

VILLEGAS, Myrna, “La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813”

Polít. Crim. Vol. 14, N° 28 (Diciembre 2019), Art. 1, pp. 1-53.
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/09/Vol14N28A1.pdf>]

La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813*

Law N° 17.798, on arms control. Problems of application after the reform of Law N° 20.813

Dra. Myrna Villegas Díaz
Profesora asociada
Facultad Derecho Universidad de Chile
mvillegas@derecho.uchile.cl

Resumen

A la luz de la jurisprudencia, las cifras oficiales y las percepciones de los actores del sistema penal, el artículo examina los principales nudos problemáticos de la Ley N°17.798, especialmente tras la reforma experimentada por la Ley N°20.813. Se sostiene que, junto con lograr algunos de los efectos pretendidos, ha traído otros no deseados y desventajosos, principalmente a consecuencia de la alteración de reglas ordinarias de la penalidad, pero asimismo de la formulación y aplicación de los tipos penales. Respecto de lo primero, se observó una alta cifra de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, un uso de la prisión preventiva como medida cautelar preferente, pero también, una elevación de los estándares probatorios. Al mismo tiempo, la actual formulación de ciertas infracciones y tipos penales ha traído como consecuencia un efecto criminógeno favorable a la comisión de otros delitos de la misma Ley N°17.798, presentándose también algunos vacíos legales que son eventualmente aprovechables para la comisión de delitos.

Palabras Clave

Control de armas, determinación de penas en ley de armas, artefactos explosivos, porte y tenencia ilegales, tráfico de armas.

Abstract

In light of the jurisprudence, the official figures and perceptions of the penal system's actors, the article examines the main problematic issues of Law N°17.798, especially after the reform process of Law N°20.813. It is argued that it has achieved some of the intended effects, but has also brought other undesirable aspects, mainly as a result of the alteration of ordinary rules of the penalty in conjunction with the formulation and application of criminal offenses. Regarding the former, is found a high number of appeals for

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto Fondecyt Regular 2017 N°1170068: “La ley de control de armas y sus reformas. La eficacia de la herramienta punitiva v/s las garantías”, del cual la autora es investigadora responsable. Agradezco la gentil colaboración de los ayudantes Matías Palma y Mariana Bell, así como la de Anita María Villegas. También a la Defensoría Penal Pública, Fiscalía Nacional, Poder Judicial y al Centro de Investigación y Defensa Sur por la posibilidad de realizar entrevistas.

inapplicability due to unconstitutionality, the use of pretrial detention as a preferential precautionary measure, and at the same time an increase in evidentiary standards is underlined. Likewise, it is very worrisome that the current formulation of certain infractions and criminal offenses have resulted in a criminogenic effect, which is favorable to the commission of other crimes under the same Law N°17.798, also presenting some legal gaps that are eventually usable for the commission of crimes.

Keywords

Gun control, determination of penalties for weapons law, explosive devices, illegal possession and carrying, arms trafficking.

Introducción

La Ley de control de armas (en adelante “LCA”) nace en 1972, una época de gran convulsión política caracterizada por los constantes enfrentamientos callejeros entre grupos armados tanto de derecha como de izquierdas.¹ Concretamente fue precedida por los asesinatos de René Schneider (1970) y Edmundo Pérez Zujovic (1971), así como de un ataque a un cuartel policial en Santiago por parte de un grupo insurgente, que terminó con la vida de tres funcionarios policiales.²

Eso llevó al gobierno de la época a poner su mirada en la legislación sobre armas, que se encontraba desordenada y dispersa tanto en el Código Penal (en adelante, “CP”) como en la Ley N°12.927 sobre Seguridad del Estado (en adelante, “LSE”).³ La primera LCA data de 21 de octubre de 1972, y fue promulgada sin el veto del entonces Presidente Salvador Allende debido a la necesidad de fortalecer el control político del proceso de transición al socialismo, que se veía amenazado por los radicalismos tanto de la derecha como de la ultra izquierda.⁴ Desde aquella época hasta los tiempos actuales ha sido modificada en ocho ocasiones,⁵ la última de las cuales fue a través de la ley N°20.813 de 6 de febrero de 2015.

El trabajo pretende ofrecer al lector una visión general respecto de lo sucedido entre los años 2009-2017 con la aplicación de esta ley, especialmente tras su última reforma, la que, como se verá latamente, tiene varios nudos problemáticos y ha provocado en los actores del

¹ CEA, Sergio; MORALES, Patricio, *Control de Armas. Manual de aplicación de la ley 17.798 y su reglamento complementario*, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing, 2018, pp.1-2.

² Se suman además las muertes de dos carabineros en la misma época producto de enfrentamientos. Ampliamente en ANÓNIMO, *La VOP. Vanguardia Organizada del Pueblo 1969-1971. Historia de una guerrilla olvidada en tiempos de la Unidad Popular*, Santiago de Chile: Colecciones Memoria Negra, mayo de 2012, pp. 36, 157, 161.

³ MATUS, Jean Pierre, *¿Hacia un nuevo Código Penal?: evolución histórica de la legislación penal chilena desde 1810 hasta nuestros días*, Santiago de Chile: Thompson Reuters, 2015, p. 125

⁴ MATUS, *¿Hacia un nuevo Código Penal?*, cit. Nota n°3, p. 125. Matus sostiene que, además y probablemente no ejerció su derecho a veto “para satisfacer las demandas de la Democracia Cristiana en búsqueda de un entendimiento para salir de la parálisis social del momento”.

⁵ Leyes N°18.592 de 21-01-1987, N°18.903 de 10-01-1990, N°19.047 de 14-02-1991, N°19.680 de 25-05-2000, N°20.014 de 13-05-2005, N°20.061 de 10-09-2005, N°20.477 de 31-12-2010 y N°20.813 de 06-02-2015.

sistema penal un efecto probablemente no querido por el legislador. En un principio, los actores se vieron prácticamente “atados de manos” debido a la cantidad de restricciones que ella contenía, especialmente en lo relativo a la determinación de las penas, las salidas alternativas y las medidas cautelares. Pero luego han ido realizando verdaderas contorsiones de ingenio jurídico para contrarrestar sus devastadores efectos especialmente en torno al cumplimiento efectivo de las penas que ella dispone.

La metodología empleada combina aspectos teóricos y empíricos con el fin realizar un levantamiento de información acerca de cómo están siendo recepcionadas las reformas de la ley N°20.813 por los tribunales de justicia y los actores del sistema penal. Es en este sentido, una investigación exploratoria.

Los aspectos teóricos se basan en una revisión bibliográfica necesaria para el examen sustantivo penal y dogmático de la Ley N°17.798 y su última reforma, en sus principales nudos problemáticos. Este examen teórico se nutre, en lo pertinente, de jurisprudencia proveniente de una recopilación de fallos entre los años 2014 a 2017, tanto de tribunales superiores de justicia como de tribunales orales en lo penal, así como del Tribunal Constitucional. Los aspectos empíricos tienen dos fuentes. La primera, documental, consistente en la obtención de cifras oficiales respecto de la aplicación de la ley (Gendarmería de Chile, Ministerio Público y la Corporación Administrativa del Poder judicial). Y la segunda, un pequeño trabajo de campo sobre la base de entrevistas a algunos jueces, fiscales y defensores de la Región Metropolitana, Antofagasta, Temuco y Puerto Montt, empleando para ello un método cualitativo en la búsqueda de las significaciones que para estos actores ha tenido la norma en su aplicación.

Siendo un artículo general, y como limitaciones de los resultados de la investigación aquí exhibidos, existen temas que no pueden ser tratados en profundidad, como por ejemplo, un estudio acabado de los delitos de porte, tenencia y tráfico de armas, así como el impacto que la reforma ha tenido en relación a los numerosos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se han presentado y han sido acogidos, pues son materias particulares que requieren un examen acabado y propio de un artículo específico.

1. Bien jurídico protegido

Como da cuenta el inicio del trabajo, a la época de su nacimiento, la LCA tenía por objeto proteger no tanto la “seguridad” a secas, sino más bien la Seguridad del Estado, como una especie de reforzamiento a la protección del sistema político que ya se encontraba protegido por la LSE. Sin embargo, más o menos a partir de la reforma de la Ley N°20.014 de 13 de mayo de 2005, se va asentando la idea de que la LCA es una herramienta eficaz en el combate contra la delincuencia común, por lo que los ilícitos relacionados con ella “dejan de considerarse como delitos que siempre atentarían contra la seguridad del Estado”.⁶

⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.014. Modifica la Ley N°17.798, sobre control de armas*, 13 de mayo, 2005, p. 187, disponible en www.bcn.cl [visitado el 11.04.2017].

Esta idea se repite en la reforma de Ley N°20.813, cuyo mensaje presidencial alude expresamente a la necesidad de modernizar la legislación vigente y aumentar los medios de control, fiscalización y sanción debido al creciente uso de armas en la comisión de delitos. En entrevistas sostenidas con actores del sistema penal, todos coinciden en que quienes infringen la LCA son mayoritariamente delincuentes comunes.

La modificación se enmarca así dentro de una política criminal de seguridad ciudadana, cuyo protagonista es el delincuente clásico (contra la vida, integridad y propiedad), y que se basa en la sensación de inseguridad, el populismo penal, y otorga sustantividad a las víctimas.⁷

Por tanto, el objeto de protección desde su inicio a la actualidad ha cambiado, pero no hay una opinión unánime. Para la doctrina penal chilena, lo protegido es un bien jurídico colectivo, cuya identificación se fundamenta en las posibilidades del uso de armas para la comisión de otros delitos. Pero difieren a la hora de identificar exactamente de cual bien jurídico colectivo se trata, y así hacen referencia a cuatro bienes jurídicos colectivos: seguridad, seguridad colectiva, seguridad pública y el monopolio estatal en el control de las armas. Entre los actores del sistema penal chileno entrevistados tampoco hay claridad, aunque mayoritariamente, al igual que la doctrina, identifican un bien jurídico colectivo, pero de la más diversa índole: “la seguridad” (a secas),⁸ “la seguridad ciudadana”,⁹ “la seguridad colectiva de las personas”,¹⁰ “la seguridad pública”,¹¹ “la seguridad pública y el monopolio del Estado en el control de las armas”,¹² “la seguridad social”,¹³ “el orden público”.¹⁴ Minoritariamente se inclinan por caracterizar a estos delitos como pluriofensivos identificando como bien jurídico protegido “la seguridad pública pero también bienes jurídicos individuales”.¹⁵

⁷ Ampliamente sobre la política criminal de seguridad ciudadana y sus características, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N°06-03 (2004), pp.1-34, pp.06-10 en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html> [visitado el 17.11.2018].

⁸ Entrevista Juez(a) TOP de Antofagasta, Antofagasta, de 15 de noviembre de 2017.

⁹ Entrevista grupal a defensores(as), Defensoría Regional de Los Lagos, Puerto Montt, de 29 de septiembre de 2017. Entrevista Defensor(a) privado 1 en causas indígenas, Temuco, de 19 de agosto de 2017. Entrevista Defensor(a) privado 2 en causas indígenas, Temuco, de 19 de agosto de 2017.

¹⁰ Entrevista Defensor(a), Defensoría Regional Metropolitana, Santiago, de 21 de septiembre de 2017. Entrevista Fiscal 2, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 15 de septiembre de 2017.

¹¹ Entrevista Defensor(a) Defensoría Local de Curacautín, Curacautín, de 6 de octubre de 2017. Entrevista Fiscal Angol, Temuco, de 06 de octubre de 2017. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Antofagasta, Antofagasta, de 16 de noviembre de 2017.

¹² Entrevista Fiscal Angol, Temuco, de 06 de octubre de 2017. En el mismo sentido: Entrevista Defensor(a), Defensoría Local de La Florida, Santiago, de 21 de septiembre de 2017.

¹³ Entrevista Fiscal, Fiscalía Regional de Temuco, Temuco, 05.10.2017.

¹⁴ Entrevista Juez(a), 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre de 2017. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017.

¹⁵ Entrevista Defensor, Defensoría Regional de Temuco, de 05 de octubre de 2017.

1.1. Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contemplados en la Ley N°17.798

No existe un desarrollo en profundidad en la doctrina chilena acerca de la identificación y delimitación del bien jurídico en la Ley N°17.798, razón por la cual es útil contrastar y complementar sus opiniones con doctrina comparada.

De entrada es posible discrepar de la tesis que sostiene que lo protegido sea el monopolio estatal en el control de las armas,¹⁶ pues ello implicaría elevar a la categoría de bien jurídico penal al sistema registral de las armas, generando una confusión entre el injusto penal y la infracción al derecho administrativo sancionador, supuesto que el solo hecho de no inscribir un arma configuraría automáticamente el ilícito de tenencia ilegal de arma,¹⁷ con prescindencia de los aspectos subjetivos de la tipicidad. Tanto la inscripción de un arma como su autorización para trasladarla de un lugar a otro (art. 5 inciso 9) quedan sujetas a la discrecionalidad de la autoridad administrativa,¹⁸ pues si bien la ley establece los requisitos para su inscripción (art. 5 A) le entrega la facultad a la Dirección General de Movilización Nacional (en adelante, DGMN) para rechazar esta inscripción cuando, a su juicio, los antecedentes de la persona no permiten concluir que de garantía de cumplir con las condiciones de la autorización que sigue a la inscripción (art. 5 incisos 3 y 4).¹⁹ Lo mismo respecto del traslado, pues es la autoridad administrativa la que decide que días puede trasladarla, previa solicitud del afectado. Si requiriere trasladarla en días distintos debe efectuar una nueva solicitud, quedando entonces sujeto a discreción de la autoridad contralora si otorga o no este permiso que no constituiría porte ilegal de armas. Si no obtiene el permiso y la traslada igual, la infracción a la resolución de la autoridad administrativa se convierte en delito de porte ilegal de arma de fuego.

Apoya el descarte de la posición que identifica el monopolio estatal en el control de las armas como bien jurídico protegido, el hecho de que la Ley N°20.813, privó de su carácter de delito a la venta de armas y municiones hecha por vendedor autorizado, que omitiere registrar debidamente el arma y a su comprador, introduciendo una sanción administrativa en el art. 9 A,²⁰ así como también a la tenencia de arma inscrita en un domicilio distinto de

¹⁶ Tesis sostenida en Chile por Balmaceda, quien indica que además se protege la seguridad ciudadana. BALMACEDA, Gustavo, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Santiago: Librotecnia, 2014, pp. 503 y 505.

¹⁷ BASCUR, Gonzalo, “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la ley 17.798 sobre Control de Armas”, *Polít. Crim.* Vol. 12, n°23 (2017), pp. 533-609, p. 538, nota al pie n°25. En contra también MARDONES, Fernando, “La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida”, Defensoría Penal Pública, *Doctrina Procesal Penal 2015*, N°18 (2016), pp.119-152, p. 131, en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/> (visitado el: 17.04.2018).

¹⁸ La discrecionalidad es una facultad administrativa que permite elegir entre indiferentes jurídicos con base a criterios extrajurídicos remitidos al juicio subjetivo de la administración. DÍAZ - MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “La reglamentación sobre armas y la ley de protección de la seguridad ciudadana”, *Revista de Administración Pública*, N°128 (1992), pp.363-396, p. 368.

¹⁹ Art. 5 incisos 3 y 4: “La inscripción sólo autoriza a su poseedor o tenedor para mantener el arma en el bien raíz declarado correspondiente a su residencia, a su sitio de trabajo o al lugar que se pretende proteger. Todo cambio del lugar autorizado deberá ser comunicado por el poseedor o tenedor de un arma inscrita a la autoridad fiscalizadora correspondiente. Las referidas autoridades sólo permitirán la inscripción del arma cuando, a su juicio, su poseedor o tenedor sea persona que, por sus antecedentes, haga presumir que cumplirá lo prescrito en el inciso anterior”.

²⁰ Vid. *Infra* punto 3. Control de armas y elementos similares.

aquel que fue declarado, conducta que es sancionada con multa a partir de la ley N°20.813 (art. 5 B).

Otra razón para descartarlo es que no todos los elementos prohibidos son de aquellos que el Estado posee, como por ejemplo, aquellos de fabricación casera como una bomba molotov o un artefacto explosivo compuesto de un extintor y pólvora negra. No son elementos que el Estado pudiera tener en sus arsenales sujetos a la fiscalización de la DGMNA.

En la búsqueda del bien jurídico, otros como Cea y Morales sostienen que lo protegido es la “seguridad”, pero entendida como seguridad interior del Estado pues conectan el concepto de seguridad con conductas calificadas como atentados contra la seguridad del Estado, sus autoridades, contra servicios de utilidad pública, etc. En ello radicaría la peligrosidad de la posesión y uso de los elementos que establece la ley.²¹ El descarte de esta postura se encuentra en las razones invocadas por el legislador desde la Ley N°20.014 en adelante para efectuar sucesivas modificaciones, y que hacen referencia a la delincuencia común y a la protección de los ciudadanos, como ya se señaló.

Por ello es que la discusión si bien se ha centrado en torno a la seguridad como objeto de protección penal, ha sido reconducida a sus variantes de seguridad pública²² y seguridad colectiva²³, no siendo prístina la diferencia entre ambas y pareciendo en ocasiones que los autores hacen referencia indistintamente a una u otra. Así por ejemplo, se ha definido la seguridad colectiva como “un estado de cosas donde no existe una libre circulación de estos elementos (armas) debido al riesgo que implicaría la probabilidad de su uso no autorizado”.²⁴ Y en forma muy similar por algunos autores a la seguridad pública, identificada con la incolumidad personal de los ciudadanos, esto es su vida, su integridad e incluso su patrimonio, los que se verían en riesgo a causa por ejemplo, del porte no autorizado de armas,²⁵ o de su posesión o tenencia, supuesto que ellas “tienden a generar un peligro común, entendido como la posibilidad mediata de afectación a bienes jurídicos

²¹ Cfr. CEA / MORALES, Control de Armas, cit. nota n°1, pp. 6-7.

²² En la doctrina penal chilena MARDONES, “La legitimidad”, cit. nota n°17, p.131. En la doctrina penal comparada: MANGIAFICO, David; ÁLVAREZ, Daniel, “Sociedad del riesgo y delitos de peligro abstracto. Reflexiones acerca de la tenencia de arma de fuego en la legislación argentina”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N°9 (2017), pp. 35-58, p.50. NESTLER, Cornelius, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes” en: SCHROEDER, F.C.; ECKESTEIN, K.; FALCONE, A. (Coords.), *Delitos de Posesión o tenencia. Estudios de Derechos penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2016, pp.35-50, p. 42, nota 28. SABADINI, Patricio, “La posesión de armas de fuego en el derecho penal argentino. Conceptualización y distinción entre tenencia y portación, en función del incremento del riesgo de afectación y la no realización del derecho”, en: SCHROEDER, F.C.; ECKESTEIN, K.; FALCONE, A. (Coords.), *Delitos de Posesión o tenencia. Estudios de Derechos penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2016, pp. 395-409, pp.402- 403

²³ En la doctrina penal chilena BASCUR, “Análisis”, cit. nota n°17, p. 538. En la doctrina comparada: PIETRABUENA, Eduardo, “El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el nuevo código penal”, *Actualidad Penal*, N°22 (1997), marg. 482., PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)” en: LUZÓN PEÑA, Diego (Dir.), *Derecho Penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid: La Ley, 2010, pp.911-986, p. 979.

²⁴ BASCUR, “Análisis”, cit. nota N°17, pp.538-539. El insertado (armas) es nuestro.

²⁵ MARDONES, “La legitimidad”, cit. nota N°17, pp. 126-127.

personales, como la vida, la integridad corporal, o la propiedad, pero entendida como dirigida a la colectividad toda”.²⁶

Otros han definido a la seguridad pública como “el complejo de las condiciones garantizadas por el orden público, que constituyen la seguridad de la vida, de la integridad personal, de la sanidad, del bienestar y de la propiedad, como bienes de todos y cada uno de los hombres y mujeres, independientemente de éstos en perspectiva individual”.²⁷

Más precisa parece ser la distinción que realiza Barrientos,²⁸ para quien la seguridad colectiva tendría una función de “garantía de evitación de daños de dimensión supraindividual” siendo “de tranquilidad colectiva”.²⁹ Mientras que la seguridad pública tendría una doble dimensión que involucra al Estado en cuanto garante de la seguridad colectiva, y al individuo en cuanto portador de bienes jurídicos individuales tales como la vida e integridad física cuya incolumidad estaría garantizada por el primero,³⁰ lo cual es muy parecido al concepto de orden público, como se verá.

Mi opinión es que no puede identificarse un bien jurídico general en la ley de control de armas. En algunos delitos, como la tenencia y el porte ilegales de armas, es posible sostener que el bien jurídico supraindividual es la seguridad colectiva. Pero en otros delitos, como por ejemplo, los relacionados con el uso de artefactos explosivos, y el delito de disparo injustificado (art. 14 D), son otros los bienes jurídicos. Es posible pensar que lo protegido en el art. 14 D inciso 1,³¹ sea la seguridad colectiva³², en el inciso 2 supuesto que

²⁶ SABADINI, “La posesión”, cit. nota n°22, p. 403.

