concreto para el orden público para constituir un delito de la LCA. Así, la tenencia, porte, tráfico u otras conductas sobre las “partes, dispositivos y piezas”, sólo son punibles si efectivamente representan un peligro concreto para el orden público, siendo difícil constatar la existencia de un peligro real en caso de un mero porte de una parte del arma, faltando el dispositivo u otras piezas que la puedan hacer operativa.

5. Nuevo régimen de la LCA en relación a las armas inscritas.

Este capítulo tiene por objeto analizar en general el estatuto de las conductas ilícitas efectuadas con armas inscritas, poniendo especial énfasis en las modificaciones introducidas por la ley 20.813. Sin duda, las modificaciones más relevantes en la materia consisten en la conversión en meras faltas administrativas de conductas que antes eran ilícitos penales, cuyo juzgamiento pasa a ser de competencia de la Dirección General de Movilización Nacional (en adelante, DGMN).

Como ya se señaló, por armas inscritas se entienden aquellas armas del art. 2° -en cualquiera de sus letras- cuya posesión o tenencia se encuentran autorizadas conforme a la normativa de la LCA. Por consiguiente, quedan excluidas las armas del art. 3° (prohibidas) y las del art. 2° que no han sido inscritas (armas ilegales).

a) ¿Qué armas se pueden inscribir, y quién puede autorizarlas?

Esta materia no fue modificada por la ley 20.813. El art. 5° prescribe que *“Toda arma de fuego que no sea de las señaladas en el art. 3° deberá ser inscrita a nombre de su poseedor o tenedor ante las autoridades indicadas en el artículo anterior”*. Por su parte, el art. 4° indica que las armas del art. 2° a) –material de uso bélico- sólo podrán ser autorizadas por la DGMN, mientras que en el caso de

las demás armas del art. 2º, la autorización se puede otorgar por las autoridades fiscalizadores, es decir, por las Fuerzas Armadas o por Carabineros¹⁸.

b) La situación previa a la entrada en vigencia de la ley 20.813.

La Minuta sobre “Ley de Control de Armas” de la Defensoría Nacional del 3 de agosto de 2005¹⁹ describe con precisión cuál era el régimen legal de las conductas ilícitas relativas a armas inscritas antes de la entrada en vigencia de la ley 20.813, basándose en parte de la jurisprudencia²⁰ sobre los tipos penales de los antiguos art. 9º (tipificaba posesión/tenencia ilegal) y 11º (tipificaba porte ilegal) de la LCA.

En dicha minuta se señalaba que *“Para discriminar entre los delitos de posesión o tenencia (art. 9), por un lado, y de porte (art. 11), por otro, es necesario determinar el tipo de arma respecto de la cual se realiza la conducta: **si es un arma inscrita estamos ante un delito de porte, si es un arma no inscrita será uno de posesión o tenencia. Sólo en el delito de porte el lugar es determinante para calificar el hecho**”*.

Así, se entendía que *“En el porte el arma está inscrita y existe una autorización administrativa para su posesión legítima. De esta forma, dicho porte es ilegal cuando se infringe la autorización administrativa de posesión o tenencia. **Por lo tanto, quien saca el arma del ámbito autorizado por la inscripción, comete el delito**”*²¹. En cambio, se afirmaba que *“**El delito de posesión o tenencia ilegal de armas supone un arma no inscrita, aquí el injusto consiste en sustraerse al control administrativo y no en quebrantar una autorización que, en este caso, no existe. Por lo tanto, el delito se comete cuando no se inscribe un arma tenida o poseída, sin importar el lugar donde ello ocurra: respecto del arma no inscrita todo lugar es prohibido**”*²².

Por consiguiente, bajo la antigua ley era factible sostener que el estatuto era el siguiente:

¹⁸ Ver art. 4º inciso 3º de la LCA y art. 11º del Reglamento de la LCA.

¹⁹ Minuta sobre Ley Sobre Control de Armas de la Defensoría Penal Pública del 3 de agosto de 2005. En <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=4424>

²⁰ La jurisprudencia es muy vacilante en este sentido. La Corte Suprema, en causa 2424-1996 hace un análisis similar al que hace la minuta citada, diferenciando claramente entre las conductas de porte –que busca impedir el uso de armas- y de tenencia, que tiene por objeto mantener el control de las mismas. En sentido inverso, hay fallos que consideran que el porte absorbe la figura de la tenencia, existiendo un concurso aparente entre ambas. En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago causa Rol 9928-1999 y Corte de Apelaciones de San Miguel causa Rol 2969-1998.

²¹ Minuta sobre Ley Sobre Control de Armas de la Defensoría Penal Pública del 3 de agosto de 2005, p. 3. En <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=4424>

²² Ibid.

Tipo de arma	Lugar privado autorizado	Lugar privado no autorizado	Vía pública
Inscrita	Posesión/tenencia legal	Porte ilegal	Porte ilegal
No inscrita	x	Posesión/tenencia ilegal	Posesión/tenencia ilegal

- c) La tenencia del arma inscrita en lugar no autorizado, y el porte de arma inscrita no autorizado bajo la nueva ley.

Actualmente, la LCA regula las conductas infractoras a la tenencia/posesión y porte de arma inscrita en los art. 5°B y 11° de la LCA.

El primer precepto citado sanciona la tenencia o posesión en lugar distinto al autorizado. El inciso primero del art. 5° B señala que *“El poseedor o tenedor de un arma inscrita que la tenga en un lugar distinto de aquel declarado para estos efectos, **que se negase a exhibir el arma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º ... será sancionado con multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, que se impondrá por la Dirección General de Movilización Nacional mediante acto administrativo fundado”**.*

Antes de la modificación legal, como se explicó en el numeral anterior, esta conducta se consideraba constitutiva del delito de porte de armas tipificado en el antiguo art. 11° de la LCA, arriesgando por tanto una pena privativa de libertad, a menos que se considerase que se trataba de la hipótesis atenuada –conducta no contraria al orden público- imponiéndose en dicho caso una pena de multa.

Bajo el nuevo régimen legal, esta conducta pasa a ser siempre un mero ilícito administrativo, siendo el organismo competente para imponer la sanción la DGMN, conforme a la normativa de la ley 19.880 (que regula los procedimientos administrativos). **Por consiguiente, la persecución y sanción de este ilícito ya no es de competencia de los tribunales penales. Por lo tanto, en caso de procesarse penalmente este ilícito, la primera alegación del defensor deberá ser siempre alegar la falta de competencia del tribunal y del Ministerio Público.**

Sin perjuicio de lo anterior, para que se configure el ilícito descrito en el art. 5° B se requiere que previamente se realice la correspondiente fiscalización, cuyo procedimiento se regula exhaustivamente en el art. 5° de la LCA. Al respecto, la norma indica que *“La fiscalización referida no facultará a quien la practique para*

ingresar al domicilio del fiscalizado” y que “si el poseedor o tenedor no es habido, no podrá practicarse la fiscalización”. Por consiguiente, si un imputado llega detenido por un ilícito descubierto en el marco de la citada fiscalización, debe examinarse si la fiscalización fue legal: si se ingresó al domicilio sin otro motivo que fiscalizar, o bien en ausencia del tenedor inscrito, la evidencia encontrada en dicho domicilio (drogas, otras armas, etc.) es ilegal.

Por su parte, el nuevo art. 11° de la LCA sanciona a quien **“teniendo el permiso para su posesión o tenencia, portaren o trasladaren armas de fuego de las señaladas en la letra b) del artículo 2° fuera de los lugares autorizados para su posesión o tenencia y sin alguno de los permisos establecidos en los artículos 5° y 6° serán sancionados con una multa administrativa de 7 a 11 unidades tributarias mensuales”**.

