

COMITE DE COOPERACION PARA LA  
LA PAZ EN CHILE  
DEPARTAMENTO PENAL

15.5.75

ESTUDIO DE LA LEY N°17.798 SOBRE CONTROL  
DE ARMAS

El Departamento Penal organizó el 25 de Enero de 1975 unas jornadas de Derecho para analizar la Ley sobre Control de Armas.

El estudio que en esta oportunidad se ofrece constituye una explicitación y sistematización de esos análisis.

Se ha realizado con la única mira de servir en la mejor forma posible a las personas que nos han encomendado su defensa ante los Tribunales Militares de Tiempos de Guerra, entregándonos el amparo, en juicio de valores tan altos como son su vida, libertad y honra.

LEY DE CONTROL DE ARMAS

I.- LA LEY DE CONTROL DE ARMAS FORMA PARTE DE NUESTRO SISTEMA PENAL GENERAL.

Con esto se quiere hacer observar que las figuras de delito que ella contempla no constituyen una excepción al sistema penal chileno, en cuanto pudieran requerir menos elementos que los demás delitos previstos en el Código Penal y leyes especiales. Por el contrario, dicha ley, -- cuando describe figuras delictivas está reclamando, para imponer sanción penal, todas y no algunas de las notas o características para que en nuestro país pueda surgir responsabilidad penal.

En consecuencia, no basta que se haya realizado por algún sujeto la conducta descrita en el tipo legal respectivo de la ley de armas para concluir, por ello sólo, que se ha cometido un delito. La adecuación de la conducta humana con la descripción legal (tipicidad), constituye solamente uno de los presupuestos de la responsabilidad penal. Pero para afirmar esta última deben concurrir, además, otros -- dos, que son la antijuridicidad y la culpabilidad.

Nunca la ley penal considera únicamente la materialidad de la conducta del sujeto para condenarlo. Dicha materialidad, en sí misma, carece en absoluto de relevancia jurídico-penal. La conducta del sujeto necesita ser doblemente valorada por el derecho, para poder afirmar la responsabilidad penal. Valorada, en primer lugar, desde un punto de vis-

ta objetivo, para comprobar si contradice o lesiona los bienes jurídicos que se intenta proteger. Este es el juicio de la antijuridicidad. En consecuencia, para poder sostener que una conducta típica es también antijurídica hay que realizar un juicio de valor que consiste en comparar dicha conducta con los requerimientos del orden jurídico. Sólo en el caso que vaya en contra de ellos, esto es, cuando tal conducta lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido por la ley, podremos decir que se trata de una conducta anti jurídica. En el presente caso es preciso que la acción típica contemplada en alguna de las disposiciones de la ley de armas sea capaz de afectar la seguridad interior del Estado. Si ello no ocurre, atendidas las concretas y especiales circunstancias en que se realiza la acción típica, por más que esta última encuadre en el tipo legal, tal acción no será antijurídica, y castigarla, por ende, sería castigar una acción desprovista de significado negativo para el ordenamiento jurídico. O dicho en otras palabras, sería castigar la pura desobediencia.

La antijuridicidad falta en los casos en que concurre alguna causal de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento del deber, ejercicio de un derecho, etc.), pero no sólo en ellos. Cada vez que la conducta típica no lesione ni ponga en peligro el bien jurídico protegido por la ley, no podrá afirmarse que tal conducta sea antijurídica, aunque no esté cubierta por una precisa causal de justificación.

Una vez realizado el juicio de valor en que la antijuridicidad consiste y afirmado que esta característica concurre, es preciso hacer un nuevo juicio de valor, éste ya de carácter subjetivo. Es lo que se conoce con el nombre de culpabilidad. En general, puede afirmarse que la culpabilidad consiste en el reproche personal que se hace a quien pudo y debió actuar de otra manera diferente a como lo hizo (cometiendo el delito) pese a lo cual prefirió no mantenerse apartado de las prohibiciones. Sin entrar en profundizaciones doctrinarias (ni discusiones de escuelas causalistas y finalistas, etc.) sino que exponiendo simplemente la opinión mayoritaria nacional, puede decirse que la culpabilidad consta de tres sub-elementos que son, la imputabilidad (mente sana y madura o capacidad penal, como la llaman otros), culpabilidad en sentido estricto (esto es, que el sujeto debió haber realizado la conducta tipificada por la ley con dolo o con culpa) y exigibilidad de otra conducta.