²⁷ MANGIAFICO / ÁLVAREZ, “Sociedad del riesgo”, cit. nota N°23, p. 50. La definición pertenece a un autor italiano, Vincenzo Manzini, tal como da cuenta GUZMÁN DALBORA, José Luis, “El delito de atentado contra vehículos en circulación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°25 (2006), pp. 138-155, p. 144, quien además critica esta definición por su sesgo autoritario.

²⁸ BARRIENTOS, Deysi, “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Nuevo Foro Penal* N°84 (2015), pp. 90-136, p. 122-124.

²⁹ BARRIENTOS, “Lesividad”, cit. nota n°28, p.123.

³⁰ BARRIENTOS, “Lesividad”, cit. nota n°28, pp.123-125. Sigue en esto a MORALES, Fermín, “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en: QUINTERO, Gonzalo. (Dir.) MORALES, Fermín (Coord.); *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 2002, pp. 1312-1313;

³¹ Artículo 14 D inciso 1.- El que colocare, enviare, activare, arrojare, detonare, disparare o hiciere explotar bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos 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, será sancionado con presidio mayor en su grado medio. La misma pena se impondrá al que enviare cartas o encomiendas explosivas, químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo.

³² Cfr. MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial*, Tomo I, 3ª. Ed., Santiago de Chile: Legal Publishing, Thomson Reuters, 2014, pp.188-189. Ambos autores se pronunciaron sobre el delito de envío de efectos explosivos del art. 403 bis del CP, actualmente derogado por la Ley N°20.813, dada su inclusión la parte final del inciso 1 del art. 14 D de la Ley N°17.798. Ya entonces MATUS / RAMÍREZ lamentaban la inclusión del art. 403 bis en el párrafo de las lesiones corporales, pues a su juicio no se trataba de un delito de peligro concreto para la vida y salud individual de

solo estuviere haciendo referencia a la propiedad privada³³ no queda claro que sea la seguridad colectiva. Mientras que respecto del art. 14 D inciso 3 (uso de artefacto explosivo de bajo poder expansivo como bombas molotov y artefactos caseros)³⁴ se protege el orden público. Este también pareciera ser el objeto de protección penal³⁵ en el delito de disparo injustificado del art. 14 D inciso 4.³⁶ Ello sin perjuicio de que el orden público como bien jurídico penal, ha sido objeto de reiteradas críticas por parte de la doctrina, debido a su vaguedad e imprecisión.

Se ha dicho que es omnicompreensivo y fundante de “la intervención penal contra todo aquello que el poder constituido define como desorden”,³⁷ aun cuando otros autores intentan delimitarlo, a mi juicio, sin éxito, reconduciéndolo a “aquello que se presenta como identidad normativa de una sociedad [...] se concreta con un alto grado de indisponibilidad, se vale de instituciones y atiende a lo que se considera esencial para mantener la convivencia”.³⁸

Es posible encontrar también un delito cuyo objeto de protección penal es, declarado así por el legislador, el orden institucional democrático del Estado. Me refiero a la formación de grupos de combate o partidas militarmente organizadas (art. 8)³⁹.

personas, sino de uno contra la vida y salud de personas indeterminadas, más cercano a los delitos de peligro común de incendio y estragos. Con lo cual pareciera que hacen referencia a la seguridad colectiva.

³³ Artículo 14 D inciso 2. Si las conductas descritas en el inciso precedente se realizaren en, desde o hacia lugares u objetos distintos los allí señalados, la pena será presidio mayor en su grado mínimo.

³⁴ Artículo 14 D inciso 3. Ejecutándose las conductas descritas en los incisos anteriores con 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, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo, en el caso del inciso primero, y de presidio menor en su grado medio, en el del inciso segundo.

³⁵ En esta opinión, GUZMÁN DALBORA, “El delito de atentado”, cit. nota N°28, p. 143, nota N°18.

³⁶ Art. 14 D inciso 4. Quien disparare injustificadamente un arma de fuego de las señaladas en la letra b) del artículo 2° en, desde o hacia uno de los lugares mencionados en el inciso primero será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere en, desde o hacia uno de los lugares que indica el inciso segundo, la pena será de presidio menor en su grado medio. Si el arma disparada correspondiere a las señaladas en la letra a) del artículo 2° o en el artículo 3°, se impondrá la pena inmediatamente superior en grado.

³⁷ CAVALIERE, Antonio, “El control del tráfico de drogas entre política criminal y dogmática: la experiencia italiana”, *Revista de Derecho penal y Criminología* N°4 (2013), pp. 14-26, pp.15-16. Misma crítica efectúa el autor sobre la seguridad pública: “La seguridad pública posee sustancialmente las mismas características vagas y omnicompreensivas.; comprende, en realidad, la seguridad de la vida, de la integridad física, del patrimonio, etc.; es más un predicado de los bienes jurídicos que un bien en sí mismo”, p. 16.

³⁸ YACOBUCCI, Guillermo, “Derecho penal y orden público”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, N°5 (2016), pp. 107-114, p.107.

³⁹ Así lo manifestó expresamente el legislador al tipificar la conducta: “...se resolvió sancionar como delito el solo hecho de organizar un grupo armado con armas prohibidas, porque su simple creación tiene por finalidad destruir el régimen democrático. En efecto, el hecho de formar una organización y armarla con dichos elementos permite racionalmente deducir que la asociación tiene por finalidad combatir la fuerza pública y, en consecuencia, destruir nuestras instituciones. Por tal motivo, se decidió castigar con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo a los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, ayudaren, instruyeren, incitarren o indujeren a la organización y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate, o partidas militarmente organizadas, armadas con los referidos elementos.”. BIBLIOTECA DEL

1.2. El bien jurídico y la peligrosidad en los delitos contemplados en la ley de control de armas

Los bienes jurídicos identificados, en general, son protegidos en la Ley N°17.798 a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto, cuya construcción exige una delimitación precisa a fin de evitar que ellos se transformen en delitos de peligro presunto.⁴⁰ En este punto haré referencia exclusivamente a la seguridad colectiva, objeto de tutela penal en gran parte de los delitos contenidos en la Ley N°17.798, como bien jurídico supraindividual cuya protección penal estaría justificada por la posibilidad de afectación mediata a bienes jurídicos individuales de mayor relevancia (vida e integridad física).

En este punto creo es conveniente hacer una distinción conceptual antes de abordar su relación con el principio de lesividad. Una cosa es la existencia de un estado de cosas (valioso) para los ciudadanos, y otra diferente su seguridad. La existencia misma de ese estado de cosas valioso tiene que ver con los hechos que efectivamente se producen, y eso determinará que algunos estados de cosas valiosos permanezcan intactos en el tiempo y otros que cambien. La seguridad tiene que ver con las expectativas que sobre la permanencia o desaparición de ese estado de cosas se tenga.⁴¹

En esta línea, la protección penal de la seguridad colectiva mediante la técnica de los delitos de peligro, debe estar referida a las condiciones bajo las cuales los ciudadanos pueden tener la expectativa de que sus bienes jurídicos individuales no se verán vulnerados. Es decir, no se trata de un adelantamiento de la punición para proteger bienes jurídicos individuales,⁴² ni tampoco de comprobar una mayor o menor proximidad a la lesión del bien jurídico,⁴³ pues si la probabilidad de la lesión es remota o inexistente, no habría forma de justificar la existencia de un injusto.⁴⁴

Por ejemplo, una persona fue encontrada al interior de un predio ajeno con un arma descargada y con perros, sin tener permiso ni de porte ni tenencia. El arma no estaba inscrita y tenía el número de serie borrado. Al ser sorprendido por el dueño del predio no opuso resistencia alguna cuando le pidió el arma, siendo éste quien luego la entregó a carabineros. La Corte de Apelaciones de Temuco rechazó un recurso de nulidad contra la sentencia absolutoria, interpuesto por el Ministerio Público, por no existir, a su juicio, puesta en peligro del bien jurídico protegido, ni siquiera peligro abstracto.⁴⁵

CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°17.798, establece el control de armas*. Informe Comisión Constitución, Legislación y justicia, p. 29. Disponible en www.bcn.cl [visitado el 18.11.2018].

⁴⁰ BASCUR, “análisis”, cit. nota n°17, p. 539.

⁴¹ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 20 (2006), pp.129-149, pp.131-132.

⁴² Coincido en este punto con BASCUR, “Análisis”, cit. nota n°17, p. 538. La tesis del adelantamiento de la punición en todos los delitos de peligro abstracto es sostenida por MARDONES, cit. nota n°17, p. 132-149.

⁴³ Sobre la base del “paradigma de la agresión”, fundamentación tradicional de los delitos de peligro abstracto. KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, N°1 (2009), pp. 7 – 10, en: www.indret.com [visitado el: 02.04.2017].

⁴⁴ KINDHÄUSER,., “Estructura”, cit. nota n°43, p.9

⁴⁵ SCA Temuco. Rol Corte Reforma procesal penal N°386-2017 de 31 de mayo de 2017.

Entiendo el peligro concreto como “la descripción en un tipo penal de un daño inminente cuya producción solamente depende, desde la perspectiva del bien, de la casualidad” y al peligro abstracto como “casos en los que ejemplarmente se habrían dado todas las condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiera encontrado en el mismo lugar”.⁴⁶ Hecha esta distinción, ¿por qué es correcta la decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco? Porque la conducta no representa una situación en la que haya una restricción del goce del bien jurídico seguridad colectiva (peligro abstracto), ni mucho menos una situación en la que el menoscabo al bien jurídico dependa de una casualidad (peligro concreto).⁴⁷ Y así, al tratarse de un arma que se porta dentro de un predio para ocuparla como arma de caza, que está descargada, es posible sostener que las personas que son los depositarios del bien jurídico “seguridad colectiva” pueden gozar del mismo sin restricciones, es decir, no ven restringidas sus posibilidades de salir a la calle con el temor de ser atacados o alcanzados por una bala, no podría verse menoscabada su seguridad, ni su integridad física por una mera casualidad, como por ejemplo, que se disparara el arma (pues estaba descargada).

Distinto es el caso del porte ilegal de un arma que se encuentra cargada, en la vía pública,⁴⁸ dado que es razonable pensar que las personas vemos restringida nuestra seguridad colectiva pues el que el arma se dispare o no y pueda llegar a herirnos, depende de la mera casualidad. En este sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel confirmando un fallo del TOP de Puente Alto que condenó a un sujeto por portar un arma en la vía pública, y también municiones del mismo calibre del arma, sostuvo que:

“la sentencia establece correctamente la antijuridicidad material por poner en riesgo los bienes jurídicos tutelados, que es precisamente la conducta descrita y sancionada en la norma, sin que se requiera, como lo sostiene el fallo, que el peligro se concrete para determinar la extensión del mal causado, porque justamente lo que se sanciona es la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados y no su lesión, la que colma toda la previsión típica, pues del texto no deriva el carácter concreto con el que se cree justificar la nulidad”.⁴⁹

Más compleja es la posesión o tenencia de armas, pues a diferencia del porte, pareciera que el riesgo para las condiciones necesarias para disponer racionalmente del bien jurídico seguridad colectiva, se difumina. Por ello es que tiene sentido el haber devuelto al campo del derecho administrativo sancionador la tenencia de arma inscrita en un domicilio distinto de aquel que fue declarado (art. 5 B), así como al traslado del arma a un lugar distinto de aquel declarado sin autorización (art. 11).

Tratar en profundidad el problema de la tenencia o posesión ilegales, así como el porte ilegal de armas, con la acuciosidad dogmática que requiere escapa al objeto de este

⁴⁶ KINDHÄUSER, “Estructura”, cit. nota n°43, p.13.

⁴⁷ Se sigue en esto a KINDHÄUSER, “Estructura”, cit. nota n°43, p.15.

⁴⁸ En estos casos la misma Corte de Apelaciones de Temuco tiende a condenar, ej. SCA de Temuco. Rol N°240-2017 de 04 de abril de 2017, que confirma STOP Temuco. RIT N°284-2016 de 20 de diciembre de 2016.

⁴⁹ SCA de San Miguel. Rol N°879-2016 de 07 de junio de 2016.

trabajo,⁵⁰ por lo que dejaremos aquí su examen, siendo mi pretensión ofrecer una visión de los efectos que está causando la reforma de la Ley N°20.813 en algunos ámbitos.

2. La reforma de la Ley N°20.813

La reforma de la Ley N°20.813 fue precedida de un acuerdo político en materia de seguridad ciudadana respecto de los delitos de porte y tenencia ilegales⁵¹ para imponer sanciones a quienes entregaren armas a menores de edad, y contemplar una medida cautelar de carácter general de prohibición de tenencia y porte para quienes hubieren cometido cualquier clase de delitos. De hecho, la establece y extiende para toda clase de delitos.⁵²

Sin embargo, durante la tramitación del proyecto de ley se fueron agregando nuevos elementos, y ya en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, se da cuenta de un acuerdo sobre la base de cinco criterios que apuntaban a: una mejor regulación de las armas hechas, de manera que pudieran quedar comprendidas en el concepto de armas todas las que no siendo de fuego hubiesen sido adaptadas para el disparo de municiones o cartuchos; la incorporación de las armas eléctricas al sistema de control; resolver la problemática del concurso real del delito base con el del porte o uso de armas de fuego;⁵³ la sistematización de los delitos de tenencia y porte ilegales según la peligrosidad del arma involucrada; y la incorporación de nuevos tipos penales tales como el disparo no autorizado en lugares públicos y la colocación de bombas y artefactos explosivos.⁵⁴

Finalmente, la Ley N°20.813 modificó mucho más de lo que se pretendía inicialmente, y afectó no solo a la Ley N°17.798 sino también al Código Penal, al Código Procesal Penal, y a la Ley N°18.216 sobre penas sustitutivas a las penas privativas y restrictivas de libertad. En general las reformas pueden agruparse en cinco grandes áreas:

- Control de armas y elementos similares, que comprende no solo el control en sentido estricto, sino, asimismo, precisiones en los elementos prohibidos, y el cómo se asegura el legislador que se cumpla.
- Reforma a tipos penales existentes, nuevos tipos penales y agravaciones: tenencia y porte de armas de fuego, colocación de artefactos explosivos, disparo injustificado de armas, figuras nuevas y agravaciones en relación a la tenencia de armas por menores.

⁵⁰ VILLEGAS, Myrna, “Delitos de porte y tenencia ilegales de armas y municiones. Especial referencia al derecho penal chileno” (inédito).

⁵¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813, Modifica Ley N°17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal*, 2015, p.4. Disponible en: www.bcn.cl [visitado el 11.04.2017]. Para un panorama político criminal respecto de las diversas iniciativas legales previas, véase SEGOVIA, Antonio, “Modificaciones a la Ley N°17.798, sobre control de armas: algunos comentarios en torno a los proyectos de ley en actual tramitación”, *Revista jurídica del Ministerio Público*, n°37 (2008), pp. 217-230.

⁵² Antes solo estaba contemplada para delitos de violencia intrafamiliar (VIF) y algunas figuras de la Ley de Seguridad del Estado.

⁵³ Hubo dos propuestas: establecer en el Código Penal figuras calificadas o introducir en la ley de control de armas una regla expresa que permitiera la acumulación material de penas cuando se configure un tipo de la Ley de control de armas y, a la vez, un ilícito del Código Penal.

⁵⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p. 386.

- Alteración de reglas ordinarias de penalidad: imposibilidad de construir concursos ideales, no aplicación de los arts. 65 a 69 del CP.
- Aspectos adjetivos; cambio en la competencia, desde ahora los tribunales militares ya no son más competentes para conocer de los delitos que se cometan en virtud de esta ley.

Por razones de extensión se hará referencia solo a aquellas disposiciones que importaron un cambio sustancial y/o nudo crítico tanto en su aplicación como en su formulación misma, reconduciendo a otros trabajos sobre las mismas en cuanto éste pudiere resultar redundante.⁵⁵

3. Control de armas y elementos similares

El control de armas y elementos similares está entregado a la DGMN, no obstante, la Ley N°20.813 introduce una norma en el art. 1 que permite al Ministerio del Interior y Seguridad Pública ejercer facultades fiscalizadoras en materia de procesamiento y tratamiento de datos, y coordinación y fomento de medidas de prevención y control de la violencia relacionadas con el uso de armas, conforme a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N°20.502.

La introducción de esta norma no estuvo exenta de polémica, argumentándose que crearía conflictos entre instituciones.⁵⁶ Tal conflicto, en un Estado constitucional de derecho, no debería producirse, pues no solo es legítimo sino además prudente que el poder civil fiscalice al militar. Especialmente a la luz de casos de corrupción detectados en el país, como la desviación de cuantiosos fondos de la Ley Reservada del Cobre, que eran justificados en compras de material bélico que nunca existió, o en reparaciones del mismo material que nunca se hicieron,⁵⁷ así como de fallas en el sistema de control material de las armas, a las cuales se hará referencia más adelante.

3.1. Nuevos elementos sujetos a control

Se incluyó como elementos sujetos a control en el art. 2, las municiones, explosivos o elementos similares construidos para ser utilizados en la guerra por las fuerzas armadas (art. 2 letra a) y los dispositivos de las armas de fuego (art. 2 b). Antes eran éstas, sus partes y piezas. Sobre las bombas o artefactos explosivos o incendiarios, distingue entre los que son de uso bélico, industrial o cualquier otro uso legítimo, y los de uso ilegítimo, sometiendo a

⁵⁵ Ampliamente BASCUR, “Análisis”, cit. nota n°17 y CEA / MORALES, *Control de armas*, cit. nota n°1.

⁵⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p. 377.

⁵⁷ Se hace referencia al coloquialmente denominado caso de “Milicogate”, que fue detectado por una investigación periodística, y luego judicializado. Ver WEIBEL, Mauricio, *Traición a la patria. “Milicogate”. El millonario desfalco a la ley del cobre. La historia oculta de la corrupción en el ejército de Chile*, Santiago de Chile: Ed. Aguilar, 2016.

control los primeros, así como sus partes, dispositivos y piezas, incluyendo los detonadores y elementos similares.⁵⁸

Esta distinción tiene una ventaja pues clarifica la ambigüedad de la anterior regulación en cuanto ellos estaban incluidos tanto como elementos sujetos a control del art. 2, como elementos prohibidos del art. 3. Pero tiene una desventaja desde que crea un problema de carácter penológico, por cuanto la tenencia o posesión ilegales tiene diferente pena según se trate de unos u otros, independientemente del poder destructivo del explosivo en sí mismo.

Así, se da la paradoja que la tenencia y posesión ilegales de explosivos, artefactos o similares bélicos o de uso industrial o minero, es decir los de uso legítimo tienen asignada una pena que oscila entre los 3 años y 1 día a 5 años de presidio menor en su grado máximo (art. 9). En cambio, las mismas conductas respecto de los que no son de uso legítimo, es decir, los prohibidos, y que están referidos en el art. 3, independientemente de su poder destructivo, son sancionados en virtud de los arts. 13 y 14.

Luego, la tenencia de un artefacto casero hecho con un extintor y pólvora negra, tendrá una pena que oscila entre 3 años y 1 día a 10 años de privación de libertad, es decir, la misma pena inferior a la que correspondería por la tenencia de un artefacto confeccionado con dinamita, e incluso una pena que en su extremo superior la dobla. Asimismo, el porte del artefacto explosivo casero, que supone un incremento del riesgo en relación a la tenencia del mismo, paradójicamente, tiene la misma pena. En este sentido se produce una desproporción en las penas, pues no se considera la mayor o menor afectación que pueda suponer la conducta a las condiciones bajo las cuales las personas puedan disfrutar despreocupadamente de su bien jurídico colectivo, siendo la afectación de estas condiciones mayor si se usa un artefacto industrial que uno casero, así como cuando se porta el artefacto respecto de la mera tenencia.

Dentro de la idea de controlar en mejor forma las armas actualmente también figuran como elementos sujetos a control, las “armas basadas en pulsaciones eléctricas, tales como los bastones eléctricos o de electroshock y otras similares” (art. 2 h), y como elementos prohibidos, las armas transformadas para el disparo de municiones o cartuchos, y aquellas que carezcan de número de serie, añadiéndolas así a las que tenían número de serie adulterado o borrado (art. 3 inciso 1).

Para diferenciarlas de las armas de fabricación artesanal y de las armas de fantasía se incluye en forma explícita a las “armas de juguete, de fogueo, de balines, de postones o de aire comprimido adaptadas o transformadas para el disparo de municiones o cartuchos, artefactos o dispositivos, cualquiera sea su forma de fabricación, partes o apariencia, que no sean de los señalados en las letras a o b) del art. 2 y que hayan sido creados, adaptados, o transformados para el disparo de municiones o cartuchos”.

⁵⁸ Art. 2 d) somete a control a los “explosivos y otros artefactos de similar naturaleza de uso industrial, minero u otro uso legítimo que requiera de autorización, sus partes, dispositivos y piezas, incluyendo los detonadores y otros elementos semejantes”.

En esta parte la norma resulta farragosa, pues pretende abarcar toda la cantidad de armas posibles de manera de poder evitar disquisiciones respecto a si podrían ser o no consideradas armas de fabricación artesanal o armas transformadas respecto de su condición original, como sucedía con las armas de fogueo adaptadas para el disparo.