A diferencia del ilícito previsto en el art. 5°B, que sólo resulta aplicable –en lo pertinente a esta minuta- al poseedor/ tenedor inscrito **que se niega a exhibir el arma** en el marco de una fiscalización efectuada en conformidad al art. 5°, en el art. 11° se sanciona al poseedor/tenedor inscrito que “extrae” el arma de los lugares autorizados sin cumplir con los requisitos legales. Habría que entender entonces que si el sujeto mantiene el arma en un domicilio distinto, pero al ser fiscalizado exhibe el arma voluntariamente, no se configura la falta del art. 5° B (pues no se rehúsa a exhibir el arma), sino que aquella contemplada en el art. 11°. Esta interpretación es problemática, porque la multa contemplada en el art. 11° es más elevada que aquella señalada en el art. 5°B.

Al igual que en el caso del art. 5° B, la conducta sancionada en el art. 11° es una falta administrativa, siendo competente para su conocimiento y sanción la DGMN²³. Por consiguiente, también son incompetentes los órganos del sistema penal para conocer de este ilícito administrativo.

El nuevo art. 11° plantea un problema interpretativo. A diferencia del art. 5° B, que sanciona al “poseedor o tenedor de un **arma inscrita** que la tenga en un lugar distinto”, el art. 11° sanciona el porte de **“armas de fuego de las señaladas en la letra b) del artículo 2° fuera de los lugares autorizados”**. Como puede observarse, el concepto de *armas* que utiliza el art. 5°B tiene un alcance más genérico que el de los elementos del art. 2° b), que emplea el art. 11°. Así, si bien es posible argüir que elementos tales como las municiones o los explosivos caben dentro del concepto genérico de *armas*, pudiendo cometerse con ellos el ilícito del art. 5°B; estos elementos no están comprendidos en el art. 2°b), y por ello no puede cometerse con ellos el ilícito del art. 11°.

²³ El legislador utiliza la misma terminología -“multa administrativa”-, en el art. 10° A, que contempla la falta de poner imprudentemente armas inscritas en poder de un menor, y en el art. 9°A, al sancionar faltas relativas a ventas ilícitas de armas.

¿Qué sucede entonces con el sujeto que, teniendo un arma inscrita, porta municiones autorizadas fuera del lugar autorizado? Es evidente que el sujeto no incurre en la falta administrativa sancionada en el art. 11° de la LCA. ¿Es entonces esta conducta constitutiva de porte de arma ilegal conforme al nuevo art. 9°? Si nos atenemos al espíritu de la ley 20.813 –convertir los ilícitos relativos a armas inscritas en faltas administrativas-, y a lo señalado previamente en esta minuta –es decir, que los delitos de la LCA requieren una afectación concreta del orden público- es indudable que esta conducta es impune. Justamente, se trata de un caso irrefutable en que la conducta no es peligrosa para el bien jurídico protegido: tanto es así que en caso de portarse el arma inscrita –conducta análoga al porte de las municiones- el legislador establece que debe aplicarse apenas una sanción administrativa.

d) La modificación al art. 9° A de la LCA: ilícitos relativos a convenciones sobre municiones y cartuchos.

Este capítulo se centrará principalmente en analizar cuál es la sanción aplicable bajo la nueva ley a las conductas que antiguamente se sancionaban en el art. 9° A de la ley 20.813.

i) Modificaciones introducidas por la ley 20.813:

Este precepto legal fue modificado íntegramente por la ley 20.813. Los cambios consisten en:

- Antes se penaban conductas referidas tanto a la adquisición de municiones o cartuchos (N°1 y N°2 del antiguo art. 9° A) como a la venta de los mismos elementos (N°3 y N°4 del mismo precepto). Tras la modificación legal, sólo se tipifican en esta norma conductas relativas a la venta de municiones y cartuchos.
- La norma, que antes establecía una pena privativa de libertad (presidio menor en cualquiera de sus grados), pasa a establecer una pena de multa administrativa de 100 a 500 UTM, siendo el organismo competente para imponerla la DGMN.
- Antes la norma exigía, para sancionar, que se tratase de conductas realizadas “a sabiendas”, por el sujeto activo. Por consiguiente, se exigía dolo directo. Este requisito se elimina en el nuevo art. 9°A, siendo suficiente el dolo eventual para que la conducta sea subjetivamente imputable.

ii) Las conductas previstas en el art. 9°A antes de la ley 20.813:

- Art. 9° A N°1 antiguo: El que no siendo poseedor/tenedor o portador de un arma inscrita adquiere municiones o cartuchos: En esta hipótesis, el legislador exasperó excesivamente la pena. Esto por cuanto la ley 20.813 eliminó esta conducta del art. 9°A, y paralelamente agregó dentro de los verbos rectores del tipo penal previsto en el art. 10° (tráfico de armas) los de **“ofrecer”** y **“adquirir”**. Así, quien ilegalmente adquiere municiones o cartuchos sin autorización, siempre que dicha conducta implique un peligro concreto para el orden público, podría ser imputado aparentemente por el ilícito contemplado en el art. 10°, el cual, tratándose de elementos del art. 2° c), se sanciona con una pena de presidio mayor en su grado mínimo. Por consiguiente, a primera vista se podría afirmar que la conducta pasa de arriesgar una pena de 61 días a 5 años –antigua pena del art. 9°A-, a estar sancionada con una pena de 5 años y 1 día a 10 años, sin perjuicio de los argumentos que se exponen más adelante.

- Art. 9°A N°2 antiguo: El que teniendo/poseyendo o portando armas inscritas, adquiere municiones o cartuchos que no corresponden al calibre del arma inscrita. Esta conducta también fue eliminada del art. 9° A por la ley 20.813. Si bien en principio esta conducta también podría considerarse comprendida en el tipo penal del art. 10° -por los mismos motivos indicados en relación a la conducta anterior-, hay que tener presente una vez más el espíritu de la ley 20.813, que otorga un tratamiento privilegiado a las armas inscritas. Por consiguiente, habría que distinguir cual es el objeto de las municiones compradas. Sabido es que algunas armas pueden disparar distintos tipos de cartuchos, e incluso, puede operar con calibres distintos²⁴. Por ello, si el sujeto compra municiones distintas, pero que son operativas con el arma inscrita, teniendo una justificación razonable, no comete el delito del art. 10°, pues es claro que la conducta no es peligrosa para el orden público.

- Art. 9° A N°3 antiguo: sancionaba la venta de elementos del art. 2°c), sin autorización conforme a la ley. Esta conducta pasa a estar tipificada en el art. 10° de la LCA, arriesgando una pena de presidio mayor en su grado mínimo. Distinta es la situación en que el vendedor está autorizado para vender, pero incurre en algunas de las situaciones comprendidas en el nuevo art. 9°A, esto es:
 - Si la venta se realiza a quien no tiene autorización para tener, poseer o portar armas. (nuevo art. 9°A N°1).Esta hipótesis es justamente la inversa a la prevista en el antiguo N°1, reemplazando la conducta de comprar por la de vender.

²⁴ http://www.municion.org/12_70/12_70.htm; <http://world.guns.ru/handguns/hg/de/hk-4-e.html>

- Si se venden a poseedor/tenedor o portador inscrito municiones o cartuchos de un calibre distinto al que le ha sido autorizado al comprador. (nuevo art. 9°A N°2).
- Si la venta se realiza a poseedor/tenedor o portador inscrito, sin dar cumplimiento a obligaciones del art. 4° inc. 4° de la LCA, esto es, individualización completa del comprador y el arma vendida en cada acto, y dar cumplimiento a las obligaciones reglamentarias. (nuevo art. 9°A N°3).