Interesa destacar respecto de la culpabilidad en sentido estricto que las figuras de la ley de armas deben ser cometidas con dolo. No basta la culpa. Ello porque, el cuasidelito es la excepción en nuestro sistema penal, siendo preciso para que exista que la ley expresamente lo haya tipificado, lo que no ocurre con ninguna de las figuras de la ley de armas. Ahora bien, el dolo consiste en la conciencia (el saber, elemento intelectual) y la voluntad (el querer) de realizar el tipo legal. Cada vez que falta dicha conciencia (por error, por ejemplo) o voluntad de realizar el tipo legal, no hay dolo y por ende tampoco responsabilidad penal.

El último elemento de la culpabilidad, la exigibilidad de otra conducta, consiste en que es necesario para afirmar la existencia de la culpabilidad, - que al sujeto, desde el punto de vista humano, le haya sido posible no cometer el delito. Si el sujeto estuvo sometido a circunstancias extraordinarias, de modo que obró motivado anormalmente, el derecho no le hace el reproche de la culpabilidad, porque el sujeto del derecho es el individuo común, el hombre ordinario, y no el héroe que se mantiene a toda costa apartado de las prohibiciones. Se nos ocurre que la consideración de este elemento puede tener in-sospechada aplicación en las defensas de los acusados. Muchos serán los casos de personas que por temor se ven obligados a tener o portar armas, por ejemplo. Este es el elemento que más posibilidades creativas da a la defensa, porque es el más amplio. En el fondo se trata de que el individuo no ha actuado con el grado de libertad normal; su libertad, su poder de decisión, ha sido notablemente restringido, de modo que, salvo el heroísmo, no le queda otro camino que cometer el delito. Esta causal de inculpabilidad (la no exigibilidad de otra conducta) se encuentra recogida por nuestra legislación penal en el art. 10 N°9 : "el que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable". La fuerza a que alude la ley es la moral, según lo entiende la más moderna doctrina nacional. Hay que tener presente que en subsidio esta exigencia puede hacerse valer como atenuante (art. 11, N°1).

## II. HISTORIA, FINALIDAD Y BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LA LEY DE ARMAS.

### 1. Historia y finalidad de la ley .

El origen de la Ley de Armas es una moción del ex-senador Carmona, con la que inicia un Proyecto de Ley que introduce diversas modificaciones a la Ley de Seguridad del Estado. Posteriormente, el Ejecutivo de la época, mediante una indicación a esta moción del ex-senador Carmona, presentó otra proposición sobre este mismo tema que, en lo que respecta a la parte sustantiva, esto es, a la tipificación de diversas infracciones no presentan novedades esenciales.

La preocupación de legislar sobre las armas no obedeció, por cierto, únicamente a un propósito técnico de recopilar y perfeccionar, en un sólo texto legal, las normas existentes sobre la materia en nuestra legislación penal, sino que ella surgió de la observación de la realidad que se vivía en esos meses y a la cual se deseaba poner término.

