

POSESIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO Y PUBLICACIÓN DE LA LEY N° 20.813. ¿UN PROBLEMA DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE?

Gonzalo Bascur Retamal*

SUMARIO: I. Introducción. II. El carácter “permanente” de un tipo penal. III. Realización “permanente”, pluralidad de infracciones y derecho intertemporal penal. IV. Conclusiones.

RESUMEN: Debido al severo régimen penal que actualmente presenta el delito tipificado en el art. 9° de la Ley N° 17.798 (posesión, porte o tenencia ilegal de armas de fuego reglamentadas), luego de su modificación por la Ley N° 20.813, se ha generado debate en la jurisprudencia acerca de la eventual ley penal aplicable a casos donde la conducta típica se comenzó a ejecutar en forma previa al cambio legal. Lo anterior ya que podría estimarse que se trataría de un supuesto de promulgación de una ley penal desfavorable al imputado “durante” la perpetración de un “delito permanente”, debiendo darse aplicación al mandato de aplicación retroactiva favorable al imputado. El presente trabajo analiza la cuestión desde la estructura típica de un “delito permanente”, para concluir que se trataría de un problema artificial dado que no se verificaría el supuesto de hecho de la regla prevista en el art. 18 inc. II del Código Penal, debiendo darse aplicación a la regla general, es decir, a la ley vigente al momento de la perpetración (permanente) del hecho delictivo, circunstancia que deriva en la configuración de un concurso aparente de delitos.

PALABRAS CLAVE: Delitos de posesión, delito permanente, *lex mitior*, ley penal más favorable, retroactividad de la ley penal.

* Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca - Universitat Pompeu Fabra. Profesor de Derecho, Universidad Santo Tomás (Talca). gbascur@santotomas.cl

I. Introducción

El 6 de febrero de 2015 entró en vigencia la más reciente modificación a la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas¹ (en adelante: LCA). Se trató de una revisión general introducida por la Ley N° 20.813 sobre el estatuto jurídico-penal aplicable a las infracciones relacionadas con las armas de fuego y otros objetos regulados que, en lo que aquí interesa, reformuló el tipo objetivo de los delitos posesorios de mayor aparición práctica² y estableció normas especiales sobre determinación e individualización de la pena,³ todo ello orientado a la imposición (sin distinción alguna) de un régimen efectivo de cumplimiento de las respectivas sanciones privativas de libertad,⁴ en el contexto de un gradual programa de política criminal tendiente a la *intensificación* del tratamiento de la delincuencia común.⁵

Producto de tal modificación, se ha podido constatar la existencia de un reconocible patrón de aplicación judicial sobre el delito de posesión ilegal de arma de

¹ El actual texto refundido, coordinado y sistematizado de la LCA se encuentra en el Decreto Supremo N° 400 [2005] del Ministerio de Defensa Nacional.

² Me refiero a los delitos de posesión (en sentido amplio) de armas de fuego reglamentadas o sujetas a control del art. 9° LCA.

³ A saber: (i) se consagra la inaplicabilidad de las reglas sobre individualización judicial de la pena (arts. 65 a 69 CP) a los delitos de la LCA (art. 17 B inc. II LCA); (ii) se establece una regla concursal especial (art. 17 B inc. I LCA) que dispone la aplicación del art. 74 CP a los casos de concurso entre un delito de la LCA y el cuasidelito o delito cometido a través del primero; (iii) se excluye en forma general del sistema de sustitutivos penales a las infracciones de la LCA (art. 1 inc. II de la Ley N° 18.216), circunstancia que actualmente se ve complementada el nuevo inc. IV (introducido por la Ley N° 20.931) que obliga a considerar la suma de las penas impuestas en la respectiva sentencia a efecto de determinar la procedencia de los sustitutivos penales.

⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.813 Modifica Ley N° 17.798, de Control de Armas y el Código Procesal Penal*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Santiago, 2015, p. 292, 316.

⁵ Como manifestaciones tangibles de este fenómeno político-criminal, en Chile se han verificado tres hitos legislativos en el último tiempo sobre los que puede efectuarse una lectura unitaria en este sentido: (i) la Ley N° 20.770, publicada el 16.IX.2014, también denominada mediáticamente como “Ley Emilia”; (ii) la Ley N° 20.813, publicada el 06.II.2015, que (en una línea similar) intensificó todo el régimen aplicable a los delitos de posesión y uso de armas y objetos lesivos relacionados, establecido en la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas; (iii) y finalmente, a la Ley N° 20.931, publicada el 05.VII.2016, también denominada como “nueva ley de agenda corta antidelincuencia”, la que entre una serie de medidas radicales de intensificación, agravó el sistema general de reacción penal ante la comisión de delitos contra la propiedad por apropiación del CP.

fuego reglamentada tipificado en el art. 9 LCA,⁶ consistente en limitar el rigor de la sanción a imponer principalmente mediante dos operaciones: (i) la configuración de un (eventual) supuesto de aplicación temporal de la ley penal más favorable, o (ii) la consideración, no siempre fundamentada, de alguna de las limitadas excepciones legales que se reconocen al estatuto de la LCA en el ámbito de la determinación de la pena.⁷ En esta contribución me interesa analizar la primera vía de atenuación señalada, es decir, profundizar si efectivamente puede constatarse un problema de aplicación de la ley penal en el tiempo.