En los casos referidos el vendedor sólo incurre en la pena de multa prevista en el nuevo art. 9° A.

- Art. 9° A N°4 antiguo: sancionaba a quien, estando autorizado para vender municiones o cartuchos, omitiere registrar la venta con la individualización del arma y del comprador. Esta conducta, levemente modificada, pasa a estar sancionada en el nuevo N°3 del mismo art., asignándosele sólo una pena de multa, y por consiguiente, un tratamiento más benigno. La modificación, como se indicó antes, consiste en que el nuevo N°3 se refiere sólo a la venta a poseedores/tenedores inscritos, y además en que exige que el vendedor cumpla con las obligaciones que establezca el reglamento en la materia, bajo pena de incurrir en la multa señalada.
- iii) La situación del adquirente de los antiguos art. 9° A N°1 y 2° bajo la nueva ley.

En realidad, es absolutamente incomprensible que se hayan eliminado las conductas de adquisición de armas del antiguo art. 9° A N°1 y 2°, agregando además el verbo “adquirir” en el tipo de tráfico y fabricación de armas del art. 10°. De esta manera, se otorga un tratamiento privilegiado al vendedor de municiones que incurre en ciertos ilícitos, trato que se le deniega al comprador que incurre en idénticas conductas.

Ello no tiene sentido si se analiza la historia de la ley. Justamente, el profesor Matus explicó que *“la idea es contemplar una única disposición para las infracciones relativas a la adquisición de municiones y cartuchos, reservando para el artículo siguiente las situaciones más graves, que constituyen derechamente tráfico”*²⁵. Matus quería mantener las conductas de “adquisición” en el art. 9°A con una pena privativa de baja intensidad, añadiendo un art. 9°B con una pena más

²⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 430

alta para los casos de venta²⁶. Mientras tanto, el senador Prokurica añadió que ***“la atención de la persecución penal debería centrarse en el establecimiento que vende ilegalmente municiones, lo que no obsta a que el comprador no autorizado también sea sancionado, aun cuando no en la misma escala”***²⁷.

Entonces, no se comprende por qué el legislador eliminó los antiguos N°1 y 2 del art. 9°A, añadiendo paralelamente el verbo rector “adquirir” en la figura de la fabricación y tráfico de armas del art. 10°. Los argumentos que se pueden utilizar para evitar que estas conductas sean subsumidas en el tipo penal del art. 10° son:

- El sentido de la ley al incluir el verbo rector “adquirir” en el art. 10° no es claro, por lo que debe interpretarse a la luz de la historia de la misma. Así, el legislador eliminó los tipos penales de adquisición contemplados anteriormente en el art. 9°A N°1 y N°2, y paralelamente estableció una mera multa administrativa a las mismas conductas cuando están son realizadas por el vendedor. Dado que el mismo legislador, como consta en la historia de la ley, considera que dichas conductas son más graves cuando son realizadas por el vendedor que cuando las efectúa el adquirente²⁸, sólo es posible concluir que dichas conductas son impunes cuando las realiza el comprador.

- El tipo penal del art. 10° de la LCA tiene por objeto sancionar conductas relativas al tráfico de armas. Se trata de un tipo penal particularmente severo, que lleva asociada una pena de crimen en caso de recaer sobre elementos del art. 2 c). Por tanto, la incorporación del verbo “adquirieren” al tipo penal ineludiblemente se refiere a una conducta análoga – en cuanto a disvalor de acción y peligrosidad de la conducta- al tráfico de armas. Sólo cumple con dichas características una adquisición que es funcional al tráfico o proliferación de armas. Por ello, si la adquisición de municiones por un tenedor/poseedor se enmarca dentro de las antiguas conductas del art. 9° A N°1 o N°2, al no tener éstas por objeto el tráfico de armas, no configuran el delito del art. 10°, siendo conductas impunes.

- Finalmente, siempre puede argumentarse que la conducta imputada no genera un peligro concreto para el orden público, requisito que, como se ha indicado previamente, debe exigirse en cualquier delito contemplado en la LCA.

Sin perjuicio de los argumentos expuestos para evitar una errónea aplicación del art. 10° a estas hipótesis, al comprador de municiones no autorizadas, bajo la ley actual, incurre en el delito de porte o tenencia del art. 9°, siempre que dicha conducta efectivamente genere un peligro concreto para el orden público.

²⁶ Por ello, señaló que *“el establecimiento que vende ilegalmente comete tráfico de municiones, que es un ilícito más grave, sancionado con una pena mucho mayor, tal como se propone en la disposición que sigue”*.

²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 430.

²⁸ Como sucede, por lo general, con cualquier transacción de objeto ilícito. Piénsese por ejemplo, en las transacciones de drogas.

En el siguiente cuadro comparativo se sintetizan las conclusiones expuestas en relación a las conductas de **adquisición de municiones o cartuchos**:

Conducta:	Antes Ley 20.813	Después Ley 20.813
Adquisición de municiones por poseedor/tenedor no autorizado	Art. 9° A N°1 (61 días a 5 años)	Impune o eventualmente tenencia/porte de municiones del nuevo art. 9°, dependiendo de si genera peligro concreto.
Adquisición de municiones de calibre distinto al del arma inscrita por el comprador.	Art. 9° A N°2 (61 días a 5 años)	Impune o eventualmente tenencia/porte de municiones del nuevo art. 9°, dependiendo de si genera peligro concreto.
Adquiere para futuro tráfico (reventa o adaptación)	Art 10° (antes era subsumible en este tipo por verbo “celebrar convenciones”).	Art. 10°: para este caso se agregó especialmente el verbo rector “adquirir”.

- e) El nuevo tipo penal del art. 10°A: la entrega o puesta a disposición de armas en poder de menores.

Se trata de un tipo penal con características distintivas dentro de la LCA, por cuanto:

i) Las conductas en él sancionadas sólo se pueden cometer con armas o elementos sujetos a control que se encuentren autorizadas. Si la entrega o puesta a disposición de un menor se refiere a un arma prohibida del art. 3°, o bien a un arma no autorizada del art. 2°, el sujeto activo incurrirá en los delitos de porte/tenencia/posesión sobre el elemento que corresponda, cometiendo los tipos penales de los art. 9°, 13° o 14°, según el caso. Incluso podría incurrir en el delito de tráfico de armas del art. 10°, si se trata de una entrega dolosa que tiene por objeto poner el arma a disposición del menor. En efecto, el inc. 4° del art. 10°

prescribe que “*Si la distribución, entrega, oferta o celebración de convenciones a que se refieren los incisos anteriores se realizare con o para poner a disposición de un menor de edad dichas armas o elementos, se impondrá el grado máximo o el máximo del grado de la pena correspondiente en los respectivos casos*”²⁹.

ii) Rompe con el criterio general del legislador de convertir los delitos de arma inscrita en meras faltas administrativas, asociando aquí una pena privativa de libertad a ilícitos con armas autorizadas. El objetivo el legislador es evidente, y consta en la historia de la ley: “*El asesor del Ministerio de Defensa Nacional, señor Juan Francisco Galli, destacó que la propuesta persigue incorporar una nueva figura que se haga cargo de una realidad que se ha vuelto habitual, cual es la entrega de armas a menores de edad para que cometan ilícitos amparándose en su inimputabilidad*”³⁰. Además, miembros de la Comisión de Defensa Nacional afirmaron que es “*imprescindible dar una señal clara a la delincuencia, en el sentido de que quienes involucran a menores armados para la comisión de delitos serán severamente sancionados*”³¹.