Así se desprende inequívocamente de la historia de la ley de armas. El ex senador Carmona inicia así su moción: "nuestra patria ha sido estremecida en estos últimos tiempos por acontecimientos de tipo político-delictual, que no se compadecen con su limpia tradición democrática, ni menos con el respeto que en un país civilizado merece la vida y la dignidad del ser humano, cualquiera que sea su ideología política, su postura intelectual o social, o su convicción religiosa", añadiendo a continuación: "Sin entrar al análisis de las causas profundas que dieron origen a esos hechos delictuosos - misión de la que se encargará la historia una vez que se decanten los odios, se apaciguen las pasiones y retorne la tranquilidad a los espíritus - creemos cumplir con un deber elemental, al buscar, encontrar y proponer los mecanismos legales adecuados para que hechos tan insólitos e infames como los ocurridos no vuelvan a repetirse, y ayudar a restablecer así las condiciones necesarias para garantizar y hacer posible "ese mínimo de convivencia nacional" que ansiam, en estos instantes, la inmensa mayoría de los chilenos". Los hechos a que se refiere son diversos asesinatos, entre los que se destacan, por la significación de la personalidad de las víctimas aquellos que se cometieron en las personas del Ex-Comandante en Jefe del Ejército, General René Schneider, y del Ex-Vicepresidente de la República, don Edmundo Pérez Zujovic (diario de sesiones del Senado, Legislatura 315a, extraordinaria, sesión 6a., 5 de abril de 1972). El mismo ex parlamentario expresó ante la Comisión la Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que elaboró el informe sobre la moción por él presentada "que el país vivía una situación de emergencia y que, en consecuencia, la legislación que se dicte debe tener este carácter..." Sobre esta misma idea insiste el ex-senador Aguirre, miembro de dicha Comisión, al expresar "que el país vivía un clima de emergencia por la violencia existente y por la formación de numerosos grupos paramilitares. Por ello debía dictarse una ley de emergencia, con disposiciones suficientemente eficaces para terminar con esta anómala situación". Ante la misma Comisión expresó el ex-senador Bulnes: "...los delitos que tipifica el Proyecto afectan a todos los habitantes del país y ponen en peligro la seguridad de los chilenos". Y el ex-senador Pablo: "...toda sociedad política requiere de desarrollo, justicia y seguridad. Si esta última no existe, aunque haya desarrollo y justicia, se agrieta la sociedad entera. Hoy día en Chile existe inseguridad, tanto por la cantidad de armas en manos de particulares como por la proliferación de las milicias armadas..." (Diario de sesiones del Senado, Legislatura 316a., ordinaria, sesión 18a, 21 de Junio de 1972). El mismo señor Carmona, en la discusión de su moción y de las indicaciones del Ejecutivo, manifestó en el Senado: "Ambas iniciativas responden a la urgente necesidad de legislar sobre la materia. La violencia como arma política y la existencia de grupos armados eran desconocidas hasta hace poco tiempo en nuestra república". En la misma ocasión, refiriéndose a indicaciones suyas a un proyecto de Ley del Ejecutivo sobre terrorismo, presentadas antes de su moción en comentario, pero que se referían al mismo tema de las armas, expresó el ex-senador: "Ellas (dichas in-

dicaciones) establecían una verdadera acción pública, a fin de que cualquiera persona en conocimiento de hechos que pudieran atentar contra la vida institucional del país o contra las personas por el empleo de la violencia por parte de grupos armados, pudiera denunciarlos ante los tribunales correspondientes" (Diario de sesiones del Senado, Legislatura 316a., ordinaria, sesión 30a, 19 de Julio de 1972).

Como se aprecia de lo expuesto, de lo que se trataba era de poner fin al clima de violencia reinante, en que ésta era utilizada como arma política, impidiendo ese mínimo de convivencia nacional, todo lo cual determinaba que la seguridad de los chilenos estuviera amenazada y peligrara la misma vida institucional. Se pretendía preservar la vida democrática, de modo que los problemas sociales se resolvieran por medio de los cauces institucionales establecidos y no a través de la violencia armada.

Esta clara e indiscutible finalidad de la ley, que se desprende de la historia fidedigna de su establecimiento, resulta de innegable importancia o interés, para su interpretación adecuada, principalmente en la medida que contribuye a determinar con precisión el bien jurídico protegido. Conocida la finalidad de la ley se facilita la tarea interpretativa de fijar su verdadero alcance y sus límites; en suma, las situaciones a las que debe ser aplicada y aquellas a las que no alcanza ésta ley, a menos que se quiera desvirtuar su propósito y voluntad.

## 2.- El bien jurídico protegido

Como se dijo, él fluye sin forzamiento alguno de la historia y finalidad, perfectamente concidas, de la ley de armas. El valor o interés social que la ley pretende resguardar es la normalidad constitucional, del Estado. Con el propósito de velar por la vigencia de este bien jurídico es que la ley someta a control las armas y sanciona diversas conductas que se relacionan con ella.

Especial importancia tiene recordar que esta ley nació como un intento de modificar la Ley de Seguridad del Estado y que, en definitiva, sus principales disposiciones penales sustantivas no difieren esencialmente de las previstas en este último cuerpo legal (grupos armados: tráfico de armas). Esto ya, de la partida, nos indica cual era el bien jurídico que se intentaba proteger.