Tal como se adelantó, la Ley N° 20.813 modificó el tipo objetivo del delito de posesión ilegal de armas reglamentadas,⁸ suprimiendo el antiguo inc. II del art. 9° LCA.⁹ Aquella disposición contemplaba un tipo penal privilegiado cuyo fundamento atendía a determinadas circunstancias que reflejaban un menor contenido de injusto. En concreto, se preveía la posibilidad de aplicar exclusivamente una pena de multa cuando la destinación de la posesión del arma *no estaba dirigida* a la *alteración del orden público, el ataque contra las FF.AA. o de policía* o a la *perpetración*

⁶ Para una síntesis en los problemas que ha causado la aplicación de estos delitos en forma posterior a su última modificación, véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Boletín N° 10.658-07. Informe de la Comisión de Defensa Nacional recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el artículo 9° del decreto N° 400, de 1978, del Ministerio de Defensa Nacional, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 17.798, sobre Control de Armas, en materia de posesión, tenencia o porte de armas*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Santiago, 2016, pp. 27 a 41.

⁷ Me refiero al reconocimiento de la denominada “eximente incompleta” debido a que su reconocimiento constituiría una excepción a la regla del art. 17 B inc. II LCA (en caso de estimarse con efecto extraordinario según el art. 73 CP) y la exclusión de penas sustitutivas del art. 1 inc. II de la Ley N° 18.216 contempla como excepción a la exclusión general de penas sustitutivas para los delitos de la LCA (en caso de considerarse con efecto ordinario según el art. 11 N° 1 CP).

⁸ La LCA distingue entre “posesión”, “tenencia” y “porte” de armas y objetos en tanto subespecies de acciones posesorias. Una interpretación armónica de las disposiciones indica que las conductas de “posesión” y “tenencia” resultarían asimiladas como la detentación del arma bajo una esfera de custodia circunscrita a un espacio físico determinado. A diferencia de ello, el “porte” consistiría en llevar consigo el arma de fuego, es decir, una esfera de custodia que habilitaría una disponibilidad inmediata para el uso del objeto en cualquier lugar en que se desplace el agente.

⁹ En forma adicional, la Ley N° 20.813 reemplazó el previo art. 11 LCA que tipificaba la conducta de “porte” ilegal de arma reglamentada, refundiendo en los tres incisos del vigente art. 9° LCA las conductas de “porte”, “posesión” y “tenencia” de armas reglamentadas, de manera que actualmente constituye un tipo mixto-alternativo o de tipicidad reforzada, lo cual permite al menos debatir la configuración o no de una situación de concurso entre las diferentes conductas.

de otro delito.¹⁰ Más allá de la precisa naturaleza de esa cláusula, tal esquema legal permitía distinguir niveles o factores de lesividad que actualmente se encontrarían completamente ausentes. Ello porque el tipo penal vigente sólo distinguiría la pena aplicable en razón del objeto sobre el cual recae la acción posesoria,¹¹ así, tratándose de la posesión de “armas de fuego” reglamentadas, el marco penal asignado consiste en 3 años y un día a 5 años de presidio menor en su grado máximo,¹² mientras que respecto a la posesión de “municiones o cartuchos”, una pena de 541 días a 3 años de presidio menor en su grado medio.

Debido a que los delitos posesorios son caracterizados como “delitos permanentes”¹³ ya que realizada la conducta esta “permanecería” consumándose prolongadamente en el tiempo,¹⁴ la modificación legal antedicha constituiría un problema de aplicación temporal de la ley penal. Me refiero en concreto a un supuesto de entrada en vigencia de una ley penal “desfavorable” para el imputado, acaecida “durante la comisión” de un delito, cuya ejecución se habría iniciado en forma previa a su promulgación. Ante tal caso, la doctrina nacional mayoritaria estima que

¹⁰ La disposición señalaba: “No obstante, si de los antecedentes o circunstancias del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o tenencia de las armas o elementos a que se refiere el inciso anterior estaba destinada a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, *se aplicará únicamente la multa de once a cincuenta y siete unidades tributarias mensuales*”. Énfasis añadido. Idéntica redacción se consagraba para el antiguo tipo penal de porte ilegal de armas reglamentadas (previo art. 11 LCA).

¹¹ El art. 9° LCA señala en su inc. I: “Los que poseyeren, tuvieren o portaren algunas de las armas o elementos señalados en las letras b) y d) del artículo 2°, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4°, o sin la inscripción establecida en el artículo 5°, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo”. Añade el inc. II: “Los que poseyeren, tuvieren o portaren algunas de las armas o elementos señalados en las letras c) y e) del artículo 2°, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4°, o sin la inscripción establecida en el artículo 5°, serán sancionados con presidio menor en su grado medio”.