En este punto resulta interesante un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, del cual se puede deducir que en su concepto no habría sido necesario incluir esta disposición por cuanto ya habría estado comprendida en el concepto de armas transformadas respecto de su condición original. Tal sucedió con un sujeto que fue condenado por el delito de tenencia ilegal de un arma de fogueo adaptada para el disparo, por hechos acaecidos con anterioridad a la reforma de la Ley N°20.813. La defensa interpuso recurso de nulidad argumentando que el arma a fogueo adaptada para el disparo no cabría dentro del concepto de arma de fabricación artesanal ni de transformada respecto de su condición original, lo que quedaba de manifiesto a la luz de la reforma de la Ley N°20.813 que las distingue en forma expresa, lo que implicaba entonces que con anterioridad a dicha modificación no tenían ese carácter.⁵⁹ La Corte rechazó el recurso.

Es preciso hacer notar que esta discusión no fue pacífica en el Congreso, acusándose a esta incorporación de sobreabundar en lo existente.⁶⁰ Se contra argumentó que:

“se trataría de dispositivos distintos, pues en el caso de las armas de fabricación artesanal se utilizan elementos comunes como trozos de cañerías de cobre, para fabricar desde cero un artefacto capaz de disparar munición de armas de fuego. En cambio, la indicación se refiere a juguetes que tienen la apariencia de armas letales y que son adaptados para funcionar con balas verdaderas”⁶¹. Y que “bien vale establecer en la ley una referencia expresa y distinta de las armas artesanales”.⁶²

Respecto de los artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, las sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, los implementos destinados a su lanzamiento o activación y las bombas o artefactos explosivos o incendiarios, la prohibición, a diferencia de la regulación anterior que solo contemplaba la tenencia, se extiende también hacia el porte de dichos artefactos. Volveré sobre este punto.

3.2. Infracciones relacionadas con la compra, venta e inscripción de armas y municiones

En la idea de mayor control, la Ley N°20.813 modificó el art. 4 exigiendo a las personas autorizadas para vender armas y otros, que al momento de la compra individualicen en forma completa el arma y a su comprador, imponiendo en el art. 9 A una sanción

⁵⁹ SCA de Temuco. Rol N°456-2015 de 03 de junio de 2015.

⁶⁰ En opinión de José Luis Guzmán Dalbora, se encontraba comprendida dentro del concepto de armas de fantasía; en opinión del senador Araya se encontraba comprendida en el concepto de arma de fuego de fabricación artesanal. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, pp. 389 y 390.

⁶¹ Opinión del senador Prokurica, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p.390.

⁶² Opinión del senador Harboe, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p. 390.

administrativa (multa de 100 a 500 UTM) para su infractor. Asimismo, respecto de la inscripción de armas, el art. 5° hace un reenvío al Reglamento⁶³ para señalar los estándares y procedimientos para acreditar conocimientos sobre armas y aptitud física y psíquica, dejando expresa constancia que esta última debe ser acreditada por personal idóneo. Y adiciona dos requisitos a los ya existentes: no encontrarse sujeto a medida cautelar personal de prohibición de tenencia, posesión o porte de armas de fuego, municiones o cartuchos (art. 155 h) CPP y art. 91 N°1 Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia), y que no se le haya cancelado alguna inscripción en los cinco años anteriores.

Estas normas generaron incomodidad entre los vendedores de armas, los clubes de tiro y la federación de tiro quienes argumentaron que la política sobre control de armas debía estar dirigida hacia los delincuentes, las armas hechas y al ciudadano que quiere defenderse.⁶⁴ Se opusieron al control de las armas por parte del Ministerio del Interior, indicando que todo debía quedar en manos de la DGMN, pues el doble control solo generaría obstáculos. Así también manifestaron su oposición a que las armas de fogeo y balines, armas neumáticas, ballestas y hondas profesionales quedaran sujetos a control por cuanto “Estas ‘armas’ se han vendido sin restricciones, por lo que no existe un registro de éstas, ni cantidad, ni quiénes son sus propietarios”,⁶⁵ lo que originaría que muchos propietarios que incurrieran en un delito, o un colapso del sistema de inscripción de armas, supuesto que quisieran inscribirlas.

Sin embargo, y a pesar de estas objeciones, lo cierto es que se despenalizaron conductas que antes estaban criminalizadas, al menos para los vendedores de armas. Y así por ejemplo, la venta de municiones o cartuchos omitiendo registrar la venta con la debida individualización del comprador, se sanciona ahora con una multa administrativa y no con pena privativa de libertad (art. 5 A).⁶⁶ Paradójicamente tras la reforma de la Ley n°20.813, aumentaron los delitos de porte y tenencia de municiones. Así lo perciben algunos actores del sistema penal de Santiago entrevistados⁶⁷ y lo corroboran las cifras del Ministerio Público, que registra entre 2016 y agosto de 2017 un total de 849 ingresos por el delito de posesión o tenencia ilegal de municiones y otros elementos del art. 9 inciso 2. Desagregados por año, en 2016 se registran 333 ingresos, que en 2017 ascienden a 516. La mayoría de ellos se concentran en la Región Metropolitana (326), V región (111) y VIII región (122). Los lugares en los que existen menos ingresos son: la XII región (1) y la XV región (7).⁶⁸

⁶³ Decreto N°77 de 14.08.1982, aprueba reglamento complementario de la Ley N°17.798, que establece el control de armas y explosivos.

⁶⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p. 326.

⁶⁵ FEDERACION CHILENA DE TIRO PRÁCTICO, Modificaciones a la actual ley de control de armas y elementos similares - boletín 6201-02, 23.07.2014, en www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto...269... [visitado el 12.04.2018].

⁶⁶ La pena era presidio menor en cualquiera de sus grados (Art. 9°A N° 4). Actualmente la venta de municiones o cartuchos a comprador que fuere tenedor, poseedor o portador de armas inscritas a su nombre, se sanciona con una multa administrativa de 100 a 500 UTM

⁶⁷ Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017; Entrevista Juez (a) 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre de 2017.

⁶⁸ Información extraída a partir de datos proporcionados por Ministerio Público. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017.

El número de condenas por estos mismos delitos asciende a un total de 137 en el mismo periodo, advirtiéndose un notorio aumento de las mismas pues en 2016 se registraron 38 condenas, mientras que solo hasta agosto de 2017, se registraron 99.

Finalmente, y como un elemento criminógeno por su potencial incidencia en esta clase de delitos, es el descontrol sobre armas y municiones que detectó el año 2017 la Contraloría General de la República respecto de las armas destinadas al uso de Carabineros.⁶⁹ Según el Informe Final de la “Auditoría al proceso de control de armas y municiones destinadas al uso del personal de Carabineros de Chile” que comprendió el período 1 enero a 31 diciembre de 2016, se detectaron incumplimientos a la normativa de armas que afectan la eficacia del control de las existencias de armas y municiones. Como por ejemplo, diferencias entre la cantidad de elementos registrados en el sistema de inventarios y el conteo físico de las mismas, no inclusión de una copia del acta en los estados comprobatorios de consumo de munición; deficiencias en la ejecución de prácticas de tiro que incluyen desfases entre el uso efectivo de municiones y su confirmación a la sala de armas, autorizaciones de prácticas de tiro genéricas lo cual determina la ausencia de visaciones de estos eventos, lo que impide controlar adecuadamente el consumo de las municiones.⁷⁰

Esta falta de fiscalización parece presentarse también en las Fuerzas Armadas, como da cuenta el siguiente relato de Antofagasta:

“La otra vez tuvimos una causa (2016) de una persona que fue fiscalizada en el aeropuerto y llevaba muchas municiones de tamaño gigantesco, una era como estilo misil, pero yo diría que es ‘la causa’ que ha tocado en todo este tiempo acá, con armamento de guerra... era de la que usaba la naval y la fuerza aérea, no era lo que normalmente nosotros vemos acá, que son las escopetas y los cartuchos de escopetas, el caballero tenía irreprochable conducta anterior [...] él era un ex funcionario de una de las ramas de las fuerzas armadas, no me acuerdo en este momento cuál, pero no era de carabineros, según lo que adujo era que llevaba la munición en ese momento porque iba a efectuar unas capacitaciones en Santiago o en sus alrededores... una persona no traslada estas cosas si sabe que son material prohibido [...] porque por último si es con fines académicos se consigue un permiso especial”.⁷¹

⁶⁹ VILLEGAS, Myrna, “Corrupción y criminalidad organizada. Aproximaciones al terrorismo, contraterorismo y tráfico de armas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°28, (2018), pp. 51-76; p.69-73.

⁷⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DEPTO. FF. AA, SEGURIDAD, PRESIDENCIA, HACIENDA Y RR.EE, Unidad Orden y Seguridad (2017), Informe Final: Carabineros de Chile. Informe N°532/2017 de 4 de diciembre de 2017, pp.15-20. Parece imposible no relacionar esta ausencia de control con hechos delictivos presumiblemente cometidos por funcionarios de esta misma institución. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/10/30/925799/Detienen-a-31-personas-por-inscripcion-y-venta-irregular-de-armas-Cinco-eran-carabineros.html> [visitado el 19.11.2018]

⁷¹ Entrevista Juez(a) TOP de Antofagasta, Antofagasta, de 15 de noviembre de 2017. No puede dejar de mencionarse el presunto tráfico de armas por parte de algunos miembros del Ejército hacia organizaciones delictuales dedicadas al narcotráfico denunciado en noviembre de 2018. <http://www.theclinic.cl/2018/11/22/comandante-en-jefe-del-ejercito-revela-que-oficiales-trafficaron-armas-para-bandas-de-narcos/>; <https://www.radioagricultura.cl/nacional/2018/11/24/el-nuevo-escandalo-que-remece-al-ejercito-el-trafico-de-armas.html> [visitado el 29.11.2018]

4. Nuevos tipos penales

4.1. Figuras relacionadas con artefactos explosivos e incendiarios

Probablemente uno de los mayores aciertos de la reforma haya sido la inclusión de un tipo penal de colocación, activación, detonación de bombas o artefactos explosivos o incendiarios, pues vino a colmar un vacío legal toda vez que el tipo penal de colocación y otras conductas afines, de artefacto explosivo o incendiario, es una de las figuras de la Ley N°18.314, pero no contaba con un tipo penal común paralelo.⁷²

El punto álgido sobre esta discusión se dio en el “Caso Pitronello”, joven perteneciente a un colectivo anarquista que colocó un artefacto explosivo hecho con un extintor y pólvora negra a las afueras de una sucursal bancaria a altas horas de la noche. El artefacto le explotó en las manos lo que le provocó la amputación de ella, y quemaduras en otras partes del cuerpo. Fue precisamente en este fallo, confirmado por la Corte de Apelaciones, a raíz de la discusión sobre si la conducta era o no terrorista, que los jueces llegaron a determinar que no lo era por insuficiencia del elemento subjetivo del tipo, esto es, no se había logrado probar en el proceso que la finalidad del imputado era la de causar temor a la población, sino más bien, causar daños a la sucursal bancaria.⁷³ La inexistencia de un tipo penal común paralelo llevaba a una conclusión dogmática indubitada, esto es, la atipicidad de la conducta de colocar bombas,⁷⁴ y la calificación simplemente por el delito de daños, tesis que el TOP no sostuvo, sino que realizando una interpretación más o menos extendida del tipo penal de posesión de explosivos, señaló que la conducta de colocar el artefacto explosivo suponía su posesión.⁷⁵

Así, la colocación de bombas y artefactos explosivos quedaba consumida por el delito de posesión ilegal, como si se tratara de una especie de agotamiento del mismo, figura que se presentaba en concurso con el delito de daños, discutiéndose si se trataba de un concurso aparente o de un concurso de delitos, y en este último caso si era real o ideal medial.⁷⁶

La actual Ley N°17.798, modificada por la Ley N°20.813, resolvió el problema⁷⁷ desde que en su artículo 14 D incisos 1, 2 y 3 sanciona expresamente a quien colocare, enviare, activare, arrojaré, detonare, disparare o hiciere explotar bombas o artefactos explosivos,

⁷² WINTER, Jaime, “Comentario a SCS Rol N°4.883-2013. Concurso entre tenencia de explosivos y daños provocados con ellos”, *Revista chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. 2, N°4, (2013) pp. 267-276, p. 271. VILLEGAS, Myrna, “La tentativa inidónea en los delitos de terrorismo en el derecho penal chileno. a propósito de los artefactos explosivos e incendiarios”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLIII, N°3 (2016), Ed. La Ley, Thompson Reuters, Santiago de Chile, p. 22.

⁷³ SCA de Santiago, 19.11.2012, Rol N°2384-12.

⁷⁴ Ampliamente VILLEGAS, Myrna, “Informe en derecho. La aplicación de la ley antiterrorista en el “Caso Pitronello”, Unidad de Estudios Regional Metropolitana Norte, Defensoría Penal Pública, n°3 (Julio 2013) en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7763> [Visitado el 11.04.2017]

⁷⁵ El TOP calificó los hechos como delito de posesión de bombas del art. 3°, inciso 3° de la Ley N°17.798 y delito de daños en perjuicio del Banco Santander Chile S.A (art. 487 CP). STOP, 4° TOP de Santiago. RIT N° O-150-2012, de 15 de agosto de 2012. *Ministerio Público v/s Luciano*.

⁷⁶ En esta última postura WINTER, “Comentario a SCS”, cit. nota n°72, p. 272.

⁷⁷ Se coincide en este punto con BASCUR en el sentido que el objeto de esta reforma fue satisfacer un requerimiento político criminal, BASCUR, “Análisis”, cit. nota n°17, pp.578-579.

químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos,⁷⁸ lo que permitiría una mayor razonabilidad durante la formalización en el sentido de no invocarse como *prima ratio* la ley de conductas terroristas, invocación que por lo demás terminaba siendo cuestionada toda vez que la calificación como terrorista de una conducta permitía, de entrada, iniciar un procedimiento restrictivo de garantías y alterador de las reglas sustantivo penales y procesales ordinarias, para luego concluir en la sentencia que el delito no era terrorista sino un delito común.⁷⁹

La definición de artefacto explosivo contenida en el reglamento de la LCA es bastante amplia,⁸⁰ pero no comprende las bombas incendiarias (molotov), respecto de las cuales no hay definición legal.

Ahora bien, en mi opinión no es correcto afirmar que las conductas tipificadas en el art. 14 D incisos 1, 2 y 3, son los “delitos base” del tipo penal de terrorismo que regula los artefactos explosivos. En primer lugar, por cuanto la formulación de la conducta típica del art. 2 num. 4 de la Ley N°18.314⁸¹ no es igual a la del art. 14 D incisos 1, 2 y 3 de la Ley N°17.798, y en segundo lugar, porque la Ley 18.314 no fue modificada por la Ley N°20.813, por lo que no puede entenderse que el legislador haya querido establecer el delito contemplado en el art. 14 D incisos 1, 2 y 3 de la LCA como delito base de un delito terrorista. De esta forma, respecto de la calificación terrorista seguirán produciéndose los mismos problemas, probatorios en cuanto a la finalidad.

Se quiere insistir en esto, el problema que resuelve el art. 14 D en sus tres primeros incisos de la Ley N°17.798 es impedir la atipicidad de una conducta que se producía cada vez que

⁷⁸ Artículo 14 D.- El que colocare, enviare, activare, arrojar, detonare, disparare o hiciere explotar bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos 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, será sancionado con presidio mayor en su grado medio. La misma pena se impondrá al que enviare cartas o encomiendas explosivas, químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo.

Si las conductas descritas en el inciso precedente se realizaren en, desde o hacia lugares u objetos distintos los allí señalados, la pena será presidio mayor en su grado mínimo.

Ejecutándose las conductas descritas en los incisos anteriores con 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, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo, en el caso del inciso primero, y de presidio menor en su grado medio, en el del inciso segundo.

⁷⁹ Ampliamente, VILLEGAS, Myrna, “Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)”. *Polít. Crim.* Vol. 13, N°25 (2018), pp. 501-547, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A13.pdf, p. 8.

⁸⁰ Art. 68 Reglamento Ley de Control de Armas: “Se considera explosivo toda sustancia o mezcla de sustancias químicas que, por la liberación rápida de su energía, en general, produce o puede producir, dentro de un cierto radio, un aumento de presión y generación por el calor, llama y ruido.

Del mismo modo se consideran explosivos los objetos cargados con explosivos.”

⁸¹ El tenor de dicho artículo es el siguiente: “Artículo 2°.- Constituirán delitos terroristas, cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior[...] 4.- Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos”.

no lograba probarse la finalidad terrorista, y así sancionarla por la vía del delito común. Y no al revés, esto es, suponer una aplicación directa del art. 14 D incisos 1, 2 y 3 en la ley de conductas terroristas para ampliar el tipo penal contemplado en el art. 2 N°4 de la Ley N°18.314. Este último es un delito “autónomo” pues, por un lado, describe expresamente la conducta, con menos verbos rectores que la descripción típica del art. 14 D (no contiene por ejemplo el “hacer explosionar”, sino el “colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar”), y por otro, en cuanto al objeto material, la descripción típica contenida en la Ley N°18.314 es más amplia en su formulación, pues hace referencia a bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo (además de armas de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos). Esta amplitud debe ser interpretada a la luz del Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con Bombas, que define las armas y artefactos explosivos o incendiarios para cometer actos de terrorismo según obedezcan éstos al propósito de causar o puedan causar muerte, lesiones graves o grandes daños materiales.⁸²

Por último, el delito contemplado en el art. 2 N°4 de la Ley N°18.314 tiene una penalidad única asignada en el art. 3 de la misma ley, la que, a diferencia de los delitos señalados en los numerales 1 y 3 del art. 2, no se remite a una agravación en uno, dos o tres grados respecto de algún delito base, como en efecto sucede respecto de los preceptos del Código Penal o de la Ley N°12.927, sobre Seguridad del Estado aludidos en dichos numerales.

El art. 14 D inciso 1 de la Ley N°17.798, tiene una descripción típica bastante enmarañada. Si bien comprende el colocar, enviar, activar, arrojar, detonar, disparar o hacer explosionar bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos, distingue, a efectos de la pena, según la conducta se ejecute “en, desde o hacia” la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público o “dentro o en contra de” medios de transporte público y una serie de otros lugares que detalla, y que de alguna manera cumplen una función social, dejando incluso el tipo penal abierto.⁸³ Introduce además un elemento que no está sujeto al control de la DGMN, los elementos infecciosos⁸⁴ y tipifica en el inciso 1 también el envío de cartas o encomiendas explosivas, químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo. En estos casos, la pena es de presidio mayor en su grado medio (10 y 1 a 15 años). Cuando las conductas se realizan en, desde o hacia lugares u objetos distintos a los indicados, la pena es de presidio mayor en su grado mínimo (5 y 1 a 10 años).

⁸² Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. “Art. 1.3 Por ‘artefacto explosivo u otro artefacto mortífero’ se entiende:

a) Un arma o artefacto explosivo o incendiario que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte, graves lesiones corporales o grandes daños materiales; o
b) El arma o artefacto que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte o graves lesiones corporales o grandes daños materiales mediante la emisión, la propagación o el impacto de productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radiactivo”.

⁸³ La norma señala expresamente a las “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”

⁸⁴ CEA / MORALES, Control de Armas, cit. nota n°1, p. 183.

El tipo penal distingue también según los artefactos sean de mayor o menor poder expansivo, penalizando más suavemente a aquellos “artefactos” incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos, que estén compuestos de pequeñas cantidades de combustible u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares. En estos casos si se trata de lugares descritos en el inciso 1, que podríamos llamar “lugares públicos” y propiedad que cumple una función social, la pena es de presidio menor en su grado máximo (3 y 1 a 5 años). Si es en otros lugares, presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años).

Es acertada la distinción entre elementos de mayor o menor peligrosidad, atendiendo a su poder destructivo y expansivo, para otorgar penas diferentes. Sin embargo, podemos observar ciertas inconsistencias en la ley si relacionamos esta norma con los arts. 3 (elementos prohibidos), 13 (tenencia elementos prohibidos) y art. 14 (porte de elementos prohibidos). Pues la tenencia y el porte de una bomba molotov, o de un artefacto casero,⁸⁵ tienen la misma pena, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 y 1 a 5 hasta 10 años), lo que supone una desproporción atendido el riesgo que para el bien jurídico (orden público)⁸⁶ suponen las conductas. Portar una bomba molotov en la vía pública supone un riesgo para el orden público. Pero es difícil sostener que el escenario de intangibilidad de este orden público pudiera verse afectado si se tiene la bomba molotov en casa.

Hay también una desproporción en la pena pues el uso del artefacto (colocar, arrojar, disparar, hacerlo explotar, enviar), que supone ya no un riesgo sino una afectación al bien jurídico, tiene una sanción menor que la de su tenencia y porte, pues esta conducta, si se realiza en lugares públicos, alcanza como máximo una pena de cinco años (va desde 3 años y 1 día a 5 años), y si es en otros lugares, la conducta se sanciona con 541 días a 3 años.

Entonces, el efecto criminógeno de la disposición es evidente pues si la tenencia y el porte del artefacto tiene una pena mayor en su extremo superior que su colocación, o arrojarlo, o hacerla explotar, el sujeto definitivamente tenderá a deshacerse del artefacto lo más rápido que sea posible.