En este art. se sancionan tres conductas distintas:

i) El que **entregare** a un menor de edad un elemento autorizado del art. 2° letras a), b), c), d) y e), será sancionado con presidio menor en su grado mínimo (inc. 1°). El verbo entregar, de acuerdo a la RAE, consiste en “*Poner en manos o en poder de otro a alguien o algo*”³². Como bien se desprende de los pasajes citados de la historia de la ley, el tipo penal tiene por objeto impedir que se involucre a menores en la comisión de delitos. En consecuencia, conductas tales como exhibir el arma al menor, o bien permitirle tocarla o explicarle el funcionamiento de la misma, no son subsumibles en este tipo penal, atendido que el arma no está realmente en poder del menor, sino que continúa en poder del sujeto autorizado. De esta manera, conductas como las citadas no vulneran el ámbito de protección de la norma.

ii) El que **permita** que un menor de edad **a su cargo tenga en su poder** alguno de esos elementos autorizados (inc. 2°). Esta conducta se diferencia principalmente de la conducta sancionada en el inc. 3° -que se analiza a continuación- debido a que exige dolo, mientras que la del inc. 3° constituye un delito culposo. Por ende, para que se puede condenar por este ilícito es necesario que al menos se acredite el dolo eventual del poseedor o tenedor autorizado.

²⁹ Nuevamente debe tenerse presente aquí que para imputarse en este caso el delito del art. 10° tiene que haberse infringido el ámbito de protección de dicho tipo penal, consistente en evitar el tráfico y proliferación de armas.

³⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 174

³¹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 175.

³² <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=EtR1zp06SDXX2n9R4yBY>

Por otra parte, atendido el principio de interpretación restrictiva³³ de los tipos penales, por “tener el menor a su cargo”, debe entenderse que el imputado tiene la custodia legal del menor, o en el peor de los casos, que tiene la custodia fáctica del mismo. Así, si “B”, poseedor autorizado, invita a su casa a su amigo “C”, concurriendo éste acompañado de su hijo menor de edad; y luego “B” permite que el menor se quede con el arma un par de días, “B” no incurre en este ilícito, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del menor o de “C” por el porte. Ello porque claramente “B” no tiene la custodia del hijo de “C” en dicho caso.

Finalmente, por “**tener en su poder**” se entiende que el menor efectivamente debe tener la capacidad de al menos utilizar el arma. En efecto, atendiendo el objetivo de la norma –evitar la involucración de los menores en delitos- y considerando también que los delitos de la LCA exigen al menos un peligro concreto para el orden público, si el menor tiene materialmente el arma en sus manos, pero bajo la vigilancia del poseedor/tenedor autorizado, y dentro del espacio físico autorizado –por ejemplo, la vivienda del tenedor- no pudiendo usar o disponer del arma libremente, no puede afirmarse que el imputado ha permitido que el arma esté en poder del menor. El concepto es similar al de la esfera de custodia en los delitos contra la propiedad: así como el hurto sólo se consuma cuando el sujeto saca la cosa de la esfera de custodia, y no cuando simplemente la toma, el menor sólo tiene el arma en su poder cuando se rompe la “esfera de poder” del tenedor autorizado, quien permite que el arma pase a poder ajeno.

iii) El poseedor autorizado cuando por su mera imprudencia los elementos referidos queden en poder de un menor de edad a su cargo (inc. 3°). Este ilícito es similar al descrito en el inc. anterior, con las siguientes diferencias:

- Se sanciona la misma conducta descrita en el inc. 2°, pero cuando esta se realiza en forma **imprudente**. Exige una imprudencia leve –*mera imprudencia*- al igual que el tipo penal del art. 492 del Código Penal, pero a diferencia de éste no exige que necesariamente el sujeto activo incurra en una infracción de reglamentos. Ello es relevante por cuanto el ilícito se puede configurar incluso si el sujeto autorizado cumple con todas las normas de seguridad que exige el reglamento³⁴.

³³ “Lecciones De Derecho Penal Chileno, Parte General”, Politoff, Matus y Ramirez, Editorial Jurídica, 2° ed., 2006, vol. 1, p.110. Los autores citan a Bello al respecto: “Pero como advierte el propio BELLO al anotar el CC, la determinación del sentido literal posible es sólo el punto de partida de la labor interpretativa: “En las leyes penales se adopta siempre la interpretación restrictiva: si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición”.

³⁴ El Reglamento contiene múltiples normas de esta clase. Por ejemplo, en el art. 187 del Reglamento se establecen ciertas medidas de seguridad que deben cumplir los usuarios inscritos como Coleccionistas, entre ellas guardar el arma tras “Puerta de seguridad con doble chapa y llaves”, medidas que no es necesario infringir para que se configure el ilícito en análisis.

- Este ilícito es una mera falta administrativa, que arriesga una multa de a 3 a 7 UTM. Su procesamiento y sanción son de competencia de la DGMN.

Como puede observarse, las tres conductas tienen en común que deben recaer necesariamente sobre elementos autorizados de las letras a),b),c),d), y e) del art. 2°. Por consiguiente, no comete este delito, por ejemplo, quien entrega un electroshock o artículos pirotécnicos a un menor.

f) Las armas inscritas en relación a otros ilícitos de la LCA.

- i) El delito del art. 8° de la LCA y las armas inscritas.

El delito del art. 8°, cuyo análisis se omite en esta minuta, pues se mantuvo casi intacto tras las modificaciones introducidas por la ley 20.813, sanciona en su inc. 3° a quienes organizaren, financiaren o pertenecieren a milicias privadas o grupos de combate, que estuvieren armados con alguno de los elementos del art. 2° de la LCA, con una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo³⁵.

No obstante ser posible que el delito en comento se cometa con armas inscritas –piénsese por ejemplo en algún cuerpo rebelde del ejército- se trataría de situaciones de difícil ocurrencia, por cuanto el Reglamento de la LCA limita la cantidad de armas autorizadas que puede poseer una persona natural o jurídica. En efecto, el art. 80° del Reglamento dispone que “**Las personas naturales o jurídicas podrán inscribir hasta dos armas de uso permitido. Estas podrán ser inscritas para fines de defensa personal, seguridad y protección, caza, deporte, colección, u otro que la D.G.M.N. autorice. Sin embargo, excepcionalmente por resolución fundada, la Dirección General podrá otorgar autorización para inscribir una mayor cantidad de armas de fuego, a personas debidamente calificadas que no sean deportistas, cazadores o coleccionistas**”.

Además, conviene recordar, en caso de que se trate de un grupo que opere con armas inscritas ajenas, que el sujeto que posee, tiene o porta un arma que se encuentra inscrita a nombre de un tercero comete eventualmente el delito de

³⁵ A diferencia de lo que sucede con las armas del art. 3°, en cuyo caso también se sanciona la mera ayuda en la creación y funcionamiento de estos grupos armados –aunque con una pena menor-, el art. 8° no sanciona esa conducta colaborativa cuando recae sobre elementos del art. 2°.

tenencia o porte ilegal, por lo que no se encuentra sujeto al régimen más benigno de las armas inscritas.

Por consiguiente, si un grupo armado opera con armas propias autorizadas, sus integrantes incurren en el tipo penal del art. 8° inc. 3°, siempre que se cumplan los requisitos legales³⁶.

- ii) El ilícito administrativo del art. 14° A de la LCA: el abandono de armas.

Este ilícito, preexistente a la ley 20.813, sufre algunas modificaciones:

- Se señala expresamente que se sólo es aplicable a armas autorizadas. El tipo penal señala que el sujeto activo del delito son *“los que, teniendo las autorizaciones correspondientes...”*.
- Se señala expresamente que se trata de una falta administrativa, siendo competente para su imposición la DGMN.