¹² Pena privativa de libertad que impediría poner término anticipado al proceso mediante la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, conforme a lo dispuesto por el art. 237 a) del Código Procesal Penal.

¹³ COX, J.P., *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, B de F. Buenos Aires y Montevideo, 2012, pp. 171 a 175, 225 a 227. MAÑALICH, J.P., *Norma, causalidad y acción: Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons. Madrid, 2014, p. 30.

¹⁴ A modo ejemplificativo, realzan esta característica: CURY, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005, p. 652. ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998, p. 226. GARRIDO, M., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003, p. 259.

se verificaría un caso de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en los términos del art. 18 inc. II del Código Penal (en adelante: CP), debiendo aplicarse la ley más beneficiosa para el imputado de entre las que hayan estado vigentes durante el “período consumativo”.¹⁵ De esta manera, si la posesión ilegal del arma de fuego reglamentada hubiera comenzado a ejecutarse antes del 6 de febrero de 2015 y perdurado hacia el futuro, al momento de la dictación de la condena, existiría la posibilidad para el tribunal de aplicar el tipo privilegiado derogado en perjuicio de la regulación vigente al momento del segundo fragmento de ejecución del hecho.

Este punto es adecuadamente reflejado en el considerando décimo tercero de la STOP de Angol RIT N° 33-2016:

“...se acoge la pretensión esgrimida por la defensa de tener por aplicada la antigua ley de control de armas, por ser más beneficioso para su representado, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, aludiendo para ello, la declaración prestada en estrado por los testigos (...) quienes se encuentran contestes en lo medular, en orden a determinar el porte pretérito del arma en cuestión, recordando esta desde aproximadamente el mes de junio del año 2014 a la fecha, situación que el órgano persecutor no desmintió, por lo anterior se tendrá como un hecho pacífico y acreditado. En este orden de ideas y atendida la pretensión esgrimida cual es que se califique como un delito continuado, por la defensa, se tendrá presente que el delito continuado consiste en que varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, consideradas de forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, son tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas. Que en la especie nos encontramos, en que el sujeto activo mantuvo en su poder un arma corta del tipo revólver por un periodo de tiempo prolongado, comenzando a tenerla desde el año 2014 a la fecha, que dicha situación, conlleva a determinar que el principio de ejecución, del tipo penal comenzó cuando la ley antigua mantenía su imperio. En dicha hipótesis que nos encontramos *entonces se deberá aplicar la ley más favorable al sentenciado y que en el caso sub júdice y como lo refiere la defensa es la antigua ley de control de armas...*”¹⁶

¹⁵ CURY, *Derecho*, p. 234. ETCHEBERRY, *Derecho*, pp. 69 a 70. NOVOA, E., *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005, p. 193. POLITOFF, S.; MATUS, J.P.; RAMÍREZ, M., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004, p. 129.

¹⁶ Énfasis y paréntesis añadido.

Más allá de la imprecisión terminológica sobre la categoría dogmática (delito “continuado”) del delito,¹⁷ se puede constatar que la resolución acoge plenamente la posición doctrinaria mayoritaria. No obstante ello, posteriormente la SCA de Temuco Rol N° 33-2016 revocó la referida sentencia a partir de un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, señalando en su considerando octavo lo siguiente:

“Que el delito de porte ilegal de arma de fuego, *se consuma en el momento mismo que el sujeto es sorprendido con el arma, sin los permisos correspondientes*. Tratándose de un delito de carácter instantáneo en cuanto a su consumación. Razón por la cual, el imputado (...), debió ser sancionado con la Ley de Control de Armas, que se encontraba vigente al día 5 de junio de 2015”.¹⁸

A pesar de la brevedad del argumento, la decisión de la Corte de Apelaciones resulta muy interesante debido que expresa, si bien en términos bastante sencillos, las consecuencias jurídicas que, como se verá, derivan de la estructura permanente de un tipo delictivo, especialmente en relación a las reglas sobre derecho intertemporal penal,¹⁹ circunstancia relevante atendida la escasa profundización de la cuestión en el medio local.²⁰

II. El carácter “permanente” de un tipo penal

El “delito permanente” es tradicionalmente definido en nuestra doctrina como una infracción que puede “consumarse en cualquier momento, pero que por

¹⁷ Véase nota al pie N° 32.

¹⁸ Énfasis y paréntesis añadido.

¹⁹ Las reglas sobre *derecho intertemporal* se establecen para solucionar el problema de la ley aplicable a un hecho cuando se produce un cambio legislativo, de relevancia para la resolución jurídica del caso, entre el momento de su acaecimiento y la respectiva instancia de juzgamiento. En materia penal, tales reglas se encuentran consagradas en el art. 19 inc. VII CPR y el art. 18 CP, complementados por lo dispuesto en los arts. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Detalladamente, BASCUÑÁN, A., “La preteractividad de la ley penal”, en Van Weezel, A. (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, LegalPublishing, Santiago, 2013, pp. 165 a 185.