Por otra parte, el uso de un artefacto de bajo poder expansivo tipificado en el art. 14 D inciso 3, tiene una pena análoga al disparo injustificado de arma de fuego, ya sea que éste se efectúe en lugares públicos o privados, y una pena menor que el disparo o utilización de armas del art. 3°, cualquiera sea el lugar en que la conducta se realice.

Esta inconsistencia en las penas ha llevado a la Defensoría Penal Pública a sostener que las bombas molotov y los artefactos de bajo poder expansivo no quedan comprendidos en los

⁸⁵ Considerado artefacto explosivo de acuerdo con la definición del art. 68 del Reglamento de la Ley N°17.198.

⁸⁶ Ver supra 1.1. Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contemplados en la Ley N°17.798.

arts. 2° o 3° de la LCA. Por tanto, a su juicio, el porte, tenencia o posesión de estos artefactos es atípico.⁸⁷

En opinión de esta autora, una cosa es denunciar la inconsistencia en la proporcionalidad de las penas que se produce por una técnica legislativa desprolija, y otra distinta es colegir que ella implique la atipicidad del porte y tenencia de este tipo de artefactos. Esto toda vez que la Ley N°20.014 de 13 de mayo de 2005, que reformó la ley de control de armas, incluyó expresamente “las bombas o artefactos explosivos o incendiarios” como elementos prohibidos en el art. 3 inciso 2, y se dejó claro en la discusión parlamentaria que precedió a dicha reforma que con ello se pretendía regular las bombas molotov.⁸⁸ Por otra parte el artefacto explosivo, así sea, casero, responde al concepto de explosivo que otorga el art. 68 del Reglamento de la Ley N°17.798. En el art. 3 se indica además que “nadie puede poseer, tener o portar” estos artefactos, y consiguientemente el art. 13 inciso 1 sanciona la tenencia de los mismos, y el art. 14 inciso 1, el porte.⁸⁹

Las conductas típicas relacionadas con artefactos explosivos son de muy baja frecuencia, tal como se puede apreciar de las cifras y las entrevistas realizadas. Entre 2015 y 2017 se registran 15 casos ingresados, de ellos ninguno corresponde al año 2015, en 2016 hay 8 ingresos y en 2017 hay 7 ingresos. No hay condenas en el período, advirtiéndose otro tipo de salidas (archivo provisional, agrupación a otro caso, facultad para no investigar, sobreseimiento definitivo). Es paradójico que, en el año 2016, en 7 de los 8 ingresos registrados, se decretó prisión preventiva. En 2017 (hasta agosto) no hay prisiones preventivas.⁹⁰

Los actores del sistema penal entrevistados señalan que este delito aparece por regla general asociado a manifestaciones de violencia política o social, muy raramente a delincuentes habituales,⁹¹ mencionan en la zona norte del país algún hecho relacionado con el comercio ilícito de explosivos industriales (pequeña minería),⁹² y en muy pocos casos

⁸⁷DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Departamento de Estudios. Minuta sobre las modificaciones introducidas a la Ley de Control de Armas (Ley N°17.798) por la Ley N°20.813, Santiago, diciembre de 2015, pp. 14 y ss.

⁸⁸BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N°20.014*, cit. nota n°6, p. 52, 161, 191, 210, 213. Señala el art. 3 inciso 2: 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.

⁸⁹ Artículo 13°inciso 1°. Los que poseyeren o tuvieren alguna de las armas o elementos señalados en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3° serán sancionados con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Art. 14 inciso 1. Artículo 14°.- Los que portaren alguna de las armas o elementos señalados en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3° serán sancionados con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

⁹⁰ Información extraída a partir de datos proporcionados por Ministerio Público. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017.

⁹¹Entrevista Juez(a), 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre de 2017; Entrevista Defensor(a), Defensoría Local de La Florida, Santiago, de 21 de septiembre de 2017.

⁹² Entrevista Juez(a), TOP de Antofagasta, Antofagasta, de 15 de noviembre de 2017.

explosión de cajeros automáticos pues el método más usado para la comisión de este delito es la saturación por gas.⁹³

4.2. Disparo injustificado de armas.

En este art. 14 D se contiene además otro tipo penal, el disparo injustificado de armas de fuego (inciso 3), conducta que se sanciona en forma distinta según se haga en, desde o hacia lugares públicos o de los señalados en el inciso 1, caso en el cual la pena es de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años), si lo hace en lugares distintos, la pena es de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años). Si lo hace con material de uso bélico la pena se aumenta en un grado.

Coincidiendo con Bascur,⁹⁴ para que este delito se configure, el disparo debe exceder de las autorizaciones legales, incluidas todas las causas de justificación (y no solo la legítima defensa o el cumplimiento de un deber⁹⁵) así como aquellas autorizaciones administrativas que determinan la atipicidad de la conducta.

Desde hace ya algún tiempo hemos venido asistiendo a una serie de muertes producto de “balas locas”, y si bien puede comprenderse la intención del legislador al punir una conducta como ésta, es preocupante la desproporción de la pena en relación, por ejemplo, al delito de lesiones. Pues si el sujeto dispara injustificadamente en un lugar privado sin lesionar a nadie, tiene la misma pena que si causare lesiones graves simplemente graves (art. 397 n°2) a una persona (presidio menor en su grado medio, 541 días a 3 años). Lo que da cuenta de una desproporción en las penas que el legislador no previó.

Por otra parte, deslindar que se trató de una conducta dolosa o imprudente puede tener sus dificultades porque si bien el tipo penal es doloso, una conducta injustificada puede provenir de una imprudencia o negligencia. Así sucede con el vecino que escucha ruidos en el camino que lleva a su parcela y dispara un tiro al aire que causa daños en el techo del otro vecino.⁹⁶

Sin embargo, el mayor problema que se produce es probatorio, por ello es que, en la percepción de los actores del sistema penal entrevistados, este delito ha tenido escasa aplicación.⁹⁷ Las cifras a nivel nacional⁹⁸ dan cuenta de una aplicación progresiva e in

⁹³Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017; Entrevista Juez(a), 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre de 2017; Entrevista Defensor(a), Defensoría Local de La Florida, Santiago, de 21 de septiembre de 2017; Entrevista Defensor(a) Local de Antofagasta y Defensor(a) Local de Calama, de 17 de noviembre de 2017.

⁹⁴ BASCUR, “Análisis”, cit. nota n° 17, p. 584

⁹⁵ En esta opinión, CEA / MORALES, Control de Armas, cit. nota n°1, p.186.

⁹⁶ En estos casos, para poder sancionar la conducta imprudente es preciso que el agente conozca la aptitud riesgosa de la conducta. VARGAS, Tatiana, “Peligro, peligrosidad y previsibilidad: una breve reflexión a propósito de los delitos de peligro”, *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLI, N°3 (2014), pp.165-182, p. 177.

⁹⁷ Salvo un caso (Entrevista Defensor(a), Defensoría Regional Metropolitana, Santiago, de 21 de septiembre de 2017), a ninguno de los entrevistados le ha tocado conocer de este tipo de causas, y todos coinciden en que la dificultad consiste en saber quién es el autor de los disparos.

crescendo del tipo penal. Así, por ejemplo, si en 2015 no se registran este tipo de ingresos, en 2016, ingresaron 42 denuncias, que ascienden a 79 en 2017 (hasta agosto). Es decir, entre 2015 y agosto de 2017 se registró un total de 121 casos, de un total nacional 71.232 denuncias e ingresos por infracción a la Ley N°17.798. De ellos hubo 13 sentencias condenatorias, 5 sentencias absolutorias, 25 fueron a archivo provisional, 8 agrupadas a otros casos, y el resto se reparte entre otras causales de término.⁹⁹ En 26 casos hubo prisión preventiva.

4.3. Figuras relativas a la posesión de armas por parte de menores

Como parte de lo que BÖHM denomina la “securitización”, existe una preocupación social creciente por el uso de armas por parte de menores. La securitización se define como aquel proceso discursivo que declara en peligro a un cierto objeto de referencia y justifica su protección a través del sistema penal e incluso parapenal¹⁰⁰, aun cuando ello no tenga asidero en la realidad.

En nuestro país, las cifras de menores que ingresaron al sistema por delitos de la Ley N°17.798 dan cuenta que son muy inferiores a las de los adultos, y que tampoco experimentaron un aumento significativo en los años anteriores a la reforma de la Ley N°20.813. Entre 2009 y agosto de 2017 ingresaron al sistema y obtuvieron condena 19.934 personas. De ellas, 17.868 corresponden a adultos, mientras que solo 2.056 corresponden a menores de edad. La mayoría son hombres, con la siguiente desagregación:

Número de condenas considerado por año de ingreso de causa al sistema ¹⁰¹							
Femenino				Masculino			
Totales		Adulto	Menor	Totales		Adulto	Menor
General	1.347	1301	46	General	18.587	16.577	2.010
2009-2011	585	564	21	2009-2011	7.947	7.148	799
2012-2014	473	461	12	2012-2014	7.179	6.532	827
2015-2017		276		2015-2017	3.461	3.077	384
(08)	289		13	(08)			

No obstante, mediante la Ley N°20.813 se introdujo el art. 10 A que sanciona al que teniendo autorización para la tenencia de alguno de los elementos sujetos a control de las letras a), b), c), d) y e), lo entregare a un menor de edad. Recordemos que dentro de estos elementos se cuentan no solo el material de uso bélico, sino asimismo las armas de fuego,

⁹⁸ Información extraída a partir de datos proporcionados por Ministerio Público. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017.

⁹⁹ Sobreseimiento temporal (2), Facultad de no investigar (2), Suspensión condicional del procedimiento (1), Sobreseimiento definitivo (1), decisión de no perseverar (3), incompetencia (1). Fuente: Ministerio Público. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017.

¹⁰⁰ BÖHM, María Laura, “Securitización”, en AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Alemania: Göttingen University Press, 2016, pp. 174-201, p.182.

¹⁰¹ Información extraída a partir de datos proporcionados por Ministerio Público. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017.

sus partes (por ejemplo, una empuñadura), sus dispositivos (un silenciador) y piezas (un cargador vacío), las municiones y cartuchos (ejemplo, un cartucho de escopeta), sustancias químicas que sirven de base para la fabricación de explosivos (ejemplo, pólvora), elementos lacrimógenos o de efecto fisiológico (ej. un spray de gas pimienta). La pena es presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días).

El inciso siguiente castiga con la misma pena al que, teniendo dicha autorización, permitiere que un menor de edad a su cargo tenga en su poder alguno de estos elementos. Y el inciso 3° castiga con multa administrativa la conducta imprudente, esto es, al tenedor cuya imprudencia produce que las armas queden en poder de un menor a su cargo.

Como puede observarse, la disposición castiga una conducta activa (entregar) en el inciso 1 y una omisiva (permitir que el menor tenga en su poder), configurando un delito de peligro abstracto¹⁰² pues no se sabe, en el primer caso, para qué entrega el arma a un menor (si para que se defienda, si para que cometa delito), y en el segundo caso, tampoco queda claro el por qué se “permite” que la tenga, siendo difuso el límite con la imprudencia.¹⁰³ La norma tendría por finalidad el dar una señal a los adultos que cometen delito usando menores.¹⁰⁴ Durante la discusión parlamentaria se aludió al “peligro común y el peligro de corrupción de los menores de edad”,¹⁰⁵ sin embargo, pareciera que tales bienes jurídicos ya estarían suficientemente protegidos por el hecho principal, la tenencia ilegal de arma de fuego por parte del menor.

Esta tenencia, supuesto que carece de autorización, es una actividad personal, que será sancionada en función de si el menor puede o no ser juzgado por la Ley N°20.084 de responsabilidad penal adolescente, y no tiene relación con que otro “permita” que la tenga. Lo reafirma el inciso final al disponer que esta sanción es independiente de la que corresponda al menor de edad por los delitos que cometa.

Así las cosas, es posible advertir una desproporción en cuanto a la sanción penal privativa de libertad para el que entrega el arma o simplemente permite que el menor la tenga, en relación con el hecho principal que es la tenencia ilegal por parte del menor. Considerando especialmente que la tenencia puede ser atípica, cuando el menor tenga menos de 14 años (supuesto que jamás podría tenerla legalmente ya que no puede inscribirla), o cuando con el arma el menor haya cometido delito, la conducta puede ser punible como homicidio, lesiones, dolosas o culposas, y el adulto podría haber obrado como autor mediato o cómplice,¹⁰⁶ o coautor del art. 15 N°3 (“facilitando los medios con que se lleva a cabo el hecho”). Esto es particularmente grave si consideramos la regla establecida en el art. 17 B

¹⁰² En opinión de Bascur se trataría de un peligro abstracto para el bien jurídico seguridad colectiva, en BASCUR, “Análisis”, cit. nota n°17, p. 576.

¹⁰³ Incluso hay quienes como CEA y MORALES que razonablemente apuntan a la indistinción entre “entregar” y “permitir”, CEA / MORALES, Control de Armas, cit. nota n°1, p. 164.

¹⁰⁴ CEA / MORALES, Control de Armas, cit. nota n°1, p. 164.

¹⁰⁵ En esta opinión, Matus, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p.693.

¹⁰⁶ En esta opinión, Guzmán Dalbora, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p. 693.

inciso primero, en cuya virtud, el adulto sería castigado por su intervención en el hecho delictivo y además por este delito del art. 10 A.¹⁰⁷

En mi opinión, es correcta la sanción con una multa administrativa para la conducta imprudente del tenedor que tiene el menor a su cargo, pues ella no lesiona ni pone en peligro un bien jurídico penal, sino más bien infringe disposiciones administrativas relativas al manejo y cuidado de las armas, así como disposiciones civiles relativas a los deberes de crianza. Pero no veo razón para no hacer esta distinción cuando se trata de la conducta del que “permite” que el menor tenga estas armas, por lo que, a mi juicio, ella debería ser devuelta al campo del derecho administrativo sancionador.

Distinto es el caso de la entrega del arma al menor, en donde es posible advertir al menos un peligro (abstracto) para la seguridad colectiva, manifestándose en todo caso a favor de su sanción mediante una multa¹⁰⁸ considerando especialmente que la pena a cumplir será una pena efectiva, y las hipótesis que se pueden elucubrar respecto a la comisión de la conducta son muy dispares. Puede ser que el sujeto entregue el arma al menor porque quiere iniciarlo en una carrera delictual, pero también puede ser que el sujeto entregue el arma por otra razón, por ejemplo, si debe dejar solo en el domicilio al menor, y se la entrega para que se defienda ante un eventual ataque de intrusos que entren a robar al hogar. Me parece que la posibilidad de considerar una pena privativa de libertad para este último caso es desproporcionada. De todas formas, si al adulto le cabe alguna responsabilidad por el concreto delito cometido por el menor derivado del uso dañino que éste hizo del arma de fuego, cabe aplicar las reglas generales.

A mayor abundamiento, la norma no distingue para la sanción según la clase de elemento que posea, entendiéndose incluidas las partes, dispositivos o piezas de un arma, razón por la cual la sanción penal y la pena privativa de libertad parecen exageradas en las dos primeras hipótesis. Si lo entregado no es un arma, sino dispositivos, partes o piezas, lo razonable sería sancionar con multa administrativa. La simple entrega de una pieza de un arma a un menor, por ejemplo, el cañón, una aguja percutora, no parece una conducta capaz de afectar las condiciones bajo las cuales la seguridad colectiva puede permanecer intangible.

En entrevistas sostenidas con actores del sistema penal, ninguno de ellos refiere haber tomado conocimiento de causas sobre este delito. Las cifras entregadas por la Defensoría Penal Pública también dan cuenta de la inexistencia de este tipo de causas,¹⁰⁹ aun cuando hay que considerar que esta última solo puede informar sobre los imputados que son atendidos por ella. El Ministerio Público no especifica en su información ingresos por este tipo de delitos, ellos aparecen asociados a la categoría genérica de “otros delitos de la ley de control de armas (Ley N°17.798) donde sí se registran ingresos, pero no es posible saber

¹⁰⁷ El art. 17 B en su inciso primero se refiere a todos los delitos sancionados en la Ley N°17.798. En el inciso 2 que establece una alteración a las reglas de determinación de los arts. 65 a 69 del CP, hace referencia solo a determinados delitos, dentro de los cuales no está el art. 10 A.

¹⁰⁸ Sigo en esta opinión a Guzmán Dalbora, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p. 693.

¹⁰⁹ Departamento de Informática y Estadística - Departamento de Estudios y Proyectos. Defensoría Penal Pública (2018). Respuesta a requerimiento N°AK005T0000301. Carta de fecha 09.04.2018.

cuántos de ellos corresponden a entrega de armas a menores, en cambio la Corporación Administrativa del Poder Judicial registra 1 ingreso en 2017 en tramitación a la fecha de la información.¹¹⁰

5. Reforma a tipos penales ya existentes

5.1. Tenencia y porte ilegal de armas y elementos sujetos a control

Los delitos de tenencia y porte ilegales son los de mayor frecuencia. De un total de 71.232 delitos de la Ley N°17.798 que se registraron a nivel nacional entre 2009 y agosto de 2017, 33.584 corresponden a delitos de porte y tenencia ilegales de armas de fuego.

Ellos se sancionan según se trate de armas o elementos sujetos a control (art. 9) o de armas y/o elementos prohibidos (art. 13 y 14)¹¹¹, y una de las novedades que trajo la Ley N°20.813 es la eliminación de la pena atenuada (multa) que podía aplicarse en caso que de los antecedentes circunstancias del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o tenencia de las armas o elementos estaba destinada a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos.

Así también la equiparación de la tenencia y porte ilegales de armas sujetas a control, entre ellas, las armas de fuego, que pasaron a estar sancionadas en un mismo artículo (art. 9), lo que no ha estado exento de crítica en atención al distinto grado de riesgo que suponen para las condiciones necesarias para disponer racionalmente del bien jurídico seguridad colectiva de ambas conductas.¹¹²

Luego, la mera tenencia y el porte de elementos sujetos a control sin contar con la autorización, se castiga con pena privativa de libertad. Salvo que se tratare de la conducta de mantener el arma en un lugar distinto de aquel declarado, pues en tal caso, es posible aplicar el art. 5 B, que establece dicha conducta como una infracción administrativa; o del traslado de armas inscritas a un lugar distinto del cual fueron autorizadas de tener (art. 11), que también es un ilícito administrativo, que cae bajo la competencia de la DGMN, quien debe imponer la sanción de conformidad con la Ley N°19.880 (que regula los procedimientos administrativos).¹¹³ Así lo corroboró la jurisprudencia respecto de un imputado que cometió la conducta con anterioridad a la reforma, a quien absolvió en virtud de la aplicación de la ley más favorable.¹¹⁴

¹¹⁰ Ministerio Público. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017; Corporación Administrativa del Poder Judicial. Oficio 17 DDI N°1946 de 17 de abril de 2018.

¹¹¹ Para un análisis sustantivo penal más acabado, véase BASCUR, “Análisis”, cit. nota n°17, p. 550-565.

¹¹² Críticamente CEA / MORALES, Control de Armas, cit. nota n°1, p. 112.

¹¹³ Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios. Minuta sobre las modificaciones, cit. nota N°87, p.22.

¹¹⁴ STOP de Puente Alto. RUC N°1400253933-1, RIT N°93-2014 de 10 de abril de 2015.

De esta forma, ya no es posible sostener que la tenencia o posesión ilegales configure siempre y en todo caso una desobediencia administrativa,¹¹⁵ pues el legislador ha hecho esta distinción devolviendo al campo del derecho administrativo sancionador aquellas conductas que, en efecto no suponen una afectación a las condiciones bajo las cuales las personas pueden razonablemente sentirse a salvo de la comisión de delitos con armas (seguridad colectiva). Es más, se ha inclinado, a mi juicio, por una tesis del peligro abstracto que supera las tesis de la mayor o menor proximidad a la lesión del bien jurídico, y opta por una normativización del mismo. De ahí que haya eliminado la atenuación cuando se probare que el arma no estaba destinada a atacar a las fuerzas armadas, de orden y seguridad pública o a la comisión de otros delitos. Lo que, dicho sea de paso, implicaba una inversión de la carga de la prueba haciéndola recaer en el imputado.

Sin embargo, hay una desproporción en sancionar con la misma pena la conducta de poseer y la de portar.

Examinando las cifras en torno a estos delitos, podemos mostrar que respecto del delito de porte ilegal de armas prohibidas (art. 14 inciso 1°), entre 2009 y agosto de 2017, se registraron 2.073 ingresos. De ellos 887 se produjeron entre 2015 y 2017. Entre 2009 y 2017 hubo 1.076 condenas. 463 se dictaron en los últimos dos años (2015-2017). El número de absoluciones alcanzó a 157, y más de la mitad (93) en el periodo 2015-2017 (agosto).¹¹⁶

En cuanto al delito de tenencia ilegal de arma prohibida (art. 13), entre 2009 y agosto de 2017 se registraron 782 casos. De ellos, 474 se produjeron entre 2015 y 2017. Las condenas llegaron a 295 y 112 de éstos se dictaron entre 2015 y 2017. El número de absoluciones fue de 157, de las cuales 78 se produjeron entre 2015 y 2017(agosto).