Atendida la naturaleza administrativa de este ilícito, el único aspecto relevante a dilucidar –para efectos de esta minuta- es qué sucede cuando se abandona un arma no autorizada. El problema es que, de acreditarse el abandono de un arma prohibida o ilegal, necesariamente se acreditó también su porte o tenencia previa. No obstante, en este caso, tal como se señaló en el primer capítulo de esta minuta, debe recordarse que nuestra jurisprudencia exige en la praxis un peligro concreto para condenar por delitos de LCA. En este caso, la voluntad ostensible del sujeto de deshacerse del arma es suficiente parece ser un indicio relevante de la falta de peligrosidad concreta del arma. Y, como se ha señalado, en ausencia de afectación al bien jurídico protegido, el tribunal debe absolver.

No obsta para arribar a la conclusión señalada que el arma haya sido abandonada bien por desconocimiento sobre la eximente del art. 14 C –entrega del arma a la autoridad sin mediar actuación previa de la autoridad de ninguna especie-o bien que, si en conocimiento de dicha norma, el sujeto prefirió abandonar el arma por miedo o desconfianza hacia la autoridad. Por otra parte, no es aplicable la conclusión esbozada si el sujeto abandonó el arma con el propósito manifiesto de ocultar su participación en la comisión de otros ilícitos, distintos del porte/tenencia. En dicho caso, el abandono no opera como manifestación de la falta de peligrosidad del porte/tenencia previo, sino que justamente es un indicador de la peligrosidad de la conducta.

³⁶ Este tipo penal exige expresamente que la conducta amenace la seguridad de las personas para que sea punible.

g) La “conversión” del ilícito administrativo en un ilícito penal. Reincidencia y cancelación.

Respecto de algunos ilícitos administrativos de la LCA, el legislador estableció que, en caso de reincidencia, se procede a cancelar la licencia, y una vez cancelada ésta, el arma pasa a ser ilegal, incurriéndose en el delito de la LCA que corresponda.

En concreto, se contempla expresamente esta situación en los siguientes artículos:

- Art. 5°B (tenencia o posesión del arma en un lugar distinto al autorizado y negativa a exhibirla): En caso de reincidencia se cancela la inscripción, pasando a ser ilegal el arma. Para efectos de la reincidencia, no se considerarán aquellas sanciones cuya aplicación tenga una antigüedad superior a cinco años
- Art. 9° A inc. 2° (ilícitos relativos a convenciones sobre municiones y cartuchos): *“si la infracción tuviere lugar por tercera vez, la sanción será la revocación de la autorización para vender armas”*. En este caso sólo se procede a la revocación tras la 3° infracción. En caso de seguir vendiendo armas tras la revocación, se incurriría en el delito de tráfico de armas del art. 10°.
- Art. 10°A, inc. 3° (arma autorizada queda en poder del menor por negligencia del poseedor autorizado). La norma referida señala expresamente que *“En caso de reincidencia, la sanción será la cancelación del permiso. Cancelado el permiso, el sancionado tendrá cinco días hábiles para entregar las armas o elementos respectivos a la Dirección General de Movilización Nacional, la que los destruirá. Transcurrido ese plazo sin haberse entregado el arma o los elementos, su posesión, porte o tenencia se considerarán ilegales y serán sancionados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° de esta ley”*. En necesario que el sujeto tenga conocimiento de que, en caso de haber transcurrido el referido plazo de 5 días, incurre en un ilícito penal. Por consiguiente, siendo el procedimiento aplicable para la cancelación de la licencia aquél contenido en la ley 19.880³⁷(Ley de procedimientos administrativos), el sujeto debe ser notificado de que el permiso le ha sido cancelado, así como de las consecuencias penales en caso de no entregar el arma en el plazo indicado³⁸. Si dicha notificación no se efectúa conforme a la ley, o bien el sujeto desconoce el referido plazo por cualquier otro motivo, no será posible

³⁷ Rige por ser el procedimiento supletorio general para sanciones administrativas. Además, la LCA hace referencia a dicho procedimiento al referirse al ilícito administrativo regulado en el art. 5°B.

³⁸ La ley 19.880 regula la forma en que deben efectuarse las notificaciones en los art. 45 a 47.

imputarle dolo. En ningún caso se puede considerar que el transcurso del plazo de 5 días constituye una condición objetiva de punibilidad, por cuanto estas consisten en que “*el legislador condiciona la imposición de la pena a la concurrencia de una o más circunstancias cuya realización es independiente de la voluntad del agente*”³⁹. Claramente, el transcurso del plazo referido es un factor que depende de la voluntad del agente, y que debe ser abarcado por el dolo de éste.

- Art. 11° (ilícito de porte no autorizado de arma del art. 2°b): Se adopta exactamente la misma solución aplicada en el art. 10°A inc. 3°, por lo que se reproducen los comentarios efectuados respecto de esa norma.
- Art. 14° A (ilícito de abandono de armas): En caso de reincidencia se cancela el permiso.

En el siguiente cuadro comparativo se sintetiza el contenido de las normas citadas:

Ilícito	Cancelación permiso	Plazo de entrega del arma
Art. 5° B	2° infracción	X
Art. 9°A	3° infracción	X
Art. 10° A, inc. 3°	2° infracción	5 días
Art. 11°	2° infracción	5 días
Art. 14°A	2° infracción	X

Se observa entonces en estas normas una excesiva desprolijidad del legislador que conllevará ineludiblemente una interpretación equívoca: sólo en una de ellas se señala expresamente el procedimiento aplicable para la imposición de la multa (Art. 5°B), sólo en dos de ellas se precisa el plazo que se exige para entregar a la autoridad el arma cuyo permiso fue cancelado (art. 10°A y art. 11°), y sólo en una de ellas se regula expresamente las normas de prescripción de reincidencia (art. 5°B).

6. ¿En qué se diferencian bajo la nueva LCA las conductas de porte, tenencia y posesión?

Atendido lo señalado en el 1° capítulo de esta minuta, ya no es posible distinguir las conductas de porte, por un lado, y posesión o tenencia, por el otro, basándose en los mismos parámetros que establecía la minuta sobre “Ley de Control de Armas” la Defensoría Nacional del año 2005. Como se expuso en el

³⁹ “*Derecho Penal, Parte General*”, Enrique Cury Urzúa, Ed. UC, 9° Ed., p. 348.

capítulo referido, el criterio rector expuesto en ese documento es que el porte y la posesión/tenencia eran dos delitos absolutamente diferenciados: aquél recaía sobre armas inscritas que eran extraídas del lugar autorizado, mientras que éste se refería a armas no inscritas.

Dicho criterio es incompatible con los nuevos art. 5°B, 9° y 11° de la LCA. Ello porque la nueva LCA hace una distinción fundamental entre armas inscritas y no inscritas, y respecto de cada una de estas hipótesis, regula el porte y la posesión/tenencia. Así, mientras el art. 5° B sanciona el ilícito administrativo de tenencia de arma inscrita en lugar distinto al autorizado, el art. 11° sanciona el porte no autorizado de arma inscrita; y el art. 9° tipifica las conductas ya sea de porte, ya de posesión y tenencia, sobre arma no inscrita.

De esta manera, bajo la nueva LCA la situación es la siguiente:

Clase de arma del art. 2°	Tenencia/Poseción	Porte
Inscrita (cualquier letra)	Art. 5° B (falta admin.)	Art. 11° (falta admin.)
No inscrita letras b) y d)	Art. 9°, inc. 1°	Art. 9°, inc. 1°
No inscrita letras c) y e)	Art. 9°, inc. 2°	Art. 9°, inc. 2°

¿Cómo podemos, entonces, distinguir la tenencia, posesión y porte bajo la nueva LCA?