²⁰ Explica en términos generales Antonio Bascuñán: “Es difícil que en cultura jurídica chilena exista un campo clásico menos desarrollada en sus conceptos y categorías, en todas las ramas del derecho y en la teoría general del derecho, que el derecho intertemporal”. BASCUÑÁN, A., “El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 23, Universidad de Chile, 2015, pp. 14 a 15.

voluntad del autor es posible mantener su ejecución en el tiempo, *de modo que el delito continúe en constante estado de consumación*”,²¹ Sin embargo esta simplificación del concepto no lograría dar cuenta de las implicancias dogmáticas de su estructura.

Explica Günther Jakobs²² que la *consumación* de un delito sería un concepto de carácter estrictamente “formal”, pues sólo designaría la circunstancia de que se han realizado en forma imputable todos los elementos del tipo penal. Sin embargo, el estado de consumación no reflejaría el nivel de afectación que el comportamiento implicaría para el respectivo bien jurídico. Prueba de ello sería que los delitos de peligro abstracto también podrían encontrarse “consumados”. De ahí que pueda hablarse de un concepto “material” de consumación,²³ expresivo de la configuración del máximo contenido de injusto previsto en el tipo penal, también denominado como “terminación” del delito.²⁴ Desde este punto de vista, la *terminación* designaría una fase en que el delito adquiere su máxima gravedad lesiva y, al mismo tiempo, el último punto en el que el hecho gozaría de relevancia jurídico-penal,²⁵ se trataría de un lapso de tiempo posterior a la consumación donde todavía el hecho punible podría generar consecuencias jurídicas.

Esta consideración, aparentemente teórica, adquiere relevancia práctica en delitos donde la verificación de la consumación (formal) se encuentra *disociada* del momento de la efectiva terminación (o consumación en sentido material).²⁶ Los casos en que se produciría esta situación dependerán de las variadas técnicas de tipificación empleadas por el legislador,²⁷ como por ej., en los delitos de tendencia interna trascendente.²⁸

²¹ GARRIDO, *Derecho...*, p. 259. Esta característica es destacada en el tratamiento nacional de la categoría. Por todos: COUSO, J.; HERNÁNDEZ, H., *Código Penal Comentado*, LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 633.

²² JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons. Madrid, 1997, p. 855. Asimismo: MAÑALICH, J.P., “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 5, Universidad de Chile, 2004, pp. 14 a 15.

²³ JAKOBS, *Derecho...*, p. 855.

²⁴ BORJA, E., “La terminación del delito”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. XLVIII (1), enero-abril, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 134 a 138.

²⁵ BORJA, “La terminación...”, pp. 137 a 138.

²⁶ JESCHECK, H.; WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares. Granada, 2002, p. 556.

²⁷ JAKOBS, *Derecho...*, p. 855.

²⁸ Desde esta perspectiva, el delito de hurto o robo al incorporar el ánimo de lucro como

El delito permanente constituiría uno de tales casos, pues su principal característica es que el *instante* de la consumación puede diferir significativamente del instante en que se verificaría la terminación, de manera que lo “permanente” no sería la consumación del tipo (hito instantáneo), sino la *ejecución* del comportamiento delictivo.²⁹ Esta propiedad emanaría de las siguientes particularidades de su estructura típica:³⁰ (i) con estos delitos se tutelarían exclusivamente bienes jurídicos aptos de ser reintegrados a su estado original una vez terminada la conducta; (ii) constituirían un caso de unidad jurídica de acción; (iii) generarían un *período* o *estado* antijurídico,³¹ (iv) dicha situación se prolongaría o mantendría en el tiempo por la sola voluntad del agente, y (vi) la naturaleza permanente de la conducta vendría definida por el propio legislador.³²

elemento subjetivo del tipo, establecería la consumación del acto en forma anticipada a la terminación del injusto, debido a que “adelantaría” la efectiva expropiación de la cosa respecto al patrimonio ajeno con la sola sustracción de la misma, por lo que en términos de la “actualidad” de la agresión que exige la legítima defensa, la víctima podría ejercer lícitamente violencia en contra del ladrón que huye para la recuperación del botín. MAÑALICH, J.P., “El “hurto-robó” frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7, Universidad de Chile, 2006, pp. 89 a 90.

²⁹ MAÑALICH, “El secuestro...”, p. 14.

³⁰ BORJA, “La terminación...”, pp. 154 a 162.

³¹ La categoría de delito permanente es contrapuesta a los denominados “delitos instantáneos” y “delitos de estado”. Se define al *delito instantáneo* como aquel en que el momento de la consumación coincide exactamente con la terminación, agotándose en forma “instantánea” el injusto (como por ej. el homicidio); mientras que los *delitos de estado* son definidos como aquellos que si bien la consumación genera un estado antijurídico, lo sancionado es la producción de tal estado pero no su mantenimiento, lo cual no tendría relevancia jurídico-penal en tanto fase post-consumativa (como por ej. el hurto o las lesiones corporales). En este sentido: BORJA, “La terminación”, cit. nota n° 259, pp. 120 a 121, 158 a 159. En nuestro medio desde consideraciones similares: COUSIÑO, L., *Derecho Penal Chileno. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1975, pp. 316 a 319.