Sobre el delito de porte y tenencia ilegales de armas permitidas (art. 9), entre 2009 y 2017 hay 11.992 ingresos. Entre 2015 a 2017, llegan a los 3.239 ingresos. La cantidad de condenas asciende a 5.913 y 1.262 de ellas se dictan entre 2015 y 2017 (agosto). Las absoluciones fueron 1052, de ellas 452 se dictan entre 2015 y 2017 (agosto).

La ley diferencia para la aplicación de la pena privativa de libertad según la clase de armas o elementos que se tengan o porten sin autorización. Así, la tenencia y porte de armas de fuego, así como de sus partes dispositivos o piezas (art. 2b) y de explosivos de uso industrial, minero u otro uso legítimo (2 d) es sancionada con la pena de 3 años y 1 día a cinco años. Los que tuvieren o poseyeren municiones y cartuchos (2 c), sustancias químicas susceptibles de ser usadas o empleadas para la fabricación de explosivos, y otros elementos señalados en el art. 2 e) serán sancionados con la pena de 541 días a 3 años. Se eliminó además la agravación de la pena que se producía en tiempos de guerra. En este sentido, la Ley N°20.813 redujo la pena de la tenencia de municiones y cartuchos, así como de otras sustancias químicas al establecer esta diferenciación.

¹¹⁵ En esta postura, MARDONES, Fernando, “La legitimidad de sancionar penalmente”, cit. nota n°17, p. 131.

¹¹⁶ Información extraída a partir de datos proporcionados por Ministerio Público. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017.

Respecto de las armas de fuego, sus dispositivos, partes y piezas, así como de explosivos, si bien eliminó la posibilidad de evitar la pena privativa de libertad mediante la recurrencia a la presunción de que el arma no estaba destinada a ser usada en contra de las fuerzas armadas, o para cometer delitos, la pena aumentó su límite mínimo y redujo su límite máximo, por cuanto antes la pena era de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (541 días a 10 años), actualmente es de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

Ahora bien, cuando la tenencia o porte del arma están destinados a cometer otro delito, parte de la doctrina estima que esa tenencia o porte resultan ser un acto preparatorio de la comisión de ese delito,¹¹⁷ sólo que está penado expresamente por la ley, y en ese sentido, pudiera resultar que la tenencia o el porte tuvieran una mayor pena que si se los tratara como acto preparatorio del concreto delito.¹¹⁸ En mi opinión, no se trata de un adelantamiento de la punición mediante la penalización de un acto preparatorio,¹¹⁹ sino de un concurso aparente de leyes penales,¹²⁰ en el cual si el delito llega a producirse, se resolvería a favor de ese delito, quedando la tenencia y el porte consumidos por el concreto delito que se cometiere. En nuestro país Bascuñán, Cox y De la Fuente llegan a esta solución en un análisis crítico a un fallo por el cual se aplicó la regla del art. 74 a un sujeto que disparó al aire en la vía pública, en medio de una disputa, con un arma que no tenía inscrita. Se lo castigó separadamente por el delito de tenencia ilegal y por el de porte ilegal de arma de fuego.¹²¹

Finalmente, cabe hacer notar que ha existido una aplicación “inconsistente e injusta”¹²² de la ley especialmente en los sectores rurales o agrícolas, donde es común ver gente trasladando armas de su propiedad por los predios. Ello motivó la presentación de un nuevo proyecto de ley (Boletín 10658-07) que pretende modificar el art. 9 para reponer la pena de multa para el caso en que el porte y/o la tenencia no demuestren un peligro efectivo para el orden público ni indiquen inequívocamente el propósito del autor de cometer con ellos algún delito. En el mensaje del proyecto se citan varios casos, entre ellos, el de un campesino que se dirige a cazar conejos con una escopeta que le prestó el vecino y que resultó condenado a pena privativa de libertad.¹²³

¹¹⁷ En esta opinión en Argentina, MANGIAFICO / ALVAREZ, “Sociedad del Riesgo”, cit. nota n°22, p.52.

¹¹⁸ En esta interpretación Guzmán Dálbora, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p.425.

¹¹⁹ ROXIN, Claus, “Los delitos de tenencia”, en SCHROEDER, F.C.; ECKESTEIN, K.; FALCONE, A. (Coords.), *Delitos de Posesión o tenencia. Estudios de Derechos penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2016, pp.143-163, p.154.

¹²⁰ DÍAZ - MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “La tenencia de armas de fuego en el Código Penal español”, *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLII N°2 (2015), pp. 121-156, pp.148-149.

¹²¹ En esta opinión, en Chile, BASCUÑÁN, Antonio; COX, Juan Pablo; DE LA FUENTE, Felipe, “Leyes penales especiales. Tráfico ilícito de estupefacientes. Tenencia y porte ilegal de armas de fuego. Tráfico automovilístico. Manejo en estado de ebriedad. Incendio culposo. Sabotaje a sistema automatizado informático. Adopción ilegítima. Violencias”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, n° 2, (2005), pp. 635-687, pp.654-655. En esta opinión también en el derecho penal español: PIEDRABUENA, “El delito de tenencia”, cit. nota n°23 margs. 495-496.

¹²² Así lo afirma el Proyecto de Ley (Boletín N°10658-07)

¹²³ STOP de Temuco. RUC N°1500700254, RIT N°304-2015 de 29 de enero de 2016.

5.2. Tráfico de Armas.

En la figura de tráfico de armas del art. 10, la Ley N°20.813 amplió el tipo penal tanto en su conducta como en su objeto material. Por una parte, se incluyen nuevos verbos rectores: elaborar, adaptar ofrecer y adquirir, que se agregan a los existentes de fabricar, armas, transformar, importar, internar, exportar, transportar, almacenar, distribuir o celebrar convenciones o contratos.

Por otra parte, se incluye en el tipo penal al tráfico de armas prohibidas del art. 3, es decir, se incluyen entonces también las armas de fogeo, de balines, de pistones y artefactos adaptados para el disparo de municiones y cartuchos, armas de fabricación artesanal, las armas transformadas respecto de su condición original, los artefactos explosivos o incendiarios, así como los implementos destinados a su lanzamiento o activación (mechas, dispositivo de relojería, detonador, etc.). Además de las armas largas, metralletas, subametralladoras y otros elementos de mayor peligrosidad.

Equilibrando esta agravación, la venta de municiones o cartuchos se sanciona ahora como ilícito administrativo (art. 9 A), imponiendo una multa administrativa de 100 a 500 UTM, entre otros, al vendedor que vende municiones o cartuchos a quien no debe venderlos porque no tiene un arma inscrita a su nombre, o porque el arma que tiene inscrita tiene otro calibre distinto al de las municiones y/o cartuchos que está comprando.

La penalidad del tráfico es diferenciada según el tipo de arma que se trate. Si se trata de elementos sujetos a control del art. 2 letras b) a e), esto es, armas de fuego, partes, dispositivos y piezas, explosivos de uso legítimo, municiones y cartuchos, sustancias químicas y de efectos lacrimógenos o fisiológicos, la pena es de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años).

Si se trata de elementos a que hace referencia el art. 3 en sus incisos 1, 2 y 3, la pena es de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, es decir, hasta 15 años.

Si lo traficado es material de uso bélico, la pena es de presidio mayor en su grado medio a máximo (10 años y un día a 20 años).

Tratándose de artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustible y otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares, la pena es de presidio menor en su grado máximo (esto es, 3 años y un día a 5 años).

La diferencia de la penalidad es adecuada en función de la peligrosidad del arma, aun cuando podría establecerse mayores diferencias respecto de armas que tienen el mismo rango de pena pero que tienen distinta peligrosidad. Pues la peligrosidad de una subametralladora no se compara con la de un arma recortada o una de fabricación artesanal, sin perjuicio de que estas últimas pudieran ser más peligrosas que un arma de fuego

convencional, dada su modificación o fabricación desprovista de la seguridad que puede dar un arma confeccionada en un recinto autorizado para ello.¹²⁴

Pese a que varios de nuestros entrevistados refirieron su percepción en cuanto al aumento de delitos de posesión y porte, especialmente de municiones, la cantidad de ingresos por delitos de tráfico de armas y municiones es exigua y se concentra mayoritariamente en la región metropolitana. Solo 107 ingresos entre 2009 a 2017, de un total de 71.232 delitos. Pareciera, en la percepción de los entrevistados, que no hay mayor esfuerzo en el sistema penal por investigar la procedencia de las armas y/o municiones cuando se toma conocimiento de una tenencia o porte ilegales de los mismos, lo cual es particularmente grave en uno de los casos relatados:

“la fiscalía lo trajo como una persona más no más [...] no asocian nada a otra investigación donde exista una agrupación, nada, los trae absolutamente parcelados, y eso que era distinto el armamento porque era del que usaba la naval [...] él era ex funcionario de alguna de las ramas de las fuerzas armadas”.¹²⁵

Por otra parte, es posible pensar que la actual formulación legal tiene ciertos vacíos legales que son aprovechados por la delincuencia para traficar armas,¹²⁶ pues según la percepción de uno de los actores del sistema penal entrevistado y con vasto conocimiento sobre el tema¹²⁷ las armas y municiones que se están incautando, en un gran porcentaje son armas legales. Actualmente se encuentran en investigación hechos relativos a la existencia de una red que se dedicaba a la venta ilegal de armas automáticas y de municiones a delincuentes. Adquirían en forma legal armas semiautomáticas, las cuales luego adaptaban para transformarlas en automáticas mediante un selector de tiro. La adquisición de armas y especialmente de munición se hacía a través de una persona que se encontraba inscrito como deportista de un club de tiro o caza, quien puede adquirir según reglamento un mayor número de municiones que una persona no inscrita como deportista,¹²⁸ añadiéndose como problema anexo, el deficiente control existente sobre la venta y uso de municiones como ha

¹²⁴ Sobre los peligros de las armas recortadas, véase CARRASCO, Jaime, *Armas y delito*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2008, p.118.

¹²⁵ Entrevista Juez(a) TOP de Antofagasta, Antofagasta, de 15 de noviembre de 2017. Así también en otros casos, un/a Juez/a de Santiago señaló: “Tráfico de armas no, ni lo he visto ni he sabido, en diez años que llevo acá no he visto... casi siempre la respuesta que ellos (los imputados) dan es que la compraron en el mercado persa [...]o que alguien se la vendió a alguien que por el apodo lo conocen, y nada más [...] hay casos en los que ha habido más, sobre todo en los tráficos (de drogas), pero arsenales no, no he visto nunca [...] a lo mejor a mí no me ha llegado [...] es que esta jurisdicción es más pobre también, aquí san Miguel son todas las poblaciones más chicas, aquí los tráficos son de menor escala, generalmente los grandes tráficos (de drogas) vienen del norte y llegan acá [...]”.Entrevista Juez (a) 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre de 2017.

¹²⁶ VILLEGAS, “Corrupción y criminalidad”, cit. nota n°69, p.72-73.

¹²⁷ “Las armas son señal de estatus, que uno lo puede colegir de la baja de armas hechizas. Y sí, nosotros tenemos investigaciones por tráfico de armas [...] y nos hemos dado cuenta de los difícil que es operar dentro de organizaciones que han operado además bajo una apariencia de legalidad tremenda [...] más del 60%, la cifra real puede ser el 80% de los delitos son cometidos con armas legales, o sea, con armas convencionales, que han ingresado al país legítimamente, inscritas a nombre de otras personas y que han sido ‘formalmente’ robadas”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, e 13 de septiembre de 2017.

¹²⁸ Véase noticia de fecha 12.01.2017, en: <http://www.chvnoticias.cl/policial/pdi-desarticulo-banda-que-vendia-armas-a-delincuentes/2017-01-12/143318.html> [visitado el: 12.04.2018].

dado cuenta el Informe de la Contraloría General de la República a que se ha hecho referencia antes.

Según la percepción de este mismo entrevistado, podría armarse “una trilogía respecto del tráfico de armas”¹²⁹ que dice relación con la forma en la que las armas ingresan al campo del tráfico. El primer paso es ingresar el arma legalmente al país, y que ella se aloje en una armería. Un segundo paso es contar con alguna persona sin antecedentes que adquiere legalmente el arma, generalmente a cambio de una suma de dinero, y que luego denuncia la sustracción o pérdida del arma, siendo altamente complejo el caso de los inscritos como deportistas o coleccionistas por la cantidad de armas que tienen derecho a poseer¹³⁰. El tercer paso es ingresar esa arma sustraída o robada al mercado negro. Incluso, asevera, hay armas que fueron declaradas en comiso y que volvieron al mercado.

Por ello, es que muestra su reticencia al hecho de que se hayan despenalizado la venta de municiones a personas que no tienen armas inscritas por parte de las armerías, la ausencia de registro o registro defectuoso de los datos de quien compra, así como el traslado por parte del tenedor autorizado de armas de un lugar a otro sin autorización, “porque efectivamente hay un nicho de la población delictual que no tiene antecedentes, y que podría acceder a tener armas inscritas [...]”.¹³¹ Considera también que otro elemento que puede contribuir al tráfico es la inexistencia de sanciones penales “en la cadena de otorgar permisos”.¹³² Entiendo que se refiere a sanciones específicas en la Ley N°17.798, pues en todo caso estas conductas pueden estar cubiertas por delitos de falsedades.

¹²⁹ “El tráfico de armas se genera en las armerías... armas que son ingresadas legalmente al país, y hay toda una maquinaria de ‘testaferros’, ‘palos blancos’, que sacan las armas de las armerías legítimamente, a través de personas que no tienen idea de cómo tener un arma inscrita o que les pagaron una cantidad baja de dinero para tener el arma inscrita y posteriormente son dadas por perdidas o sustraídas y entran al mercado de la delincuencia”. “Por otro lado, que es preocupante, hay armas que han sido declaradas en comiso que vuelven al mercado”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017.

¹³⁰ “La posibilidad de personas que se inscriban como cazadores, o deportistas o coleccionistas donde no hay ningún control ni del límite de las armas, ni del tipo de armas que pueden tener, y no hay mucho control de la idoneidad de la persona para tener en resguardo esas armas... por la vía de la colección, puede entrar cualquier cosa, cualquier tipo de armas”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017.

¹³¹ “[...] se dejó de penalizar la venta de municiones a personas que no tienen armas inscritas a su nombre por parte de las armerías, y además se dejó de sancionar penalmente a la armería que no lleva registro de a quien le vende municiones. Por lógica, las armas no pueden funcionar sin las municiones, y además, en general nosotros cuando entramos a allanamientos siempre encontramos las municiones pero no las armas, por tanto uno puede hipotetizar que hay mucho arriendo de armas, y que uno las arrienda pero las hace funcionar con las municiones que se tienen, y eso favorece el tráfico de armas, y la inseguridad, porque se deja de controlar el principal insumo para que un arma sea peligrosa, y eso debería volver a ser punible”, Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017.

¹³² “Hoy día en la Ley N°18290 de tránsito sanciona con pena de 3 y 1 a 5 al funcionario público que otorgue una licencia de conducir sin tener requisitos, en la ley de armas esto no existe, tampoco se sanciona a quien falsea antecedentes de idoneidad (como psicólogos o psiquiatras), tampoco hay ninguna sanción a quien, con negligencia, no revoca permisos [...] no hay control.” Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017.

6. Determinación de penas y penas sustitutivas

La ley de control de armas, en sintonía con otros cuerpos legislativos como la Ley N°20.770 (Ley Emilia) y la Ley N°20.931 (Agenda Corta Antidelincuencia) establece en el art. 17 B una alteración a las reglas comunes de determinación de la pena cuya finalidad es impedir las rebajas de pena y salidas alternativas en casos en los que se emplearen armas, especialmente la suspensión condicional del procedimiento.¹³³ Asimismo contempla una agravante específica en el art. 12 para quienes cometan, con más de dos armas de fuego, los delitos de tenencia ilegal de elementos sujetos a control (art. 9) y de las conductas relacionadas con la fabricación, armaduría, internamiento de armas, del art. 10, caso en el cual se ordena imponer la pena superior en uno o dos grados.

6.1. Determinación de penas

6.1.1. La regla del concurso real (art. 17 B inciso 1).

El art. 17 B inciso 1 establece 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 descritos en los arts. 2 y 3, de conformidad con el art. 74 del CP, terminando así con una larga discusión jurisprudencial que daba cuenta de varios fallos que estimaban que el disvalor del porte ilegal quedaba consumido por el delito de robo.¹³⁴

En sintonía con esta disposición la Ley N°20.813 eliminó la referencia a las armas de fuego en la agravante del art. 12 n°20 del CP, cuya aplicabilidad en el delito de robo había sido criticada por la doctrina cuando el uso o porte del arma era lo que permitía calificar el delito como robo.¹³⁵ Sin embargo, ahora, por disposición expresa del art. 17 B, el robo con intimidación realizado con un arma de fuego (art. 433 CP) se pena separadamente del delito de porte ilegal de la misma arma de fuego. Ello supone, a mi juicio, una alteración al tratamiento de la unidad jurídica de acción que da el Código penal chileno a los delitos complejos, uno de cuyos ejemplos es precisamente el delito de robo con intimidación. La cuestión puede ser abordada desde varios puntos de vista.

Una interpretación afirma que habría una infracción al *ne bis in ídem*, por cuanto el arma de fuego revestiría una doble fuente de ilicitud, pues en un caso forma parte del tipo penal de robo con intimidación, y en el otro es un tipo penal autónomo de porte (art. 9 o 14 de la ley N°17.798 según corresponda). En esta postura, y en la doctrina española, Piedrabuena¹³⁶ afirma que cuando no se tratare de delitos complejos que supongan una unidad jurídica de

¹³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.813*, cit. nota n°51, p. 458.

¹³⁴ SCA de San Miguel. Rol N°2678–1995 de 24 de enero de 1996., STOP de Quillota. RIT N°33-2006 de 18 de julio de 2006. Véase LARA, Ronny. Análisis dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007. www.tesis.uchile.cl, p.179 y 183.

¹³⁵ OLIVER, Guillermo, “La aplicabilidad de la agravante de uso o porte de armas en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Comentario a un fallo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVIII, (2007) pp. 141 – 154, *passim*.

¹³⁶ PIEDRABUENA, Eduardo, “El delito de tenencia ilícita”, cit. nota n°23, marg. 496.

acción tipificada en forma expresa, como en el ejemplo propuesto, la tenencia ilegal y el porte ilegal, en cuanto delitos de peligro abstracto y común, deberían quedar consumidos por el delito de lesión que a su través se cometiere, especialmente si con la conducta se afecta a un mismo bien jurídico, (ej. Tenencia ilegal de armas y tráfico de armas). Penarlos separadamente implicaría una doble fuente de ilicitud incompatible con el principio de *ne bis in ídem*, por lo que solo uno de los tipos penales en juego debe ser aplicado.

Esta interpretación tiene algún asidero aún respecto de la actual formulación de la Ley N°17.798, pues de otro modo no se entiende el por qué el legislador habría estimado necesario agravar la pena en el artículo 12 de la misma ley, cuando se cometieren los delitos de tenencia ilegal y de tráfico de armas, con más de dos armas de fuego.¹³⁷ Considerando además que el aumento de pena previsto por la agravante, procede en forma anterior al proceso de determinación judicial de la misma.¹³⁸ Si así lo dispuso, es porque implícitamente asume que no es posible sancionar vía concurso real una situación como la descrita, pues si además debiésemos aplicar la agravante, estaríamos ante un problema de proporcionalidad de la pena.

Del mismo modo, de interpretarse de otra forma cuando la tenencia o el porte y el concreto delito cometido atacaren a un mismo bien jurídico, haría incompatible la disposición del art. 17 B con el art. 351 del Código Procesal penal, que contiene una regla especial respecto de la reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie.¹³⁹ Esta regla queda a salvo pues la norma de la ley de control de armas solo ordena aplicar el tratamiento del concurso real de delitos, esto es, acumulación de penas, lo que no implica establecer excepciones a las excepciones a la acumulación material y que vendrían dadas por el principio de asperación establecido en el art. 351 del CPP.

Cuando no afectaren el mismo bien jurídico, por ejemplo, el porte de un artefacto explosivo (que pone en riesgo la seguridad pública) para causar daños en un local comercial o entidad bancaria (que afecta a la propiedad), la doctrina se ha inclinado por afirmar que, si hay lesión de ambos con una misma acción, hay dos ilícitos penales. Al atacar bienes jurídicos diferentes no habría una “doble valoración” como exigencia esencial del *ne bis in ídem*.¹⁴⁰

¹³⁷ El art. 12 dispone: “los que cometieren los delitos sancionados en los artículos 9° y 10°, con más de dos armas de fuego, sufrirán la pena superior en uno o dos grados a la señalada en dichos artículos.

¹³⁸ Coincido en este punto con BASCUR, “Análisis”, cit. nota n°17, p. 592-593.

¹³⁹ Artículo 351.- Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

¹⁴⁰ A esta conclusión se puede arribar siguiendo las tesis de MAÑALICH, “El principio *ne bis in ídem* en el Derecho Penal Chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°15 (2011); pp. 139-169, p.151-152. En similar sentido, y respecto del delito de tenencia ilegal de arma, PIEDRABUENA, “El delito de tenencia ilícita”, cit. nota n°23.