En primer lugar, respecto de la distinción entre tenencia y posesión, la LCA y el Reglamento habitualmente tratan ambas figuras en forma conjunta. Conforme a las normas del Código Civil *“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”* (Art. 700), mientras que la mera tenencia está definida en el art. 714, el cual prescribe que *“Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño”*. Luego, lo que diferencia la posesión de la mera tenencia es que el ánimo de dueño concurre en aquélla, pero no en ésta.

Esta diferencia puede tener relevancia en algunos casos específicos. Es factible que una persona sólo sea mero tenedor de un arma, sin ser poseedor. Un ejemplo de ello son los socios de las federaciones y clubes de tiro. El art. 97° del Reglamento prescribe que *“las Federaciones y clubes de tiro, podrán solicitar a través de la Autoridad Fiscalizadora, la adquisición, tenencia e inscripción de más de dos armas de fuego, para ser exclusivamente facilitadas y usadas por sus respectivos socios, en los lugares donde fueron inscritas”*. Supongamos ahora que un socio extrae el arma del lugar autorizado (club de tiro) por unas semanas, devolviéndola posteriormente. Este socio no podría ser acusado por posesión de arma ilegal, por cuanto no hay ánimo de señor o dueño. Sólo podría ser condenado por tenencia ilegal de armas (si se llegase a acreditar el peligro concreto).

Por su parte, “portar”, según la RAE, significa “Llevar o traer⁴⁰”, por lo que su diferencia con la posesión/tenencia se funda en el lugar en el cual se produce la conducta. Si el sujeto se desplazó por la vía pública, comete el delito de porte, si meramente se acreditó que tenía el arma en su casa, incurrirá en posesión o tenencia. Ahora bien, la ley 20.813 optó por refundir el delito de porte junto a la posesión/tenencia respecto de las armas ilegales –no así respecto de las armas prohibidas- lo cual es un indicio de que el porte por una parte, y la posesión/tenencia por la otra, son formas alternativas de comisión de un mismo ilícito.

¿Pueden imputarse conjuntamente el porte y la posesión/tenencia?

Los argumentos para oponerse a un eventual concurso real o medial –todos tratados en la minuta del año 2005⁴¹ - son:

i) Concurso aparente de leyes penales: el porte absorbe el contenido de injusto de la tenencia/posesión, pues normalmente implica un mayor peligro que ésta. Así, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa rol N° 2.969-98, indicó que *“el único delito que puede tenerse por acreditado en esta causa, es el de porte ilegal de arma de fuego, ya que el encausado fue sorprendido en la vía pública, teniendo en su poder una escopeta de dos cañones, ilícito éste en el cual queda subsumida la previa tenencia de esa misma arma”*.

ii) Principio de especialidad: *“Que el hecho antes descrito constituye un solo delito, a saber, el de porte ilegal de arma de fuego, previsto y penado en el artículo 11 de la ley N° 17.798, pues, por aplicación del principio de la especialidad, en el caso de autos se encuentra subsumido en ese delito el de tenencia de arma de fuego, contemplado en el art. 9° de la ley citada”* (Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 28.499-2000).

iii) Unidad jurídica del hecho: *“Que, si bien el porte ilegal de arma de fuego y la tenencia ilegal de la misma aparecen como ilícitos distintos, a juicio de esta Corte, en el caso de autos, no importan comportamientos diversos, externos y separados en el tiempo, sino que existe una unidad de hecho que posibilita una única valoración jurídico penal. Que, al efecto, existen principios fundamentales referidos a que a cada delito le corresponde una pena y nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho”⁴².*

⁴⁰ <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=hXlne5L5ODXX2htU93aN>

⁴¹ Minuta sobre Ley Sobre Control de Armas de la Defensoría Penal Pública del 3 de agosto de 2005. En <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=4424>

⁴² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9.928-99 de 20 de abril de 1999

7. El delito de “utilización de armas” del art. 14 D: la colocación de artefactos explosivos y el disparo de “balas locas”.

a) Motivo por el cual se incorporó este delito.

En este aspecto, la historia de la ley es meridianamente clara. Antes de la ley 20.813, la conducta en análisis sólo estaba tipificada en el art. 2º N° 4 de la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas, y fija su penalidad. No obstante, al ser muy difícil acreditar el elemento subjetivo adicional al dolo que exige el art. 1º de ese cuerpo legal, normalmente se desestimaba el carácter terrorista de la conducta. Luego, los tribunales, ante la falta de un delito común análogo, condenaban por los delitos de tenencia o porte de arma prohibida de los art. 13º y 14º de la ley 20.813. Muestra de ello, según el legislador, habrían sido los casos “Pitronello” (4º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 1100557630-1, sentencia de fecha 15 de agosto de 2012) y “Carla Verdugo y otros” (6º TOP Santiago, RUC N° 1200393089-9, sentencia de fecha 14 de junio de 2013)⁴³.

Por consiguiente, el objetivo del legislador fue crear un delito que comprendiera íntegramente el disvalor de la colocación o activación del artefacto explosivo, disvalor que no se expresaba en los tipos penales de mera tenencia o porte. Al respecto, consta en la historia de la ley que ***“la Fiscalía estima que la colocación, uso o detonación de bombas o artefactos explosivos conforma una conducta de peligro concreto adicional y portadora de un mayor disvalor que aquel relativo al mero porte o tenencia del arma prohibida, y que justificaría a priori su castigo de forma independiente. En efecto, la colocación, activación o detonación de una bomba o artefacto explosivo implica el despliegue de una conducta que, más allá del mero porte o tenencia del artefacto, está positivamente orientada a que la bomba o artefacto detone, ocasionando con ello, por regla general, lesiones o incluso la muerte de personas que se encuentren cercanas a la explosión, y daños de distinta naturaleza en los bienes adyacentes a la misma”***⁴⁴. Se coincide con la postura del Ministerio Público de que esta conducta implica un “peligro concreto adicional”. Se trata, por consiguiente, de un delito de peligro concreto, que no abarca las lesiones o daños que eventualmente se puedan producir por la colocación del artefacto.

b) Las bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos del inciso 1º.

⁴³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 374

⁴⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 375

El problema se genera por cuanto este tipo penal se refiere a esta nueva categoría de armas, a las que distingue y les asigna una pena distinta que el disparo injustificado con armas del art. 2° b) o del art. 3°.

Las bombas y artefactos referidos en el inc. 1° coinciden en general con las armas descritas en el inc. 2° del art. 3°, el cual prescribe que *“Asimismo, ninguna persona podrá poseer, tener o portar **artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, de sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, ni los implementos destinados a su lanzamiento o activación, ni poseer, tener o portar bombas o artefactos explosivos o incendiarios**”*. Por consiguiente, tanto las bombas como los artefactos explosivos, incendiarios y corrosivos están regulados expresamente como armas del art. 3°. También serían armas del art. 3° los artefactos químicos, tóxicos o infecciosos, en la medida en que sean fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos.

Por consiguiente, el legislador optó por tomar ciertos elementos del art. 3° inc. 2° y otros análogos, y darles un tratamiento más adverso que a las restantes armas del art. 3°, a las cuales les asigna una pena menor. Ello se funda en las características particulares de estas armas: corresponden a artefactos que se activan, colocan o arrojan, a diferencia de las restantes armas del art. 3°, consistentes principalmente en armas que se disparan. Es otras palabras, para el legislador es más grave la colocación de una bomba que el disparo de un arma hechiza.

También algunos elementos del art. 2° e) podrían eventualmente considerarse como alguno de los artefactos del art. 14° D inc. 1°, especialmente aquellas sustancias químicas que esencialmente son susceptibles de ser usadas o empleadas para la fabricación de explosivos, y los elementos lacrimógenos o de efecto fisiológico. Asimismo, en caso de colocación de artefactos explosivos de uso industrial del art. 2° d), también caerían dentro de la hipótesis del inc. 1° del art. 14° D.