³² En este punto es interesante recalcar la impropiedad de la STOP de Angol RIT N° 33-2016 al calificar de “continuado” el delito de porte ilegal de arma de fuego reglamentada, en circunstancias que constituye un delito “permanente”. Si bien ambas categorías pertenecen a supuestos de unidad de acción, es decir, infracciones compuestas de una pluralidad de actos individualmente fraccionables pero que son anudados jurídicamente por diversos parámetros en una sola realización (o un solo delito), en el delito permanente tal característica resulta intrínsecamente vinculada a una decisión legislativa (la naturaleza de la conducta típica abstractamente considerada); mientras que tratándose del delito continuado, derivaría de una valoración *contingente* del tribunal efectuada sobre la concreta realización del hecho, cuestionada en la literatura por eventualmente constituir una forma de eludir las reglas sobre concurso real a partir de consideraciones de justicia material. Sintéticamente en: BASCUR, G., “Consideraciones acerca de los criterios de unidad de acción en la reciente jurisprudencia penal

En este punto me interesa profundizar en su consideración como un caso de unidad típica de acción. Debido a que la extensión temporal de la realización del tipo permanecería en el tiempo, desde el punto de vista de la teoría de la tipicidad, los delitos permanentes constituirían un caso de unidad delictiva, en el sentido de que (en este caso) la prolongación de la posesión generaría *una sola* infracción de la misma norma *sostenida en el tiempo*, neutralizando por ello la eventual apreciación de una situación de reiteración delictiva (o concurso real homogéneo de delitos),³³ de esta forma, las múltiples acciones y omisiones que en sentido bruto (o procesal) integrarían la conducta posesoria, sólo configurarían el soporte fáctico de *una* sola infracción normativa.³⁴

III. Realización “permanente”, pluralidad de infracciones y derecho intertemporal penal

La regulación del derecho intertemporal penal se encontraría establecida en el art. 18 CP mediante cuatro reglas:³⁵ (i) en tanto norma general, sería aplicable la ley vigente al momento de la *perpetración* del hecho, sea que esta se encuentre *vigente*³⁶ o *derogada* en el acto de juzgamiento; (ii) se encontraría prohibido aplicar retroactivamente una ley promulgada en forma posterior al hecho cuando esta sea *desfavorable* al imputado; (iii) se establecería un mandato para el juez de aplicar con efecto retroactivo toda ley penal promulgada posteriormente al hecho cuando (en concreto) haya de resultar más favorable al imputado, y (iv) en caso de conflicto entre el imperativo (i) y el imperativo (iii), prevalecería el imperativo (iii).

Ahora bien, la estructura permanente de un delito podría complicar la determinación del momento en que el hecho ha sido “perpetrado” y con ello la determinación de la ley aplicable, en caso de existir una modificación legal efectuada con

de la Corte Suprema (2011-2012)”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* N° 1, 2016, pp. 235 a 240.

³³ SANZ, A., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, pp. 116 a 117. BORJA, “La terminación...”, pp. 155 a 156. MAÑALICH, “El secuestro...”, pp. 14 a 15.

³⁴ COX, *Delitos...*, pp. 226 a 227.

³⁵ BASCUÑÁN, “La preteractividad...”, p. 200.

³⁶ A esta situación (aplicación “intractiva” con “efecto activo”) se le denomina como principio de *lex praesens*. BASCUÑÁN, “La preteractividad...”, p. 173.

posterioridad al comienzo de su realización. Esto debido a que, si bien no existe mayor discusión en la doctrina respecto a que los delitos permanentes serían “perpetrados” durante todo el tiempo de su ejecución,³⁷ en caso de promulgarse una ley penal desfavorable, el intervalo o período delictivo “permanente” podría transcurrir desde la vigencia del estatuto derogado hacia el estatuto vigente al momento de la dictación de la sentencia, de manera que en principio podría estimarse, como lo hace la doctrina mayoritaria, que existirían dos momentos claramente diferenciados, correlativos a dos leyes penales aplicables al mismo hecho, lo cual constituiría (según esta corriente) el supuesto regulado en el art. 18 inc. II CP.