Ahora bien, si se trata de un concurso aparente o de un concurso de delitos, no ha sido una discusión pacífica.¹⁴¹

La jurisprudencia, especialmente tras la reforma de la Ley N°20. 813, debido al tenor de ésta, lo considera un concurso de delitos:

“Que, la correcta aplicación del citado artículo 17 B proscribiera la relación concursal en la sanción de los delitos de la Ley N°17.798 y, por ende, en el caso concreto se dispone la sanción por separado del delito de porte ilegal de arma de fuego y del homicidio simple, teniendo el tribunal un marco rígido de determinación de pena para el delito contemplado en la Ley de Control de Armas, es decir, la sanción del delito contemplado en la Ley N°17.798 es independiente del delito que se cometa con dicha arma”.¹⁴²

Pero esta postura no es nueva, pues con anterioridad, también la Corte Suprema en un fallo consideró que una persona que porta un arma que no está inscrita debe ser castigado tanto por la tenencia ilegal y además por el porte ilegal, aplicándose la regla del art. 74 del Código Penal, pues serían dos hechos típicos distintos. Razonamiento que pareciera fundado en la idea de que la tenencia ataca la administración del Estado mientras que el porte pone en riesgo la seguridad pública, lo que no implica necesariamente sancionarlos a título de concurso real, sino, como concurso ideal.¹⁴³

En mi opinión, sin perjuicio de las excepciones que pudieran darse según las circunstancias del caso concreto, habría un concurso aparente cuando existe un mismo hecho que da lugar a dos delitos, el porte o tenencia ilegal y el concreto delito cometido, que debería resolverse a través del principio de consunción. En el caso de quien causa daños usando un artefacto incendiario, el porte del artefacto queda consumido por el delito de daños.¹⁴⁴ Algo similar sucede con el porte, tenencia y/o lanzamiento de artefactos incendiarios para con ello causar desórdenes públicos, pues en este caso, el arrojar el artefacto incendiario es el modo de comisión de la conducta típica del delito de desórdenes públicos, quedando consumida por ésta, considerando además que atacan el mismo bien jurídico (orden público)¹⁴⁵ Es a mi juicio altamente polémico aseverar que siempre en estos casos el delito de porte del arma

¹⁴¹ PIEDRABUENA, “El delito de tenencia ilícita”, cit. nota n°23.

¹⁴² SCA de Valdivia. ROL N°57-2017 de 28 de febrero de 2017, considerando 5°.

¹⁴³ BASCUÑAN /COX / DE LA FUENTE, “Leyes penales especiales”, cit. nota n°121, pp. 635-687, pp.653-655. PIEDRABUENA, “El delito de tenencia”, cit. nota n°23 margs. 495-496. DÍAZ - MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “La tenencia”, cit. nota n°120, pp.148-149.

¹⁴⁴ Véase, SCA de San Miguel. Rol N°2678-1995 de 24 de enero de 1996 v/s C.M. STOP de Quillota. RIT N°33-2006 de 18 de julio de 2006., v/s M.V. Cfr. con otra interpretación que sostiene la existencia de un concurso ideal medial de delitos que debe resolverse de conformidad con el art. 75 CP. Así, LARA, Análisis dogmático, cit. nota n°134, p.179, 183.

¹⁴⁵ Cfr. Opinión de Matus “El profesor Matus explicó (...) 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 delitos de porte y tenencia de armas son de carácter permanente y, además, de peligro común y, por esa razón, su comisión es independiente de si en un momento determinado se emplean para intimidar, herir o maltratar.” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N°20.813, cit. nota n°51, p.458.

(artefacto) es un delito permanente pues todo dependerá del caso concreto. Pudiera ser que el artefacto no lo haya portado el sujeto, sino que alguien se lo entregó en el instante previo a lanzarlo para causar el desorden.

Asimismo respecto de los delitos de lesión que se cometen portando armas, como el robo con arma de fuego, o el homicidio cometido con arma de fuego, tal como se indicó anteriormente,¹⁴⁶ me inclino a pensar que estamos en presencia de un concurso aparente de leyes, que debe ser resuelto con base en el principio de consunción.¹⁴⁷ De no aceptarse esta postura, sería prudente acudir a las reglas del concurso ideal.¹⁴⁸

Pero la regla del art. 17 B inciso 1 es tajante en orden a considerarlo un concurso real de delitos, lo cual es interpretado restrictivamente por parte de la doctrina, a fin de morigerar sus efectos. Bascur distingue según la imputación subjetiva de la conducta de emplear armas para la comisión de otro delito. Y así, en su opinión, la regla del art. 17 B inciso 1, no sería aplicable en aquellos casos en los que se cometiere un delito empleando un arma a título imprudente, como, por ejemplo, disparar al aire y herir a una persona (casos de error en el golpe). Sí sería aplicable en aquellos casos en los que el empleo del arma es doloso, por ejemplo, querer herir a una persona con el arma y lesionar a tres porque la bala rebotó en las paredes del lugar.¹⁴⁹

6.1.2. Imposibilidad de aplicar el juego compensatorio de agravantes y atenuantes previsto en el Código Penal (art. 17 B inciso 2)

El inciso 2 del art. 17 B también altera las reglas ordinarias de determinación de la pena pues impide aplicar el juego compensatorio de atenuantes y agravantes establecidas en los arts. 65 a 69 del Código Penal¹⁵⁰. Y entrega al juez la responsabilidad de determinar la cuantía de la pena conforme a su criterio en cuanto a la valoración de las modificatorias de responsabilidad penal y la extensión del mal causado, pero siempre dentro de los límites mínimos y máximos que la ley asigna al autor de delito consumado del respectivo tipo penal¹⁵¹. De esta forma, el juez puede recorrer toda la extensión de la pena asignada al

¹⁴⁶ Supra 5.1. Tenencia y porte ilegales de armas y elementos sujetos a control.

¹⁴⁷ En esta opinión también en el derecho penal español: PIEDRABUENA, “El delito de tenencia”, cit. nota n°23 margs. 495-496. DÍAZ - MAROTO Y VILLAREJO, “La tenencia de armas”, cit. nota n°120, pp.148-149.

¹⁴⁸ En esta opinión, en Chile, BASCUÑAN / COX / DE LA FUENTE, “Leyes penales especiales”. cit. nota n°121, pp. 635-687, pp.654-655.

¹⁴⁹ BASCUR, “Análisis”, cit. nota 17, p. 599

¹⁵⁰ Sobre las reglas ordinarias de penalidad véase VARGAS, Tatiana, *Manual práctico de aplicación de la pena. La pena con preguntas y respuestas*, Santiago de Chile: Edit. La Ley. Thompson Reuters, 2014, pp.156-180.

¹⁵¹ El inciso 2 del art. 17 B extiende de alguna manera los efectos que ya tenía la agravante del art. 12 N°20 cuando contemplaba las armas (excluidas ahora por la Ley N°20.813) en una regla especial consistente en que en la determinación de la pena de los delitos de formación de grupos de combate armados, posesión, tenencia, porte, fabricación, armaduría, internamiento, tráfico de armas en general, y la colocación de bombas o artefactos explosivos o incendiarios, incluido el disparo injustificado de armas, “y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos” de los arts. 2 a d y 3 de la ley, “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 las circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por

delito y aplicarla en cualquiera de sus grados, con la única limitación de no poder imponer una pena mayor o menor a la asignada al delito, salvo los casos dispuestos en los 51 a 54 (reglas relativas a autores y partícipes), 72 (regla de agravación para el caso en que se utilicen menores para cometer delitos), 73 (regla de atenuación de eximente incompleta) y 103 (media prescripción) del Código Penal, en la Ley N°20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, y en las demás disposiciones de la LCA y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.

La norma ha suscitado varias críticas doctrinales, la principal es que ha destruido el sistema de conmensuración de la pena en nuestro derecho penal local en relación a muchos delitos y cuasidelitos, no solo los delitos contemplados en la ley de control de armas¹⁵². Pues el tratamiento excepcional es aplicable no solo al delito de la ley de control de armas (ej. tenencia, porte ilegal), sino que se comunica también al delito o cuasidelito que se hubiese cometido con el arma.¹⁵³ Así, por ejemplo, en los casos más comunes que son los delitos de robo cometidos con armas, la jurisprudencia aplica esta norma compatibilizándola con la regla similar dispuesta en el art. 449 del Código Penal:

“[...] Así las cosas, la fuente directa de atribución punitiva es la consagrada en el artículo 17 B de la Ley N°17.798, ya que se aplica a su respecto un criterio de especialidad por sobre el criterio general referido en el artículo 449 del Código Penal, no obstante, la parte final de la norma contenida en la Ley de Armas, contiene una contra excepción, que vuelve a remitir al artículo 449 del Código Penal, toda vez que señala expresamente como salvedad que se deben aplicar otras disposiciones que modifiquen el rango punitivo por determinadas circunstancias. Respecto del acusado C.G., no hay mayor problema para establecer el quantum de la pena, toda vez que el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la sanción, y teniendo presente que la favorece una circunstancia atenuante, ninguna agravante y que la extensión del mal producido ha resultado menor, toda vez que se recuperó la especie principal –vehículo robado-, y que el resto de actividad dañosa se encuentra ya incorporado como fuente de atribución mediante la calificación especial del artículo 433 N°3, de modo que utilizar la lesión inferida a la víctima para aumentar el daño causado, implicaría una infracción al principio ne bis in ídem, en tal sentido, entienden estos sentenciadores que se encuentra justificado aplicar la pena en el mínimo del rango señalado por la ley al delito, es decir, la de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio”.¹⁵⁴

Pero hay otros casos en los que el tribunal prescinde completamente de la norma descrita en el art. 17 B inciso 2, así por ejemplo en este episodio de violencia intrafamiliar entre dos hermanos, en el cual el sujeto activo amenazó de muerte a su hermano para acto seguido ir a buscar una escopeta con la cual efectuó disparos sin lograr herirlo. El tribunal absolvió por el delito de homicidio frustrado, y condenó por los delitos de amenazas, tenencia ilegal

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.”

¹⁵² En esta opinión, GUZMÁN, José Luis, "La conmensuración de la pena" (inédito).

¹⁵³ BASCUR, “Análisis”, cit. nota n°17, p.603.

¹⁵⁴ STOP de Los Andes., RUC N°1600713625-4, RIT N°17-2017 de 10 de junio de 2017, considerando 24°. Confirmada por SCA de Valparaíso. Rol N°1129-2017 de 31 de julio de 2017.

de arma (hechiza) y porte ilegal de municiones. Si bien cumple con la regla del art. 17 B inciso primero, esquivando la del inciso segundo, al hacer aplicables las normas del Código Penal sobre circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal:

“Al concurrir el acusado sin circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en los tres delitos, conforme lo dispuesto en el artículo 67 inciso primero y 68 inciso primero del Código Penal, el tribunal puede recorrerlas en toda su extensión, por lo que teniendo en consideración las circunstancias de los hechos, y la extensión del mal causado, no se le aplicará en su mínimo [...] que el acusado ha resultado responsable de un delito de amenazas y tenencia ilícita de arma de fuego y municiones, el primero de los cuales es un delito de distinta especie al de los otros dos, por lo que, por ser más favorable al acusado, las penas se aplicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código penal”¹⁵⁵.

6.1.3. La percepción de los actores del sistema penal entrevistados frente a la norma de determinación de la pena

Las restricciones que la ley impone en el art. 17 B no son bien vistas por algunos de los actores del sistema penal que se entrevistaron, y especialmente en relación a los delitos de robo con intimidación cometidos con armas. Existe la percepción de que se estaría condenando dos veces por un mismo hecho,¹⁵⁶ que en realidad la norma aplicable debería ser el art. 75 del CP, pues la restricción del art. 17 B inciso 1, supone una posibilidad no igual para el delincuente que comete un robo empleando un arma blanca,¹⁵⁷ y por lo mismo, al menos en alguna parte de la zona norte, pareciera que los jueces buscan la manera de aplicar una sola norma.¹⁵⁸

¹⁵⁵ STOP de Viña del Mar. RIT N°328-2016 de 21 de octubre de 2016, confirmado por SCA de Valparaíso. Rol N°1952-2016 de 19 noviembre de 2016.

¹⁵⁶ “Eso es algo que no nos gusta. También tratamos en la medida de que sea posible no aplicarlo, porque a veces de alguna u otra forma existe la posibilidad de que, en el robo con intimidación, por ejemplo, se estudia más si está acreditado el delito de robo, si está totalmente acreditado y si no está muy acreditado, nos enfocamos en la ley de armas. Porque un poco que repugna la parte justicia, condenar dos veces por lo mismo. Y es eso lo que está pasando. Quizás hubiera sido más aceptable, por ejemplo, como agravante un delito con arma de fuego que no se aplicaba antes como agravante precisamente por eso. Pero si lo hubieran puesto que en todos los casos quizás, con alguna redacción bien hecha”. Entrevista Juez (a) 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre de 2017.

¹⁵⁷ “[en un] robo con intimidación en algunos casos era también con arma de fuego otras veces era con arma cortante o punzante, entendía que no había un concurso, que la forma de cometer el delito era eso; que sin eso no se podía cometer el delito por tanto no se podía sancionar por la norma del 75. Ese criterio lo compartían el resto de los fiscales acá en Antofagasta yo no recuerdo por lo menos acá que se condene por los dos delitos o que el fiscal haya pedido condena por los dos delitos excepto casos en que [...] el robo con intimidación se cometió a las 10 de la noche en esta esquina y el porte de arma de fuego se cometió a las 10:30 en este otro lugar, en la medida que se consuma el delito de robo cuando la víctima o la policía pierde la posibilidad de encontrar al imputado luego lo encuentra a través de otras diligencias, se corta la continuidad en la persecución yo entiendo qué se le puede imputar 2 delitos en forma independiente”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Antofagasta, Antofagasta, de 16 de noviembre de 2017.

¹⁵⁸ Preguntado un fiscal entrevistado sobre la conducta de los jueces en tal evento, indicó: “Jamás han condenado aunque podrían condenar por dos delitos si en los hechos aparece descrito que el imputado tomó un revólver y lo puso en la cabeza de la víctima y luego es detenido inmediatamente con el arma, eso está en los hechos, podría ser condenado por dos delitos pero no lo hacen, te digo sinceramente nosotros acá no lo planteamos así eso que te cuento es un robo con intimidación y el decomiso del arma porque es el objeto con

Sin embargo, para otro, la norma solo vino a explicitar una situación correcta desde el punto de vista sustantivo penal y dogmático supuesto que la existencia de dos bienes jurídicos protegidos diferentes deberían dar lugar a dos infracciones distintas.¹⁵⁹

6.2. Penas sustitutivas y salidas alternativas

Otras disposiciones que generan polémica son las que dicen relación con las salidas alternativas y las penas sustitutivas. Hay restricciones para la suspensión condicional del procedimiento respecto de una serie de delitos,¹⁶⁰ entre ellos el de porte y el de tenencia y los relacionados con artefactos explosivos, en donde debe contarse con autorización del fiscal regional (art. 237 inciso 6 del CPP). Sin embargo, y por aplicación del art. 17 B las altas penas que se arriesgan especialmente en casos de delitos distintos de los contemplados en la Ley N°17.798 y que se cometen con armas, en la percepción de los defensores¹⁶¹ y fiscales¹⁶² entrevistados, desplazan en los hechos, la posibilidad de aplicar esta salida alternativa.

Sin embargo, las cifras no permiten afirmar que efectivamente las salidas alternativas se hayan visto afectadas en forma importante. Entre 2009 y 2012 las suspensiones condicionales van desde los 13 casos a 22 a nivel nacional. En 2013 aumentan de forma

el que se cometió el delito y lo dan por eso el delito de robo”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Antofagasta, Antofagasta, de 16 de noviembre de 2017.

¹⁵⁹ “Yo creo que esto es simplemente una corrección del legislador a unas situaciones de hechos que no ocurrían, es decir, la fiscalía casi invariablemente, por ejemplo, en un delito de homicidio, siempre acusaba por el porte y el homicidio, y obtenía la condena sólo por el homicidio [...] Pasa que, el concurso medial tampoco se aplicaba, es decir, la condena simplemente sostenida por el delito de robo con intimidación y se estimaba como forma comisiva, en el fondo la utilización de un arma de fuego. Nosotros decimos que hay dos bienes jurídicos protegidos distintos, y que, además, una cosa es la conducta correspondiente al robo con intimidación, que podría ser satisfecha con cualquier otra forma de comisión; con un cuchillo, verbalmente, con una pluralidad de personas que acometían respecto a la víctima, y no necesariamente con el arma de fuego. Y ese ‘no necesariamente’ nos abría la puerta para poder decir que, en el fondo eran dos delitos independientes, en el peor de los casos nos condenarían por el concurso medial, pero eso tampoco sucedía”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017.

¹⁶⁰ Delitos de formación de grupos de combate armados, posesión, tenencia, porte, fabricación, armaduría, internamiento, tráfico de armas en general, y la colocación de bombas o artefactos explosivos o incendiarios, incluido el disparo injustificado de armas; así como respecto de todos los delitos que se cometan empleando armas de fuego y las otras señaladas en la ley, tanto del art. 2 como del 3. En todos estos casos deberá contarse con autorización del Fiscal Regional (Nuevo art. 237 inciso 6).

¹⁶¹ “La salida alternativa prácticamente desapareció del marco de la ley 17798, salvo en cuanto, por ejemplo, al delito de porte de municiones cuando el sujeto tiene irreprochable conducta anterior”. Entrevista Defensor(a), Defensoría Local de La Florida, Santiago, de 21 de septiembre de 2017. “una persona que venía de vacaciones de invierno desde Concepción, que tenía un arma inscrita, que portaba cartuchos que no correspondían al arma, le dieron suspensión condicional, pero para la suspensión el camino es largo, el fiscal tiene que pedir autorización a la regional y nos demoramos varias audiencias, porque no pasa solo por él”. Entrevista Defensor(a) Defensoría Local de Curacautín, de 06 de octubre de 2017.

¹⁶² “Las posibilidades de salida alternativa, si bien es cierto están contempladas expresamente, a propósito de la obligación de los fiscales de obtener la autorización de fiscal regional, la verdad son muy pocas hipótesis donde uno podría ofrecer una salida alternativa, en municiones probablemente y en algunas posibilidades de las bombas molotov, por ejemplo, arrojarlas en lugares no calificados, pero queda muy restringida la posibilidad”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 septiembre de 2017.

importante a 80 casos, duplicándose en 2014 (165 casos) y 2015 (181 casos). Bajaron abruptamente en 2016 registrándose 71 casos en 2016, para aumentar a 117 casos hasta agosto de 2017.¹⁶³

Pero sin duda, la disposición que más problemas ha creado es aquella que impide expresamente la sustitución de penas para los autores de delitos y cuasidelitos de la ley de control de armas, o relacionados con ella. Lo más “notable” es que introduce una cláusula de apertura del tipo que no tiene parangón: “[...] así como respecto de todos los delitos que se cometan empleando armas de fuego y las otras señaladas en la ley, tanto del art. 2 como del 3”¹⁶⁴.

Todo ello dejando a salvo los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado una eximente incompleta del art. 11 N°1 del CP (casos de legítima defensa excesiva, estado de necesidad exculpante incompleto, etc.). pues allí la sustitución podría ser procedente pero solo tratándose de los otros delitos y cuasidelitos que se cometan, pero en ningún caso los de la Ley N°17.798.

De esta forma, las penas de la Ley N°17.798 se han convertido en penas privativas de libertad efectivas, como lo ha ido demostrando la jurisprudencia a nivel nacional¹⁶⁵. Lo que supone una desproporción en relación a otros delitos que afectan bienes personalísimos, como el homicidio y las lesiones. El autor de un delito de lesiones graves gravísimas (que no sean causadas con armas) puede optar al juego compensatorio de atenuantes y agravantes que la ley establece, y aspirar a una pena sustitutiva. No así quien las causa con un arma de fuego, o a fogueo. Particularmente ilustrativa es la siguiente situación relatada por un defensor entrevistado:

“Son desproporcionadas (las penas) en estos casos donde hay personas que no tienen un compromiso delictual y tienen las armas para otras finalidades o por otros motivos [...] Casos como el siguiente: Una persona que era cuidador de una bodega le entraron a asaltar dos sujetos, robo con intimidación, el cuidador sale y les dispara con un arma que no estaba inscrita pero que tenía y se la había comprado a otra persona. Resultado: lesionados estos sujetos, entonces por la lesión se entiende que es legítima defensa

¹⁶³ Información extraída a partir de datos proporcionados por Ministerio Público. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017.

¹⁶⁴ El inciso 2 del art. 1° de la Ley N°18.216 reformado por la Ley N°20.813 señala: “No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 150 A, 150 B, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código”.