Por otra parte, cabe destacar que el hecho de que el legislador atribuya a estas bombas y artefactos del art. 3°, inc. 2° una pena mayor que las demás armas del art. 3°, mientras que paralelamente le asigna una pena mucho menor a los ABP (molotov y análogos), ratifica el argumento expuesto en el 3° capítulo de esta minuta, en cuanto a que los ABP no pueden ser considerados armas del art. 3° tras la entrada en vigencia de la ley 20.813.

c) Cuadro comparativo de conductas y penas del art. 14°D.

Elemento o arma	Conducta	Lugar	Pena
-----------------	----------	-------	------

Bombas o AAP	Colocar	Vía pública	10 y 1 – 15 años
Bombas o AAP	Colocar	Otros lugares	5 y 1 – 10 años
ABP	Colocar	Vía pública	3 y 1 – 5 años
ABP	Colocar	Otros lugares	541 días- 3 años
2° b)	Disparo injustificado	Vía pública	3 y 1 – 5 años
2° b)	Disparo injustificado	Otros lugares	541 días- 3 años
2° a) o 3°	Disparo injustificado	Vía pública	5 y 1 – 10 años
2° a) o 3°	Disparo injustificado	Otros lugares	3 y 1 a 5 años

Conceptos de la tabla:

AAP: Corresponden a los artefactos de alta peligrosidad descritos en el art.14° D, inc. 1° (artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos).

Colocar: Por colocar se entienden los verbos rectores del tipo penal señalados en el inc. 1°, esto es colocar, enviar, activar, arrojar, detonar, disparar o hacer explotar, además del envío de cartas o encomiendas tipificado en el mismo inc.

Vía pública: en, desde o hacia la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público, o dentro de o en contra de medios de transporte público, instalaciones sanitarias, de almacenamiento o transporte de combustibles, de instalaciones de distribución o generación de energía eléctrica, portuarias, aeronáuticas o ferroviarias, incluyendo las de trenes subterráneos, u otros lugares u objetos semejantes.

Otros lugares: en, desde o hacia lugares u objetos distintos de los comprendidos en “Vía pública”.

ABP: Artefactos de baja peligrosidad. Corresponden a los artefactos regulados en el inc. 3°, esto es, artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares.

d) Concursos con el porte/tenencia de armas.

En principio, parece ineludible que el delito contemplado en el art. 14° D entra en concurso real, de conformidad a lo dispuesto en el art. 17° B de la LCA, con los eventuales ilícitos que se configuren por los daños o lesiones que genere la colocación del artefacto o el disparo injustificado del arma. En efecto, como ya se indicó previamente, se trata de un delito de peligro concreto, y no de lesión; siendo además un tipo de mera acción, no contemplando el tipo penal un resultado distinguible de la acción misma de colocación o disparo. Al respecto,

durante la discusión en sala en el Senado, el senador Harboe planteó que “*Las penas anteriormente señaladas se aplican con independencia y en paralelo a la que corresponda por el daño efectivamente causado por la bala disparada*”⁴⁵. Por ello, sería difícil sostener un concurso aparente por subsunción entre este ilícito y los daños o lesiones cometidos mediante esta conducta.

No obstante, no es posible configurar un concurso entre el delito del art. 14° D y los delitos de porte o tenencia del arma respectiva. Aquí se pueden utilizar los mismos argumentos que son válidos para considerar que el porte del arma subsume su tenencia o posesión, desarrollados en el capítulo previo de esta minuta (unidad jurídica del hecho, principio de especialidad, concurso aparente)⁴⁶.

Como consta en el texto citado de la historia de la ley, la misma Fiscalía indicó que esta conducta porta un mayor disvalor que la mera tenencia o porte del arma prohibida o ilegal, dado que implica un mayor “peligro concreto”, siendo evidente que este delito absorbe a la mera tenencia o porte del arma.

Finalmente, hay una razón de proporcionalidad para negar la posibilidad del concurso con el delito de porte/tenencia. Así como la doctrina considera que los delitos de porte/tenencia son actos preparatorios especialmente penados⁴⁷, el disparo o colocación del art. 14°D, de acuerdo al derecho penal tradicional, recién vendría siendo un principio de ejecución de un delito de daños y lesiones. Así, parece insólito que un homicidio frustrado cometido sin arma de fuego acarree una pena de 5 años 1 día a 10 años, mientras la mera tentativa de causar daños/lesiones mediante armas del art. 14°D, sin propósito terrorista, puede implicar penas de hasta 15 años, imponiéndose además al juez un marco penal rígido conforme a la norma del art. 17 D. Si además se considerase que el art. 14°D entra en concurso con el delito de porte/tenencia, la desproporcionalidad pasa a ser incomprensible. Así, si un sujeto comete un disparo injustificado en la vía pública con un arma hechiza arriesga como mínimo 5 años y un día, a lo cual debe sumarse la pena de al menos 3 años y un día que le corresponde por incurrir en el ilícito del art. 14, sumando un total de al menos 8 años y dos días de pena efectiva (por la exclusión de estos delitos de la ley 18.216). En cambio, el autor del homicidio frustrado referido puede acceder eventualmente a una pena de 3 años y 1 día de libertad vigilada si cuenta con 2 atenuantes.

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 522.

⁴⁶ Ver argumentos expuestos en el 6° capítulo de la minuta, pág. 35.

⁴⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 425, exposición del profesor Guzmán Dálbora.

8. El art. 17° B: Reglas sobre determinación de la pena en delitos de la LCA y delitos cometidos con armas de fuego.

a) El concurso real entre delitos de la LCA y los delitos cometidos con ellos.

El inciso primero del art. 17 B prescribe que *“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 2º y en el artículo 3º, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal”*.

El objetivo que subyace a esta norma quedó claramente establecido en la historia de la ley. En efecto, el profesor Matus indicó *“que 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 delito 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**”*⁴⁸.

No obstante, el razonamiento de Matus –y con ello el del legislador- es erróneo. Ello porque si bien efectivamente los delitos de la LCA son de carácter permanente⁴⁹, no en todos los casos el arma implicará un peligro que trascienda al propósito de cometer un determinado delito con ella, diferenciándose claramente del delito-fin. Así, si “C”, quien sufrió el asesinato de su hermano por parte de “F”, compra un revólver con el único objeto de dispararle a “F” por venganza, es difícil sostener que dicho revólver implica un peligro concreto diferenciado de aquél inherente al homicidio de “F”. En este caso, el tribunal debiese tener la libertad para determinar si, conforme al art. 63 inc. 2º, el porte de dicha arma es una circunstancia inherente al homicidio.

El fundamento del argumento de Matus se funda nuevamente en la presunta naturaleza de delitos de peligro abstracto que tendrían los delitos de la LCA. Por el contrario, si se sostiene, como se hace en el segundo capítulo de esta minuta, que los delitos de la LCA en la práctica deben implicar un peligro concreto para el bien jurídico, debe concluirse que, si dicho peligro concreto tiene una

⁴⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 458.