La primera formulación de la tesis referida corresponde a Eduardo Novoa, quien sostiene que en los delitos permanentes “puede ocurrir que parte de esa actividad haya tenido lugar bajo una ley y parte bajo una ley posterior. Como jurídicamente esos hechos, prolongados o repetidos en el tiempo, constituyen un delito único, habrán de regirse por la ley más favorable de aquellas que los comprendan”.³⁸ Siguiendo a este autor, Alfredo Etcheberry adhiere a este razonamiento aclarando que “en materia de delitos continuados, permanentes y habituales, es preciso convenir que jurídicamente son uno solo, de modo que si durante su ejecución cambia la ley penal, deberá aplicarse la más favorable de las dos. En los delitos permanentes y continuados esta solución es clara, puesto que con uno solo de los actos ya el delito está constituido (“cometido” o “perpetrado”) y los restantes actos no agregan nada en este aspecto: sólo prolongan la consumación. De modo que la ley nueva sin duda cumple con el requisito del art. 18 de haber sido promulgada “con posterioridad” a la perpetración”.³⁹ Por su parte, Enrique Cury afirma, en razón de que el delito permanente constituiría un caso de unidad jurídica de acción, al anudar un conjunto de actos vinculados normativamente, que “debe aplicarse (...) la ley más favorable de entre las que hayan estado vigentes durante la realización de la serie”.⁴⁰

³⁷ COUSO y HERNÁNDEZ, *Código...*, p. 427. Acertadamente Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez sostienen que el delito permanente “se comete desde que el autor crea el estado antijurídico hasta su terminación”. MATUS, J.P.; RAMÍREZ, M., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*, Thomson Reuters. Santiago, 2015, p. 219.

³⁸ NOVOA, *Curso...*, p. 193.

³⁹ ETCHEBERRY, *Derecho...*, pp. 69 a 70.

⁴⁰ CURY, *Derecho...*, p. 235. Idéntico: BULLEMORE, V.; MACKINNON, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Lexis Nexis. Santiago, 2005, p. 91.

En concordancia con la doctrina antedicha, desde el punto de vista de las normas infringidas, claramente se pueden distinguir dos momentos en la ejecución del hecho: un fragmento correspondiente a la vigencia de la ley derogada (L1) y otro segmento (posterior) sujeto al imperio de la ley desfavorable (L2). Pero a diferencia de tal propuesta, este escenario permitiría apreciar una situación de concurso de delitos⁴¹ donde cada realización en sí misma constituiría un supuesto de unidad típica de acción: así, la conducta (L1) configuraría una infracción permanente desde el comienzo de su ejecución hasta la derogación expresa del tipo efectuada por la Ley N° 20.813; mientras que la conducta (L2) a partir de la entrada en vigencia de la segunda ley y hasta la terminación de la acción posesoria.

La cuestión relevante entonces pasa por dilucidar qué tipo de concurso se configuraría. A primera vista, pareciera que se podría verificar un concurso “medial” (o concurso real “impropio”), pues se constatarían dos “hechos” conectados en relación de “medio a fin”, bajo los términos del art. 75 inc. I CP. Sin embargo en este punto es importante destacar el carácter “desfavorable” de la nueva ley, en especial en lo relativo a su contenido de injusto. Como la modificación legal no alteró sustancialmente la forma de menoscabo del objeto de protección (posesión no sujeta a fiscalización), de ambos hechos puede efectuarse una lectura unitaria respecto al desvalor que representarían, de manera que sería posible argumentar que la realización más gravosa absorbería el desvalor de la infracción previa, configurando entonces una situación de concurso “aparente” solucionado en virtud del principio de consunción, por estimar la realización (L1) como un “acto anterior copenado” respecto a la realización (L2).⁴²

⁴¹ Como señala Helmut Frister esto “se explica a partir de la consideración de que, mediante la continuación de su conducta (el imputado), habrá infringido también la nueva ley penal y, en correspondencia con ello, *también debe ser penado según esta nueva ley*”. FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 115 (énfasis añadido), señalando asimismo que “en la medición de la pena, debido a la prohibición de retroactividad, *la parte del hecho habida antes de la modificación de la ley, sólo puede ser considerada con el peso que le correspondía según el Derecho anterior*” (nota al pie N° 5) (énfasis añadido).

⁴² Se trataría del paso de una misma ejecución que transita en intensidad creciente desde un tipo a otro, orientada al menoscabo (en este caso) del mismo bien jurídico. MATUS, J.P., “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995 (1)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LVIII (2), Boletín Oficial del Estado, 2005, pp. 487 a 488.

Al respecto, la doctrina mayoritaria acertadamente diferencia dos momentos en la ejecución del delito. Sin embargo, la dificultad capital de la solución que propone recaería en no vislumbrar (o considerar) la situación de concurso antes descrita. Este es el aspecto que generaría (como se verá) un erróneo entendimiento la relación entre un delito permanente y las reglas sobre derecho intertemporal penal.

En la medida que el complejo fáctico (L1) y (L2) sea considerado como un solo delito, el período de tiempo de su ejecución efectivamente presentaría dos leyes aplicables a un mismo hecho. Empero, cuando se analiza el problema desde el punto de vista del concurso, en realidad habrían dos hechos diferentes subsumibles en normas también diferentes, cada uno conectado al imperio de su propia ley temporalmente aplicable: la conducta (L1) regida por la LCA en su antigua redacción hasta la derogación expresa del tipo, hito desde el cual se verificaría (en forma independiente) la conducta (L2) bajo el imperio de la modificación de la Ley N° 20.813. En otras palabras, a cada hecho sería aplicable la regla general sobre derecho intertemporal consistente en la ley vigente al momento de la comisión del delito (art. 18 inc. I CP).