¹⁶⁵ SCA de Valdivia. Rol N°57-2017 de 28 de febrero de 2017, porte ilegal de arma de fuego y homicidio simple; SCA de Valparaíso. Rol N°131-2017 de 14 de enero de 2017, tenencia ilegal de arma de fuego y municiones; SCA de Temuco. Rol N°240-2017 de 04 de abril de 2017, porte ilegal de arma de fuego; SCA de San Miguel. Rol N°879-2016 de 07 de junio de 2016, que confirma STOP de Puente Alto, RUC N° 1500278148-1, RIT N°23-2016 de 18 de abril de 2016, porte ilegal de arma de fuego, confirmada por STOP, 4° TOP de Santiago, RUC N°1500330992-1, RIT N°140-2016 de 25 de mayo de 2016, colocación de artefacto explosivo del art. 14 d).

pero por el uso de arma que tenía dentro de su contexto de custodia, que era un lugar más o menos complicado, tenía que cumplir una pena privativa de libertad mientras que las dos personas que entraron a asaltar el local, tienen la posibilidad de un procedimiento abreviado y cumplirlo en libertad. Se fija que es una sensación bien extrema, donde realmente quien fue víctima acaba con pena privativa de libertad y los otros terminan con una pena sustitutiva. Entonces, hay situaciones en las cuales la ley resulta muy poco razonable”.¹⁶⁶

Dos de los fiscales entrevistados también perciben como problemática esta norma, atendido especialmente la posibilidad de que el imputado tenga conducta anterior irreprochable, especialmente en zonas rurales,¹⁶⁷ corriéndose el riesgo de que se dicte una sentencia “injusta” atendido el hecho y sus circunstancias.¹⁶⁸ Por eso creen que debería haberse conservado una herramienta (juego compensatorio de atenuantes y agravantes) para morigerar ese marco rígido de pena, considerando especialmente que no se puede acudir a la pena sustitutiva, salvo en cuanto se presentare un requerimiento ante el Tribunal Constitucional.

De las altas posibilidades de cumplimiento efectivo de la pena, derivan dos consecuencias, una, un aumento exponencial de la prisión preventiva, que se transforma en medida cautelar preferente, y la otra, relativa a la eficacia de la investigación.

En relación a la medida cautelar de prisión preventiva, los actores del sistema penal entrevistados están contestes en que ella se ve afectada por el régimen de determinación de penas en la ley y que ha aumentado. Por un lado, pareciera que al existir la posibilidad cierta en la sentencia condenatoria de una pena de cumplimiento efectivo, habría mayores razones para temer que el imputado evada la justicia,¹⁶⁹ y así los fiscales se verían en la necesidad de solicitar siempre esta medida cautelar.¹⁷⁰ Pero por otro lado, parece haber una

¹⁶⁶ Entrevista Defensor(a), Defensoría Regional Metropolitana, Santiago, de 21 de septiembre de 2017.

¹⁶⁷ “yo creo que, quizás los rangos penales o los rangos en que se establecieron las penas, pueden ser aceptables, pero en la medida de que se hubiera dado la posibilidad de las atenuantes, o las agravantes, o controlarlo de otra manera [...] una persona de campo, que no es delincuente, tiene esa ignorancia, que incluso cualquiera puede cometer, entonces sancionarlos con unas penas draconianas, si bien, el espíritu de la ley era perseguir a las bandas que utilizan armas, y sentir que se le aplique una pena a una persona que no es un delincuente duro, considero que la pena es muy alta, más aún, si tiene que recurrir ahora al Tribunal Constitucional para que le apliquen una pena sustitutiva”. Entrevista Fiscal, Fiscalía Regional de Temuco, Temuco, de 05 de octubre de 2017.

¹⁶⁸ “el establecimiento del marco rígido creo que también es una desventaja, porque se impide que a una persona ciertas atenuantes le permitan una pena más baja y por tanto más acorde a la realidad del caso propio de él y por otro lado impide que alguien que ya tiene reincidencias le podemos poner la pena en un grado más alto. O sea que el reproche sea mayor, impide quizás que la dictación de la sentencia sea más justa”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Antofagasta, Antofagasta, de 16 de noviembre de 2017.

¹⁶⁹ “Las medidas cautelares, por el contrario, se han endurecido más porque está la posibilidad que cumpla la pena privado de libertad [...] antes por ejemplo, era más difícil que se dejara privado de libertad a alguien por el solo hecho de portar armas, entonces se aplicaba una medida de firma mensual. Pero ahora, el sujeto no viene una vez al juicio y la segunda vez probablemente va a quedar privado de libertad porque tendrá que cumplir la pena igualmente, y si la pena que arriesga es efectiva, entonces el peligro de fuga se acrecienta”. Entrevista Juez(a) TOP de Antofagasta, Antofagasta, de 15 de noviembre de 2017.

¹⁷⁰ “Uno tiende a pedir en la mayoría de los casos, la prisión preventiva, porque en el fondo una de las cosas que determina la decisión del ministerio público al pedir prisión preventiva, es que la pena va a ser de

cierta racionalidad en el uso de la privación de libertad como medida cautelar, siendo más frecuente que se decrete la prisión preventiva en el caso de imputados con antecedentes penales o cuando el porte o tenencia está asociado a un delito más grave, mientras que respecto de personas sin antecedentes penales, se preferirían otras medidas como el arresto domiciliario.¹⁷¹

Las cifras que entrega Gendarmería tienden a corroborar lo expuesto en cuanto al incremento de la prisión preventiva. De acuerdo a ellas, el número de condenados y presos preventivos en recintos penitenciarios por delitos de la ley de control de armas habría experimentado un aumento considerable e incluso explosivo en 2016.¹⁷² Según este organismo en 2014 el total de condenados (presos) era de 656, en 2015 subió a 809 y en 2016 aumentó a 1.154. El número de imputados en prisión preventiva, en 2014 alcanzaron a 560, en 2015 a 907, y en 2016 a 1.338.

Mucho mayores son las cifras que entrega la Corporación Administrativa del Poder Judicial, según la cual en 2014 se concedieron 1882 prisiones preventivas, aumentado en 2015 a 2.793. En 2016 se concedieron 3.458 y en 2017 se concedieron 3.130.¹⁷³

Inversamente proporcionales son las cifras que este mismo organismo entrega de medidas alternativas y penas sustitutivas, que en 2014 alcanzaron a 692, en 2015 bajaron a 468 y en 2016 a 210.

Ello tiene efectos en el cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile a través de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio 169 de la OIT, pues, el sistema interamericano de derechos humanos admite como fundamentos para la prisión preventiva la existencia de indicios sobre la participación de la persona en el delito y el que la privación de libertad sea indispensable para el éxito de la investigación o para impedir la fuga del imputado¹⁷⁴, dejando fuera la gravedad de la pena. Si bien la gravedad de la pena está establecida con carácter general en el Código procesal

cumplimiento efectivo, por lo tanto, las posibilidades de evadirse de la acción de la justicia aumenta". Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017. Comenta también un defensor: "El principal problema es la utilización de la prisión preventiva como medida cautelar, preponderante en esta ley en particular, por no otorgarse la posibilidad de cumplir la condena con otro tipo de pena que no sea efectiva. En la práctica, lo que me ha sucedido a mi como litigante, es que el cambio absoluto respecto de la medida cautelar, antes de la aplicación de esta ley, las medidas cautelares eran menores, ahora las medidas son prisión preventiva, en todos los casos donde he participado". Entrevista Defensor(a) privado 1 en causas indígenas, Temuco, de 19 de agosto de 2017.

¹⁷¹ "En un inicio como medidas cautelares (han aumentado), la mayoría de las veces lo que se decreta es la prisión preventiva. No es extraño si se trata de personas que tienen algún antecedente penal o si el delito va asociado a un delito más grave, la prisión preventiva sea la medida cautelar más probable para el caso completo. Y con personas que no tienen antecedentes, no es raro ver que mayormente las veces, sea un arresto domiciliario, privación o restricción de libertad". Entrevista Fiscal Angol, Temuco, de 06 de octubre de 2017.

¹⁷² Gendarmería de Chile. Ord. N°219/17, respuesta a solicitud AK006T0006138 de 5 septiembre de 2017.

¹⁷³ Datos extraídos a partir de cifras entregadas por Corporación Administrativa del Poder Judicial, Oficio 17 DDI N°1946 de 17 de abril de 2018. Se hace presente que la información entregada por este organismo indica expresamente que se trata de las prisiones preventivas concedidas y rechazadas "en primera instancia". Un cuadro más detallado en *Infra* 7. La elevación de estándares probatorios.

¹⁷⁴ CIDH, Sentencia Caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 22 de noviembre de 2005, párr.198

Penal, en virtud de la aplicación de la ley de control de armas, este fundamento, que ya está cuestionado a la luz del sistema interamericano, se torna como el principal, pues siendo las penas que se imponen por la LCA muy altas, las posibilidades de obtención del beneficio de ser procesado en libertad se difuminan.

Así, como efecto de la aplicación de la normativa de la LCA y el art. 140 del CPP, la prisión preventiva, se transforma en una verdadera pena anticipada, pues muchos de los imputados arriesgan esperar la sentencia estando privados de libertad, esto por un lado muestra que la proporcionalidad no se respeta en cuanto límite a la prisión preventiva,¹⁷⁵ y por otro lado parece echar por tierra el art. 150 inc. 3 del Código Procesal penal, que ordena tratar al imputado preso preventivo en todo momento como inocente. Ello determina una afectación a la presunción de inocencia consagrada en el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el art. 19 n°3 de la Constitución Política (CPR).

Así también la posibilidad de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 10 del Convenio 169 que obliga a los Estados a preferir sanciones distintas de la privación de libertad para los indígenas, en teoría se vuelve impracticable.

Sin embargo, y advirtiendo la gravedad de estos efectos, pareciera que paulatinamente se va morigerando la aplicación de la norma para poder operar dentro de límites razonables en el estado de derecho, y así, si bien en un principio la tendencia era a que se decretara la prisión preventiva, a la fecha de las entrevistas, el uso de la medida cautelar se iba haciendo menos generalizado¹⁷⁶.

Por otra parte, otro efecto que produce este régimen de determinación de penas, cuando se trata de casos un poco más complejos, es que impacta negativamente en la eficacia en la investigación, pues, ante la certeza de que las penas siempre serán de cumplimiento

¹⁷⁵ HADWA, Marcelo, *La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2015, pp.58 y ss.

¹⁷⁶ Así lo comentó un defensor en Temuco: “Por ejemplo, en Collipulli tienes un imputado mapuche con un arma, se decreta la prisión preventiva, porque en ese lugar hay peligrosidad propia de este supuesto conflicto, y en algunos casos les dan prisión preventiva a personas que no tienen condenas anteriores, pero posteriormente esto fue disminuyendo en esas situaciones de esos pueblos y también en Temuco, donde generalmente, ni siquiera los fiscales piden la prisión preventiva, se ha ido cambiando esa posición previa de “como la persona tiene derecho a pena sustitutiva, merece estar preso” ese sesgo ya no está, esto desde que los requerimientos que se presentaron ante el Tribunal Constitucional [...] que ha servido para atenuar las peticiones del propio ministerio público. Te comento un caso reciente de la causa Luchsinger-Mackay; hace unos días atrás entraron y allanaron el domicilio de la hermana de un imputado, donde en una bodega al parecer encontraron un arma, la imputaron y la fiscalía igual pidió prisión preventiva, no se decretó y la corte tampoco lo confirmó, por argumentos que tienen que ver con el estándar; como era una bodega común, no sabemos de quien es, entonces no le podemos atribuir a esas personas esas armas” Entrevista Defensor, Defensoría Regional de Temuco, de 05 de octubre de 2017. Pero también es la opinión de un fiscal de región: “Acá en la fiscalía somos bien persecutores, pero persecutores razonables, cuando hay casos por muy terribles que sean, que no dan para llevarlos a juicio no se llevan, asumimos el costo de lo que eso implica con la víctima o con la familia el tema de las municiones o la tenencia de armas de fuego es un delito muy sencillo o sea te pillaron portando el arma o entraron a tu casa de forma legal se acabó eso va a terminar con una acusación, ojalá con un abreviado”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Antofagasta, Antofagasta, de 16 de noviembre de 2017

efectivo, no hay ningún incentivo para los imputados para que colaboren con la investigación¹⁷⁷. Esta imposibilidad de negociación incide en que no hay incentivo para el imputado para llegar a un procedimiento abreviado, pues, “nadie quiere procesos abreviados con penas efectivas”¹⁷⁸, pero lo que es más complejo aún desde la perspectiva del control de la criminalidad, es que la ausencia de colaboración dificulta el esclarecimiento de hechos delictivos y la investigación del mercado ilícito de armas¹⁷⁹.

Finalmente, otro de los efectos no deseados y que es advertido por uno de los entrevistados, es la contaminación carcelaria que supone la prisión preventiva y el cumplimiento efectivo de la pena, respecto de personas sin antecedentes delictuales que ingresan a los recintos penitenciarios¹⁸⁰

6.3. Los recursos de inaplicabilidad

Las dificultades expresadas en el apartado anterior trajeron como consecuencia una presentación masiva de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte de las defensas¹⁸¹, pero también por magistrados¹⁸². Para una muestra, solo en 2017 se ingresaron 412 requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Entre enero y junio de 2018 se ingresaron 170 presentaciones más. Y a la misma fecha 180 terminaron por sentencia definitiva¹⁸³.

Casi todos tienen el mismo formato, teniendo como común denominador el cuestionamiento por esta vía del inciso 2 del art. 1 de la Ley N°18.216 que impide el acceso a penas sustitutivas por condenados en esta clase de delitos, por infringir el principio de no discriminación como derivado de la garantía de igualdad ante la ley, por cuanto se estaría

¹⁷⁷ “(la colaboración sustancial) no hay. Se acabó. A quién le va a interesar reconocer algo para intentar obtener una atenuante que no le va a servir para nada”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Antofagasta, Antofagasta, de 16 de noviembre de 2017.

¹⁷⁸ Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Antofagasta, Antofagasta, de 16 de noviembre de 2017.

¹⁷⁹ “Siendo bien analítico con la ley, yo creo que trae más desventajas que ventajas, si uno fuera un persecutor irracional, claro tendría ventajas en el sentido de la imposibilidad del marco de la pena, de no tener beneficios, pero la verdad es que en cuanto a ese razonamiento, siendo tan rígida la posibilidad de bajar la pena, o de no acceder a los beneficios, creo que ahí se produce un desincentivo bien fuerte para los imputados de poder colaborar con la investigación [...] y además teniendo la certeza, de que hay un mercado ilícito de armas, para nosotros es fundamental poder tener la posibilidad de negociar [...] debería poder permitirse al ministerio público la misma lógica de procedimiento abreviado, para poder ofrecer como herramienta de negociación, rebajar el marco punible o poder negociar beneficios a cambio de entrega de información”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017.

¹⁸⁰ Señaló un defensor: “es totalmente desproporcionado cuando existen personas con irreprochable conducta anterior que no tengan la posibilidad de acceder a un beneficio esta ley, evidentemente se produce un una paradoja, una persona que puede ser rehabilitada con medidas alternativas a la privación de libertad, ingresando a la cárcel van a tener una contaminación evidente, van a poder conocer otro tipo de situaciones o formas de realizar otros delitos, por lo tanto aumentar penas, tanto en esta como en otro tipo de ley, causa un perjuicio a largo plazo para la sociedad”. Entrevista Defensor (a) privado 2 en causas indígenas, Temuco, de 19 de agosto de 2017.

¹⁸¹ Dentro de los primeros están los Roles N°2959, 2995, 3041, 3039. Disponibles en www.tribunalconstitucional.cl

¹⁸² Se trató de ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Tribunal Constitucional, Rol N°3039.

¹⁸³ Datos extraídos a partir de revisión de sitio web tribunal constitucional: www.tribunalconstitucional.cl

ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, careciendo ésta de razonamientos razonables y objetivos¹⁸⁴.

Al mismo tiempo, en algunos recursos respecto del art. 17 B inciso 2, se invoca una falta al principio de proporcionalidad de las penas:

“como garantía de un procedimiento racional y justo, (que) asegura que el juez no sea severamente limitado en su capacidad de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable, tanto en relación con la determinación del quantum de la pena como respecto de la decisión de conceder penas sustitutivas”¹⁸⁵.

En los requerimientos que se han resuelto, en general, el voto de mayoría acoge el requerimiento contra la Ley N°18.216, a la vez que lo rechaza en cuanto al inc. 2° del art. 17 B de la Ley N°17.798.

El razonamiento para acoger los requerimientos por la imposibilidad de aplicar pena sustitutiva, básicamente consiste en que el principio de igualdad ante la ley se ve afectado toda vez que se advierte una desproporción significativa en la respuesta punitiva del Estado al incluir estos delitos dentro de la restricción, en comparación con otros que quedan excluidos de esta restricción y que pueden incluso ser más graves¹⁸⁶. Además, en virtud del principio resocializador característico de un Estado democrático, la pena sustitutiva no debe ser vista como un beneficio sino como lo que es: una sanción que se cumple incluso con cierta intensidad (reclusión parcial, libertad vigilada). La Ley N°20.813 se muestra como una regresión en relación a los objetivos de reinserción social y rehabilitación perseguidos por la ley N°20.603, sin que haya mediado estudio alguno sobre los efectos de esta ley desde 2013¹⁸⁷.

“En virtud del principio de proporcionalidad, la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de penas privativas de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena”¹⁸⁸.

Mirado desde los estándares internacionales de derechos humanos, la posición del TC parece coherente, pues, si bien es cierto el legislador puede asignar las penas que estime adecuadas a las diversas infracciones, y en este sentido puede, por ejemplo, decidir que la pena será efectiva y que no puede haber una pena sustitutiva, no es menos cierto que debe respetar el principio de igualdad en todos sus aspectos, formales y materiales. Restringir la pena sustitutiva para los delitos de la Ley N°17.798 y aquellos que se cometen empleando

¹⁸⁴ Ver Tribunal Constitucional, Roles N°2959, 2995, 3041, 3039, 3109, 3134, 3172, entre otros. Esta postura ha sido avalada por informes en derecho. Véase NASH, Claudio, “Informe en derecho para tribunal constitucional. Causa Rol N°2959”. 2015. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl

¹⁸⁵ Requerimiento Tribunal Constitucional Rol N°3120-2016.

¹⁸⁶ Ver p.ej. STC Rol 3172 de 27 de marzo de 2017.

¹⁸⁷ STC. Rol N°3041 de 27 de marzo de 2017. Considerandos 21 a 23°.

¹⁸⁸ STC. Rol N°3041 de 27 de marzo de 2017. Considerando 24°.

armas de fuego y elementos sujetos a control mencionados en la misma ley, supone que situaciones idénticas en su desvalor, son tratadas de manera diferente y eso es constitutivo de discriminación, pues como ha señalado enfáticamente la Corte Interamericana de derechos humanos, la discriminación puede derivar de “una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación”, sin que exista una “justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”¹⁸⁹.

Por ejemplo, el sujeto que comete un homicidio con arma de fuego en la vía pública, no tiene derecho a pena sustitutiva, pero sí lo tiene aquel que comete el homicidio con un arma blanca (un sable). El porte de arma de fuego está sancionado, lo mismo que el delito de porte de armas blancas (art. 288 bis CP), sin embargo el legislador ha decidido excluir la pena sustitutiva únicamente cuando se emplean armas de fuego, y no otras que pueden causar el mismo daño. Por otra parte, y atendiendo únicamente a los delitos de porte y tenencia, aquel que porta municiones o un arma de fuego, no tiene derecho a pena sustitutiva, pero sí la tiene, en cambio aquel que porta un sable en la vía pública. Mirado desde el bien jurídico no tiene sentido que ambas situaciones sean diferentes, pues el riesgo que supone para las condiciones bajo las cuales los ciudadanos podemos gozar despreocupadamente del bien jurídico seguridad colectiva, son prácticamente las mismas.

Respecto del art. 17 B inciso 2° de la LCA, se señala que éste restringe el marco del tipo penal pero no la individualización judicial de la pena a aplicar:

“En este caso el legislador modifica la determinación de la pena que está bajo su competencia, y deja a resguardo la individualización judicial, solo que dentro de límites más restringidos. De este modo, si bien en la práctica se aplicará una pena más severa, no puede concluirse que este giro de política criminal sea inconstitucional. El juez aún está facultado para aplicar las circunstancias atenuantes y agravantes del caso concreto, en relación con los principios de culpabilidad y proporcionalidad que siempre ha aplicado”¹⁹⁰.

Las circunstancias modificatorias permiten ajustar la necesidad de la pena con la intensidad de la misma, no hay disminución del juicio de culpabilidad ni tampoco se afecta la dignidad personal, así como tampoco se infringe la proporcionalidad ni la igualdad, al no haberse planteado un test de igualdad que permitiera comparar las penas y las normas legales, que permiten determinar la pena mostrando otro grupo de delitos a modo de estándar de comparación.¹⁹¹

Pero hay varios casos en los que se rechaza el requerimiento. Uno de ellos, en donde el requirente era un comunero mapuche, por tenencia y porte ilegal de municiones y cartuchos (art. 9 LCA), y de porte de elementos para cometer un incendio (art. 481 CP). Aquí el voto de mayoría rechazó el requerimiento contra el art. 1 de la Ley N°18.216. (Rol TC 3403-17).

¹⁸⁹ CIDH, Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de mayo de 2014, parr.200.

¹⁹⁰ STC. Rol N°3039 de 27 de marzo de 2017. Considerando 17°.

¹⁹¹ STC. Rol N°3039 de 27 de marzo de 2017. Considerandos 19° al 22°.

Además de este caso, se rechazaron los requerimientos sólo en dos casos más: un empate (3413-17) y otro rechazo propiamente tal (3425-17).