⁴⁹ Mario Garrido define delito permanente como aquél en el cual *“el estado de consumación, una vez producido, continúa en el tiempo siempre que la acción que lo ha provocado se mantenga en constante ejecución, todo ello a voluntad del sujeto activo”*. Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Segunda edición actualizada, Ed. Jurídica, p. 338.

relación concreta con el delito-fin, entonces eventualmente el delito de porte/tenencia puede ser una circunstancia inherente al delito-fin. En dicho caso, tratándose de una circunstancia inherente, no es aplicable la norma del art. 17 B inc. 1° -a pesar de que esa es la intención del legislador- pues se estaría contraviniendo el principio de unidad jurídica del hecho, y con ello el principio de culpabilidad y proporcionalidad de las penas. En efecto, si se acreditare que el arma sólo se adquirió para cometer un homicidio determinado en venganza, dicho porte corresponde a un acto preparatorio copenado, que no puede ser objeto de una valoración jurídico penal independiente al delito-lesión. Distinto es el caso, por ejemplo, del sujeto que adquiere un arma hechiza, y la utiliza posteriormente para cometer varios robos con intimidación.

Por consiguiente, el art. 17 B –y con ello la regla que mandata la aplicación del art. 74°- sólo sería aplicable en aquellos casos en que efectivamente el delito de la LCA es un delito distinto del delito-fin cometido con dicha arma; siendo imposible aplicarlo cuando en realidad estamos ante la presencia de un solo delito, que evidentemente subsume al otro. Ello porque finalmente la regla del art. 17 B es sólo una regla de determinación de pena, que no puede alterar la naturaleza de el/los ilícito(s) cometido(s): si hay unidad jurídica del hecho, hay un solo delito. Las reglas de determinación de la pena sólo pueden aplicarse con posterioridad a que se determine el tipo penal en que se incurrió, la participación, el iter críminis y las circunstancias modificatorias.

Por otra parte, evidentemente no puede sostenerse que la regla del citado inciso 1° -imponiendo el concurso real del art. 74° - es aplicable **entre** delitos de la misma LCA. El tenor de la ley es claro al respecto puesto que se refiere a que las penas por delitos de la LCA deberán imponerse **sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos** con dichas armas. Lo relevante es que exista una relación de medio a fin entre el delito de la LCA y el otro delito: el arma se emplea para cometer otro delito. En cambio, habitualmente la relación entre los delitos de la ley de armas –que en general son conductas preparatorias excepcionalmente penadas- responde a una *afectación progresiva de un mismo objeto de protección*⁵⁰, que, en el caso de esta minuta, se estima que es el orden público. Así, probablemente el tráfico de armas implicará el porte de las mismas, y a su vez el porte implicará la tenencia ilegal de dichas armas. Obviamente ello no implica que se le puedan imputar conjuntamente a un sujeto todos esos ilícitos, conforme a los argumentos que ya se han expuesto previamente en esta minuta (concurso aparente, principio de especialidad, unidad jurídica del hecho)⁵¹.

⁵⁰ Minuta N°1-2015, “Consideraciones acerca de las modificaciones introducidas por la Ley 20.813 a la Ley 17.798 sobre control de armas y cuerpos legales complementarios” de autoría de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de la VII Región del Maule, p. 47.

⁵¹ Al respecto, ver argumentos citados en página 35 de esta minuta, en relación al concurso entre los delitos de tenencia/posesión y porte de armas.

b) El marco penal rígido que establece el art. 17 B, inciso 2°.

En este inciso se establece que *“Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del 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 N°20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena”*.

Como se observa a primera vista, la regla citada ostenta serias dudas sobre su constitucionalidad. Ello por cuanto:

i) Infringe el principio de igualdad ante la ley, derecho constitucional consagrado en el art. 19 N°2 de la Constitución, además de los artículos los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵²; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³.

El Tribunal Constitucional ha determinado que el criterio elemental que determina si se ha infringido esta garantía constitucional es examinar la “razonabilidad” del tratamiento diferenciado. Así, ese tribunal ha señalado que:

“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas

⁵² La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) prescribe en su art. 1° la *Obligación de Respetar los Derechos... 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. Asimismo señala en su artículo 24: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

⁵³ El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Por su parte, el artículo 26 del mismo tratado señala que *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador”⁵⁴.

Al examinarse la historia de la norma en análisis se observa que no se señalaron fundamentos respecto de la razón de la norma, ni de por qué se extraían los delitos de la LCA del régimen general de determinación de penas regulado en los art. 65 a 69 del Código Penal. Quizás el fundamento más preciso lo entrega el profesor Matus quien señala que “...**esta proposición ofrece una solución a la situación que se produce a raíz de que los delitos contemplados en la ley de armas presentan también 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 N° 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.”⁵⁵

Por consiguiente, el profesor Matus reconoce explícitamente que, en relación a la solución adoptada, el problema no se limita a los delitos de la LCA, sino que vendría dado por la existencia misma del régimen general de determinación de penas del Código Penal. Por lo tanto, la motivación del legislador para optar por aplicar un régimen de determinación de pena especial a los delitos de la LCA no cumple con el estándar de “razonabilidad” que exige el Tribunal Constitucional, puesto que responde a la intención de comenzar una modificación asistemática del régimen común de determinación de penas, creando sistemas especiales de determinación en cada ley que se promulga en materia penal (Ley Emilia, LCA y ahora Ley de Agenda Corta). No parece que este propósito responda entonces a “diferencias razonables” –como sería, por ejemplo, la gravedad de los delitos de la LCA en comparación a los delitos sujetos al régimen

⁵⁴ STC 1133, c. 17. En el mismo sentido STC 1217, c. 3, STC 1399, cc. 13 a 15, STC 1988, cc. 65 a 67.

⁵⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 20.813, p. 458.

común- sino que más bien responde a una agenda política criminal del legislador, generando graves desproporciones entre las reacciones penales asociadas a distintos delitos.

La solución adoptada genera diferencias arbitrarias en el régimen de determinación de penas, entre los delitos de la LCA, por un lado, y delitos similares tales como la asociación ilícita, por el otro. ¿Por qué los delitos de la LCA deben estar sujetos a un régimen de determinación de pena más gravoso que la asociación ilícita, delito que afecta al mismo bien jurídico –orden público- y tiene la misma naturaleza⁵⁶?

ii) Infringe el derecho a un debido proceso justo y racional, garantía reconocida en el art. 19 N°3 inciso 6° de la Constitución.

El principio de proporcionalidad de las penas, definido como la adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita⁵⁷, junto con encontrar su fundamento en la noción de Estado de Derecho y en la dignidad de la persona humana, se encuentra reconocido, al menos implícitamente, en el derecho fundamental establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que asegura a todas las personas “*La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”, y, especialmente, en el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, como se afirma expresamente en el inciso sexto de dicho numeral.

Finalmente, cabe señalar que, pese a que en la discusión parlamentaria se hizo presente que la norma en comento tenía por objeto adecuar la persecución de los delitos de la Ley N° 17.798 a la Ley N° 20.770, conocida coloquialmente como “Ley Emilia”, hay diferencias importantes entre ambas normas. Así, en primer lugar, en la “Ley Emilia” sólo se limitan las penas sustitutivas respecto de los delitos más graves (manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte). En segundo lugar, dicha ley no priva al autor del delito del derecho de solicitar la sustitución de pena, sino que sólo se establece que dicha pena sustituida se suspenderá por un año, obligando al cumplimiento efectivo en privación de libertad por el mismo tiempo. Por lo tanto, la norma en análisis genera un régimen de determinación de las penas que exaspera a éstas muy por sobre el principio de culpabilidad, siendo más gravosa que otras leyes similares, tales como la “Ley Emilia”, infringiendo el derecho a un proceso justo.

⁵⁶ Como ya se ha señalado en la minuta, para la doctrina mayoritaria los delitos de la LCA son de peligro abstracto, al igual que lo sería la asociación ilícita.

⁵⁷ Según Mir Puig este principio significa “*que la gravedad de la pena debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente*”. Introducción a las Bases del Derecho Penal, Segunda Edición, ED. IBdef, 2003, p. 141.