Por lo mismo, lo que puede constatarse en la solución propuesta por la doctrina mayoritaria sería la aplicación “ultractiva”⁴³ de una ley penal derogada y no la aplicación “retroactiva”⁴⁴ de una ley penal más favorable. De acuerdo a las reglas generales sobre derecho intertemporal, una norma se encuentra vigente desde su publicación en el Diario Oficial hasta la entrada en vigencia de la norma legal que la deroga (arts. 6, 7, 8 y 52 CC, art. 75 CPR).⁴⁵ En este sentido, aplicar el tipo penal privilegiado al fragmento de ejecución del delito verificado en forma posterior a su derogación, significaría aplicar una norma legal derogada a hechos conectados a la vigencia de otra norma legal, operación que no se encuentra reconocida en el art. 18 CP, sino más bien prohibida en virtud de la regulación de la institución de la derogación expresa⁴⁶ (art. 52 CC).

⁴³ Por aplicación “ultractiva” debe comprenderse la consideración de una norma penal derogada a un hecho acaecido en forma posterior al término de su vigencia (o aplicación “postactiva” de la ley con efecto “ultractivo”). BASCUÑÁN, “La preteractividad...”, p. 175.

⁴⁴ Por aplicación “retroactiva” debe comprenderse la consideración de una norma penal vigente al momento de la dictación de la condena, aplicada a un hecho acaecido en forma previa a su entrada en vigencia (o aplicación “intractiva” con efecto “retroactivo”).

⁴⁵ BASCUÑÁN, “La preteractividad...”, p. 179.

⁴⁶ BASCUÑÁN, “La preteractividad...”, pp. 170 a 175, explicitando que “el sentido normativo

Pero aun cuando se adoptara el punto de vista sobre el supuesto fáctico “unitario” en ambos períodos, asumir que el lapso de “comisión” permanecería en el tiempo hasta la terminación del delito, como lo hace la doctrina dominante, resultaría incompatible con la estructura del supuesto de hecho que exige el art. 18 inc. II CP, pues la regla requiere que “después de cometido el delito” se “promulgare otra ley” más favorable para el imputado, circunstancias que no se verificarían con la publicación de la Ley N° 20.813.

En primer lugar, al derogar el tipo penal privilegiado del art. 9° inc. II LCA, la nueva ley bajo ninguna circunstancia constituiría una ley penal más favorable. Desde el punto de vista del fundamento del art. 18 inc. II CP, la situación de la Ley N° 20.813 es completamente la opuesta. El principio de *lex mitior* se explica en razón de que el legislador, al valorar en forma menos gravosa determinado delito, indicaría al tribunal la prohibición de la aplicación de una ley que se ha estimado como desproporcionada,⁴⁷ y por tal circunstancia, fuera derogada. Por el contrario, si la nueva ley agrava el tratamiento del supuesto de hecho y se encontraba vigente al momento de realización del delito, no existiría una revalorización positiva del hecho sino más bien, énfasis legislativo en la intensificación de su tratamiento.

Esta forma de operar del principio se encuentra estrechamente relacionada con el segundo requisito del art. 18 inc. II CP ausente en este problema: la Ley N° 20.813 no habría sido promulgada “después” de cometido el hecho, pues la estructura permanente de la infracción derivaría en que habría sido perpetrada “durante” su entrada en vigencia. Como explica Juan Pablo Mañalich, las consecuencias jurídico-penales de un delito permanente se “suspenderían” desde el instante de la consumación hasta su “actualización” al momento de la terminación.⁴⁸ Por ello, la ley vigente respecto a su perpetración es la que resultaría aplicable al último momento del que exista prueba sobre la ejecución del delito,⁴⁹ es decir, cuando se verifique la terminación del porte, posesión o tenencia del arma de fuego reglamentada. De esta forma, ante un delito permanente, la regla del art. 18 inc. II CP perdería operatividad debiendo

elemental del acto de derogación de una norma es declarar su inaplicabilidad a casos que acaezcan con posterioridad a la derogación” (p. 172).

⁴⁷ BASCUÑÁN, “El principio...”, p. 23.

⁴⁸ MAÑALICH, “El secuestro...”, p. 14.

⁴⁹ En relación al delito de secuestro: MAÑALICH, “El secuestro...”, p. 15.

entonces retornarse a la regla general de derecho intertemporal penal: ley aplicable es la vigente al momento de comisión del hecho⁵⁰ (art. 18 inc. I CP).

IV. Conclusiones

La promulgación de la Ley N° 20.813 durante la comisión del delito del art. 9 LCA que haya sido iniciado en forma previa a su entrada en vigencia, ha sido considerado de manera “artificial” como un problema de aplicación temporal de la ley penal más favorable.