7. La elevación de los estándares probatorios

Contrario a lo que se pretendía con la reforma de la Ley N°20.813, la inocuización de los infractores de la ley de control de armas vía su privación de libertad, el sistema penal se ha ido adecuando poco a poco al sistema, y ha comenzado a hacerle frente de distintas formas.

Una de ellas, ya comentada, a través de la interposición de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Pero hay otra, un efecto no deseado, y que consiste en la elevación de estándares probatorios lo que provoca, en la percepción transversal de los actores del sistema penal entrevistados, que existan ahora muchas más absoluciones que antes.¹⁹² Incluso, relata uno de los entrevistados, se están acogiendo argumentos en las teorías del caso, que antes o bien no se acogían, o eran muy discutidas. Tal ocurre con la consideración de la aptitud para el disparo como elemento del tipo de la tenencia o porte ilegales de armas.¹⁹³

Otra estrategia, que emplean las defensas en sus argumentos, para esquivar la aplicación de la reforma de la Ley N°20.813, es la consideración de la tenencia del arma como un delito permanente, de manera tal que si es posible estimar que la tenencia data de una fecha anterior a la reforma de la Ley N°20.813, se le aplica la ley antigua.

Esto a su vez ha traído como consecuencia una mayor cantidad de juicios orales. Pero también se produce en las etapas iniciales de la investigación, declarándose, en la percepción de uno de los entrevistados, más detenciones ilegales que antes por esta clase de delitos¹⁹⁴. Pese a esta percepción, tal como se señaló, el número de prisiones preventivas se ha triplicado después de 2015 no obstante lo cual, el número de condenas no ha aumentado en forma significativa, como podemos observar de los siguientes datos¹⁹⁵:

¹⁹² “Como es tan poco flexible la ley...ahora sabemos que no va a tener el beneficio, que la pena no es tan baja y entonces una ya lo piensa dos veces antes de condenarlo y entonces le busca una alternativa para absolver, y en la práctica terminan habiendo más absoluciones que antes, por ejemplo, con el porte de municiones”. Entrevista Juez (a) 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre 2017.

¹⁹³ “los tribunales han buscado salidas para absolver o confirmar absoluciones... han hecho un ejercicio más intelectual del derecho y han hecho aplicaciones jurídicas que antes no hacían, p. ej. Cuando el arma no es apta para el disparo y se realiza un juicio oral los tribunales han absuelto señalando que falta un elemento del tipo, y la Corte que antiguamente sostenía que no era un elemento del tipo, han dicho que si lo es”. Entrevista Defensor, Defensoría Regional de Temuco, de 05 de octubre de 2017.

¹⁹⁴ “Se ha producido [...] como un efecto inverso en los tribunales a propósito de la aplicación de la ley, se ha subido el estándar para las policías, y consecuentemente para el Ministerio Público en cuanto a la legalidad del procedimiento. En los hechos desde que se endureció la LCA declaran mayores ilegalidades en las detenciones, o sea, detenciones que antes eran declaradas legales, ahora se consideran ilegales, lo que antes no ocurría”. Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017.

¹⁹⁵ Datos extraídos a partir de cifras entregadas por Corporación Administrativa del Poder Judicial, Oficio 17 DDI N°1946 de 17 de abril de 2018.

AÑOS	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Número de prisiones preventivas solicitadas	1821	1771	1827	1682	1631	2070	3144	3946	3629
Número de prisiones preventivas concedidas	1621	1578	1632	1514	1491	1882	2793	3458	3130
Número de prisiones preventivas rechazadas	200	193	195	168	140	188	351	488	499
Condenas	3604	3667	3544	3654	3445	4627	3935	3697	3739

Es lógico que aumente el número de prisiones preventivas considerando la alta prognosis de pena que se produce por aplicación del art. 17 B inciso 1 y 2, así como también el hecho de que el cumplimiento de la pena sea efectivo, dado que existiría un mayor peligro de fuga por parte del imputado, como se ha dicho antes. Ahora bien, si los estándares probatorios siguieran siendo los mismos que los que se aplicaban antes de la Ley N°20.813, deberían haber aumentado el número de condenas. Sin embargo, ellas no aumentan significativamente, a mi juicio, porque es precisamente la posibilidad de cumplimiento efectivo de la pena la que retrotrae a la judicatura de condenar con los mismos estándares que antes, y por ende, es posible que, como han afirmado los entrevistados, los estándares probatorios sean ahora más exigentes.

Conclusiones

La actual formulación de la Ley N°17.798 ha producido efectos buscados por el legislador, pero también otros no deseados y hasta imprevisibles.

Una de las cuestiones que destacan es que el legislador haya precisado de alguna manera el injusto de los delitos de porte y tenencia ilegales de armas y municiones, pues son los de mayor ocurrencia. Con la actual formulación se hace complejo aseverar, como hizo alguna parte de la doctrina, que ellos configuran una mera desobediencia administrativa, pues el legislador ha hecho esta distinción devolviendo al campo del derecho administrativo sancionador aquellas conductas que, en efecto no suponen una afectación a las condiciones bajo las cuales las personas pueden razonablemente sentirse a salvo de la comisión de delitos con armas (seguridad colectiva). Es más, se ha inclinado, a mi juicio, por una tesis del peligro abstracto que supera las tesis de la mayor o menor proximidad a la lesión del bien jurídico, y opta por una normativización del mismo. De ahí que haya eliminado la atenuación cuando se probare que el arma no estaba destinada a atacar a las fuerzas

armadas, de orden y seguridad pública o a la comisión de otros delitos. Lo que, dicho sea de paso, implicaba una inversión de la carga de la prueba haciéndola recaer en el imputado.

No obstante esta mejor regulación, hay dos efectos no buscados que dicen relación con ello. El primero es que la devolución al campo del derecho administrativo de conductas tales como la venta de municiones a quien no tiene arma inscrita, o al vendedor que omite registrar al comprador o lo hace en forma incompleta, y la del traslado sin autorización de arma inscrita a un lugar diferente al que fue declarado, producen un vacío legal que pudiera estar incidiendo en el aumento de los delitos de porte y tenencia de municiones que se verifican tras la reforma de la Ley N°20.813.

Por otra parte, si bien la intención del legislador era punir más severamente al “delincuente” que utiliza armas, no así al ciudadano no delincuente, la punición alcanza a este último no solo potencialmente sino en forma real. Y una de las cuestiones que más afecta al ciudadano no delincuente, la eliminación de la pena de multa en los delitos de tenencia y porte ilegales para el caso en que se acredite que el arma no estaba destinada a alterar el orden público, atacar fuerzas armadas o cometer delitos. Asimismo, queda afectado en forma potencial por las nuevas figuras introducidas como el delito de disparo injustificado (cometido, por ejemplo, por el vecino a altas horas de la noche), cuya aplicación va *in crescendo*, así como el delito de la entrega de armas a menores de edad o consentir en que las tengan, que, aunque no registra aplicación en el periodo estudiado, nada obsta a que siga el mismo camino que el delito de disparo injustificado.

En la ley vigente se estipulan de mejor manera los elementos que deben quedar sujetos a control, y es adecuada la incorporación de tipos penales relativos a artefactos explosivos e incendiarios, para dar solución a un viejo problema que llevaba a la indubitada conclusión de la atipicidad de la conducta cuando no pudiese probarse la finalidad terrorista, toda vez que la única ley que contenía disposiciones relacionadas con la colocación, lanzamiento, disparo y otras acciones con artefactos explosivos e incendiarios, era la Ley N°18.314. La aplicación de este tipo penal es muy escasa, y se relaciona casi exclusivamente con actos de protesta social.

Sin embargo, tal vez por el apresuramiento legislativo de hacerse cargo de absolutamente todo lo que pudiese ser reformable, en pos de la securitización, se producen problemas de carácter penológico. Así, por ejemplo, no se percataron que se asignaron penas similares a la tenencia y porte de explosivos, independientemente de la peligrosidad material del artefacto. Esto toda vez que la pena máxima establecida para la conducta de porte de un artefacto fabricado, por ejemplo, con pólvora negra es más alta que la del artefacto confeccionado con dinamita. Incluso, la pena de la tenencia o porte de un artefacto incendiario o bomba casera, es más alta que si se la hiciera explotar, lo que produce un efecto criminógeno favorable al uso de la misma.

A su vez, siguiendo la agenda política criminal en boga, la actual formulación legal buscó emplear la restricción a la libertad personal como herramienta eficaz para neutralizar a cierta clase de infractores, pero con ello afectó el cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en materia de Derechos Humanos.

El aumento de la prognosis de pena debido a la aplicación del art. 17 B, y la eliminación de la pena sustitutiva, afecta la presunción de inocencia consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Constitución Política, pues trajo como consecuencia la prisión preventiva como medida cautelar preferente, registrándose un aumento explosivo de la misma a partir de 2015. La prisión preventiva se ha transformado, en los hechos, en una verdadera pena anticipada, o peor, una pena sin juicio, si consideramos que el número de condenas no ha variado significativamente en el mismo período.

Por otra parte, las disposiciones relativas a la determinación de la pena han sido objeto de numerosos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, contabilizándose una cifra cercana a los 700 requerimientos a la fecha, la mayoría de los cuales han sido acogidos en cuanto al cuestionamiento al art. 1 de la Ley N°18.216, por afectar el principio de no discriminación como garantía derivada de la igualdad ante la ley consagrado en el art. 24 de la CADH y en el art. 19 N°2 Constitución Política, y también los principios de proporcionalidad y de resocialización (art. 5.6 de la CADH) dificultando el reintegro del penado a la sociedad (Art. 5.6 CADH).

Frente a esta situación, la gravedad de las penas, la imposibilidad de construir concursos aparentes o ideales mediales y especialmente la efectividad de las penas, los actores del sistema penal intentan esquivar estas restricciones, elevando, por ejemplo, los estándares probatorios, lo cual a su vez ha traído consigo un aumento de la producción y creatividad jurídica para no aplicar las normas según su tenor literal. Ello explicaría que el número de sentencias condenatorias tiendan a mantenerse desde el año 2009 al 2017, con un solo aumento considerable en el año 2014, es decir, antes de la reforma de la Ley N°20.813.

Lo mismo ocurre con las salidas alternativas, pues si bien, en teoría, con la actual formulación de la Ley N°17.798 se restringe la posibilidad de llegar a suspensiones condicionales del procedimiento, y se disminuyen las posibilidades de llegar a un procedimiento abreviado lo cierto es que las cifras indican que ellas no han experimentado una afectación importante. Son más o menos estables.

De esta forma, es posible afirmar que, a pesar de las intenciones del legislador, hay disposiciones de la ley de control de armas que se han ido convirtiendo en puro derecho penal simbólico, pues por la gravedad que ellas suponen, y en la percepción de nuestros entrevistados, han producido un retraimiento de su aplicación por parte de los actores del sistema penal, quienes evitan la privación de libertad como consecuencia jurídica.

Finalmente, la eficacia de la investigación por esta clase de delitos puede verse afectada toda vez que el órgano persecutor, de facto, ya no cuenta con la colaboración del imputado para el esclarecimiento de los hechos, pues es lógico que el imputado no esté dispuesto a colaborar si arriesga una pena privativa de libertad efectiva.

Bibliografía

- ANÓNIMO, *La VOP. Vanguardia Organizada del Pueblo 1969-1971. Historia de una guerrilla olvidada en tiempos de la Unidad Popular*, Santiago de Chile: Colecciones Memoria Negra, mayo de 2012.
- BALMACEDA, Gustavo, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Santiago: Librotecnia, 2014.
- BARRIENTOS, Deysi, “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Nuevo Foro Penal*, N°84 (2015), pp.90-136.
- BASCUÑÁN, Antonio; COX, Juan Pablo; DE LA FUENTE, Felipe, “Leyes penales especiales. Tráfico ilícito de estupefacientes. Tenencia y porte ilegal de armas de fuego. Tráfico automovilístico. Manejo en estado de ebriedad. Incendio culposo. Sabotaje a sistema automatizado informático. Adopción ilegítima. Violencias”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, n° 2, (2005), pp. 635-687.
- BASCUR, Gonzalo, “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la ley 17.798 sobre Control de Armas”, *Polít. Crim.* Vol. 12, n°23 (2017), pp. 533-609.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.813, Modifica Ley N°17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal*, 2015. Disponible en www.bcn.cl [visitado el 11.04.2017]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.014. Modifica la Ley N°17.798, sobre control de armas*, 2005. Disponible en www.bcn.cl [visitado el 11.04.2017]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°17.798, establece el control de armas*. Disponible en www.bcn.cl [visitado el 18.11.2018].
- BÖHM, María Laura, “Securitización”, en: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Alemania: Göttingen University Press, 2016, pp. 174-201.
- CARRASCO, Jaime, *Armas y delito*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2008
- CAVALIERE, Antonio, “El control del tráfico de drogas entre política criminal y dogmática: la experiencia italiana”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n°4 (2013), pp. 14-26.
- CEA, Sergio; MORALES, Patricio, *Control de Armas. Manual de aplicación de la ley 17.798 y su reglamento complementario*, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing, 2018.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Depto. FF. AA, Seguridad, Presidencia, Hacienda y RR.EE. Unidad Orden y Seguridad (2017), Informe Final: Carabineros de Chile. Informe N°532/2017 de 4 de diciembre de 2017, pp.15-20.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N°06-03 (2004), pp. 03:1-03:34, en: [<http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>].
- FEDERACION CHILENA DE TIRO PRÁCTICO, Modificaciones a la actual ley de control de armas y elementos similares - boletín 6201-02, 23.07.2014, en www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto...269...

- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Departamento de Estudios. Minuta sobre las modificaciones introducidas a la Ley de Control de Armas (Ley 17.798) por la Ley 20.813, Santiago, 2015.
- DÍAZ - MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “La reglamentación sobre armas y la ley de protección de la seguridad ciudadana”, *Revista de Administración Pública*, N° 128 (1992), pp.363-396.
- DÍAZ - MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “La tenencia de armas de fuego en el Código Penal español”, *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLII, N°2 (2015), pp. 121-156
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “El delito de atentado contra vehículos en circulación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25 (2006), pp. 138-155.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, "La conmensuración de la pena", capítulo II, "la adaptación de la penalidad" (inédito)
- HADWA, Marcelo, *La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2015.
- KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en: InDret. Revista para el análisis del derecho (N°1). Disponible en: http://www.derechopenalenlared.com/libros/kindhauser_estructura_legitimacion_de_litos_de_peligro_derecho_penal.pdf [visitado el 09/07/2018]
- LARA, Ronny, Análisis dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112861/de-lara_r.pdf [visitado el 10/07/2018]
- MANGIAFICO, David; ÁLVAREZ, Daniel, “Sociedad del riesgo y delitos de peligro abstracto. Reflexiones acerca de la tenencia de arma de fuego en la legislación argentina”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N°9 (2017), pp. 35-58.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “El principio ne bis in ídem en el Derecho Penal Chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°15 (2011); pp. 139-169.
- MARDONES, Fernando, “La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida”, en *Defensoría Penal Pública: Doctrina Procesal Penal 2015*, N°18 (2016), pp.119-152, p. 131. Disponible en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/> (visitado el: 17.04.2018).
- MATUS, Jean Pierre, *¿Hacia un nuevo Código Penal?: evolución histórica de la legislación penal chilena desde 1810 hasta nuestros días*, Santiago de Chile: Thompson Reuters, 2015.
- MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial*, Tomo I, 3ª. Ed. Santiago de Chile: Legal Publishing, Thompson Reuters, 2014.
- NASH, Claudio, “Informe en derecho para tribunal constitucional. Causa Rol N°2959”. 2015. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl [visitado el 10/07/2018]
- NESTLER, Cornelius, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes” en SCHROEDER, F.C.; ECKESTEIN, K.; FALCONE, A. (Coords.), *Delitos de Posesión o tenencia. Estudios de Derechos penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, pp.35-50.

VILLEGAS, Myrna, “La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813”

- OLIVER, Guillermo, “La aplicabilidad de la agravante de uso o porte de armas en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Comentario a un fallo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVIII (2007) pp. 141 – 154.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)” en: LUZÓN PEÑA, Diego (Dir.). *Derecho Penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid: La Ley, 2010, pp. 911-986.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 20 (2006), pp.129-149, pp.131-132.
- PIEDRABUENA, Eduardo, “El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el nuevo código penal”, en *Actualidad Penal*, N°22/ 1997, marg. 496.
- ROXIN, Claus, “Los delitos de tenencia”, en: SCHROEDER, F.C.; ECKESTEIN, K.; FALCONE, A. (Coords.), *Delitos de Posesión o tenencia. Estudios de Derechos penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2016, pp.143-163.
- SABADINI, Patricio, “La posesión de armas de fuego en el derecho penal argentino. Conceptualización y distinción entre tenencia y portación, en función del incremento del riesgo de afectación y la no realización del derecho”, en: SCHROEDER, F.C.; ECKESTEIN, K.; FALCONE, A. (Coords.), *Delitos de Posesión o tenencia. Estudios de Derechos penal, partes General y Especial, y de Derecho procesal Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2016, pp. 395-409.
- SEGOVIA, Antonio, “Modificaciones a la Ley N°17.798, sobre control de armas: algunos comentarios en torno a los proyectos de ley en actual tramitación”, *Revista jurídica del Ministerio Público*, n° 37 (2008), pp. 217-230.
- VARGAS, Tatiana, *Manual práctico de aplicación de la pena. La pena con preguntas y respuestas*, Santiago: Ed. La Ley. Thompson Reuters, 2014.
- VARGAS, Tatiana, “Peligro, peligrosidad y previsibilidad: una breve reflexión a propósito de los delitos de peligro”, *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLI, N°3 (2014), pp.165-182.
- VILLEGAS, Myrna, “Informe en derecho. La aplicación de la ley antiterrorista en el “Caso Pitronello””, Unidad de Estudios Regional Metropolitana Norte, Defensoría Penal Pública N°3 (julio 2013). Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7763>[visitado el 10/07/2018]
- VILLEGAS, Myrna, “La tentativa inidónea en los delitos de terrorismo en el derecho penal chileno a propósito de los artefactos explosivos e incendiarios”. *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLIII, N°3 (2016), Ed. La Ley, Thompson Reuters, Santiago de Chile.
- VILLEGAS, Myrna, “Corrupción y criminalidad organizada. Aproximaciones al terrorismo, contraterroismo y tráfico de armas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°28, (2018), pp.51-76.
- VILLEGAS, Myrna, “Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)”. *Polít. crim.* Vol. 13, N°25 (2018), pp. 501-547. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A13.pdf [visitado el 10/07/2018]

WEIBEL, Mauricio, *Traición a la patria. “Milicogate”. El millonario desfalco a la ley del cobre. La historia oculta de la corrupción en el ejército de Chile*, Santiago de Chile: Ed. Aguilar, 2016.

WINTER, Jaime, “Comentario a SCS Rol N°4.883-2013. Concurso entre tenencia de explosivos y daños provocados con ellos”, *Revista chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. 2, N°4, (2013) pp. 267-276.

YACOBUCCI, Guillermo, “Derecho penal y orden público”, *Revista de Derecho penal y Criminología* N°5 (junio 2016), pp. 107-114.

Sentencias

CIDH, Sentencia Caso Palamara Iribarne vs. Chile de 22 de noviembre de 2005.

CIDH, Sentencia Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, de 29 de mayo de 2014

SCA de San Miguel. Rol N°2678–1995 de 24 de enero de 1996.

SCA de San Miguel. Rol N°879-2016 de 07 de junio de 2016.

SCA de Santiago. Rol N°2384-12 de 19 de noviembre de 2012.

SCA de Temuco. Rol N°456-2015 de 03 de junio de 2015.

SCA de Temuco. Rol N°240-2017 de 04 de abril de 2017.

SCA Temuco. Rol N°386 – 2017 de 31 de mayo de 2017.

SCA de Valdivia. Rol N°57-2017 de 28 de febrero de 2017.

SCA de Valparaíso. Rol N°1952-2016 de 19 de noviembre de 2016.

SCA de Valparaíso Rol N°131-2017 de 14 de enero de 2017.

SCA de Valparaíso, Rol N°1129-2017 de 31 de julio de 2017

STC. Rol N°2959 de 27 de marzo de 2017.

STC. Rol N°2995 de 27 de marzo de 2017.

STC. Rol N°3041 de 27 de marzo de 2017.

STC. Rol N°3039 de 27 de marzo de 2017.

STOP, 4° TOP de Santiago. RIT N°O-150-2012 de 15 de agosto de 2012.

STOP, 4° TOP de Santiago. RUC N°1500330992-1, RIT N°140-2016 de 25 de mayo de 2016.

STOP de Quillota. RIT N°33-2006 de 18 de julio de 2006.

STOP de Los Andes. RUC N°1600713625-4, RIT N°17-2017 de 10 de junio de 2017.

STOP de Puente Alto. RUC N°1400253933-1, RIT N°93-2014 de 10 de abril de 2015.

STOP de Puente Alto. RUC N°1500278148-1, RIT N°23-2016 de 18 de abril de 2016.

STOP Temuco. RIT N°284-2016 de 20 de diciembre de 2016.

STOP de Temuco. RUC N°1500700254, RIT N°304-2015 de 29 de enero de 2016.

STOP de Viña del Mar. RIT N°328-2016 de 21 de octubre de 2016.