Pretender aplicar la ley derogada (L1) a los hechos acaecidos con posterioridad al término de su vigencia (L2), además de no satisfacer el supuesto del art. 18 inc. II CP, contravendría la regulación de la derogación expresa (art. 52 CC), y con ello, la normativa sobre derecho intertemporal penal.

Por otro lado, una vez “separado” el sustrato fáctico en dos “hechos”⁵¹ constitutivos de un concurso aparente, la circunstancia de desplazar la aplicación de la segunda ley a favor de la aplicación de la primera ley, no se correspondería con la función atribuida a la dogmática concursal: representar adecuadamente en la sentencia la valoración legislativa sobre el contenido de injusto de los hechos concurrentes, corrigiendo problemas de proporcionalidad tanto por “exceso” como por “defecto”.

⁵⁰ Por esta misma razón, la modificación legal coetánea a la realización del hecho tampoco infringiría el fundamento material del principio de legalidad en relación a la certeza jurídica. MAÑALICH, “El secuestro...”, p. 14, pues la nueva ley habría sido promulgada y publicada de acuerdo a las reglas generales del ordenamiento jurídico, de manera que tales circunstancias garantizarían el nivel razonable de previsibilidad subjetiva sobre la valoración jurídica de los actos futuros a realizar por los ciudadanos que justifican sancionarlos bajo la ley vigente al momento de la terminación. OLIVER, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007, pp. 124 a 129. En el derecho alemán esta es la solución que el propio Código Penal consagra: “En el caso de los delitos permanentes (...) puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, p. ej., que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso “se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho” (§ 2 II)”. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Civitas. Madrid, 1997, p. 162.

⁵¹ En el sentido de la estructura de un concurso “real” de delitos por contraposición al concurso “ideal”, es decir, que el soporte fáctico de cada infracción no se superpondrían entre sí bajo los términos de la “unidad de hecho” exigida por el art. 75 inc. I CP.

Este es un punto relevante dado que la regla sobre retroactividad favorable no correspondería a una manifestación del principio *pro reo*, pues además de existir un fundado cuestionamiento acerca de su existencia en materia sustantiva,⁵² la cuestión escapa al ámbito de aplicación de las reglas sobre derecho intertemporal: su razón consistiría en determinar la norma (o las normas) aplicables a un caso concreto (conformación del sistema jurídico aplicable al hecho), para una vez, ya determinada su aplicabilidad, el operador pueda “darles aplicación” en relación eventuales problemas de interpretación, antinomias o redundancias presentes en el caso.⁵³

Debido a que la regla del art. 18 inc. II CP quedaría excluida en tanto criterio de aplicabilidad temporal, el único problema que surge entonces es el relativo a la cuantía de pena aplicable al suceso. En este sentido, adecuadamente comprendida, la categoría del concurso aparente no constituye un problema “interpretativo” de la ley penal, sino un segmento de la teoría de la determinación de la pena.⁵⁴ Por lo mismo, la eventual invocación del principio *pro reo* en tanto canon hermenéutico residual⁵⁵ para la selección de la sanción aplicable, se encontraría completamente fuera de lugar en este contexto. Y esto porque toda concurrencia de infracciones implica necesariamente que se encuentren determinadas las normas aplicables al caso (de ahí su “concurrencia”), no existiendo absolutamente ninguna duda interpretativa que zanjar sino más bien una eventual controversia sobre la proporcionalidad del

⁵² El principio *in dubio pro reo* corresponde a una regla procesal de valoración de la prueba en caso de duda sobre algún presupuesto de la responsabilidad penal bajo el estándar de convicción más allá de duda razonable (art. 340 CPP): en caso de duda razonable (*in dubio*) se debe absolver al acusado (*pro reo*). BASCUÑÁN, “El principio...”, p. 29 (nota n. 40), pp. 47 a 48. En cuanto a un principio de orden sustantivo, de existir implicaría que el derecho penal sería ilegítimo pues su naturaleza precisamente consiste en operar *adversum reo*. BASCUÑÁN, “El principio...”, p. 29 (nota n° 40), p. 47.

⁵³ BASCUÑÁN, “La preteractividad...”, pp. 176 a 177.

⁵⁴ La “apariencia” del concurso sería la forma para explicar que, no obstante la concurrencia de varias infracciones, se otorgaría preferencia exclusivamente a una regla de sanción para captar el merecimiento de pena del conjunto. MAÑALICH, J.P., “El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* N° 74, Universidad de Puerto Rico, 2005, pp. 1039-1042.

⁵⁵ Respecto a la interpretación de una norma concreta, el art. 23 CC impide considerar la favorabilidad del resultado concreto para la determinación del contenido de una disposición, no obstante, el principio *pro reo* de carácter sustantivo pueda ser reconocido en tanto criterio residual dentro del concepto del “espíritu general de la legislación” del art. 24 CC, con reserva de su carácter marcadamente subsidiario. MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones...*, pp. 349 a 350.

contenido de las normas de sanción implicadas, cuestión que haya su tratamiento adecuado mediante la consideración de un supuesto de consunción.