En lo que atañe a la figura del art. 8 (grupos armados) no puede haber duda alguna que el interés tutelado por la ley es la seguridad interior del estado. El propósito subversivo de tales organizaciones fluye de su propia naturaleza y estructura, aunque la ley no haga referencia a un objetivo determinado, como ocurría con la figura de la letra d) del art. 4 de la Ley de Seguridad del Estado, de la que fue tomada, como se desprende del parecido evidente entre ambas infracciones y la historia de la ley (especialmente de la moción del ex-senador Carmona, que insiste en que no se trata de figuras nuevas sino que de las mismas -- que la ley 12.927 sobre seguridad del Estado). Debe recordarse que el tipo legal a que se refiere dicha letra d) del

art. 4 de la ley 12.927 está incluido precisamente en el título II de la Ley, cuyo epígrafe es "Delitos contra la seguridad interior del Estado".

La figura de tráfico o comercio de armas contemplada en el art. 10 de la ley de armas fue tomada de la letra e) del art. 6 de la Ley 12.927, y aunque está ubicada en el título III de la Ley, denominada "delitos contra el orden público", lo cierto es que las conductas que describe, "entrañan antes un peligro directo para la estabilidad institucional interna que para la simple tranquilidad pública" (Carlos Künsemüller, "Estudio de los delitos atentatorios contra la seguridad interior del Estado contenidos en leyes especiales". Editorial Jurídica de Chile, 1970, p.39), por lo que debe concluirse que el bien jurídico protegido en el art. 10 de la ley de armas es también la seguridad interior del Estado. Sólo basta pensar en que este tráfico ilegal y clandestino es el medio, justamente de abastecimiento de los grupos armados, para advertir la directa relación que dichas acciones tienen con la seguridad interior del Estado.

Las figuras de tenencia y porte de armas también afectan este mismo valor, por lo que aquí también el bien protegido es la seguridad interior del Estado. Así se desprende claramente de los incisos segundos de los arts. 9 y 11 de la ley de armas, que hacen expresa referencia al propósito con que deben obrar los sujetos activos de esas infracciones, que no es otro, precisamente, que el atacar en contra de la seguridad interior del Estado. No otro significado, en efecto, tienen las expresiones legales de que las armas deben haber estado "destinadas" a alterar el orden público o a atacar a las Fuerzas Armadas, Carabineros o civiles". Sobre la naturaleza y significado de este elemento subjetivo del tipo legal se abunda más adelante, al tratar el delito de tenencia o posesión de arma permitida (art.9).

La historia de la Ley refuerza la conclusión de que es la seguridad interior del Estado el bien protegido con la tenencia y porte ilegales de armas y elementos similares. En la moción del ex-senador Carmona (que consta en el documento ya citado) se lee que son los arts. 4, letra d), 6, letra e) y 10 de la Ley de Seguridad del Estado, los que se refieren a "la materia que nos preocupa" (la necesidad de poner atajo a la violencia armada como arma política; de lograr un mínimo de convivencia nacional; de proteger la seguridad de los chilenos; etc.) y que estas tres disposiciones, "a pesar de la discontinuidad en su articulado, conforman un todo más o menos orgánico sobre la materia, que teóricamente bastaría para proteger adecuadamente el bien jurídico de que se trata". Está claro, por ende, que este bien jurídico es uno mismo en todas las disposiciones que conforman un todo orgánico, por que se refieren a una misma y única cosa y no a cosas diversas. Esa cosa única como ya se vio al examinar la historia de la ley, y como se desprende de un modo muy especial de moción del ex-senador Carmona y posteriores explicaciones que éste dio en la comisión respectiva y en el Senado, es la seguridad interior del Estado, el normal desenvolvimiento de la institucionalidad dentro de los

cauces constitucionales y legales. Pues bien, el art. 10 de la Ley de Seguridad del Estado, se refería al uso de armas de fuego y cortantes; esto es, en términos generales, al actual porte, de lo que se desprende que esta figura también forma "un todo orgánico" y se refiere "a la misma materia" o sea, la seguridad interior del Estado.

Dentro de esta misma idea del "todo orgánico" debe mencionarse el hecho de que tanto la moción del ex-senador Carmona, como el proyecto del Ejecutivo contenían un solo tipo legal para referirse a las figuras de tenencia o posesión, porte y tráfico o comercio de armas y demás elementos sometidos a control. Sólo por razones de un mejor orden la Comisión previó en preceptos separados esas distintas figuras que se refieren a la misma materia: cómo proteger de mejor manera la seguridad interior del Estado, que se entendía amenazada al momento de discutirse y dictarse esta ley de armas.

En suma, el bien jurídico protegido en las figuras de tenencia, porte, grupos armados y tráfico de armas es la seguridad interior del Estado, por lo que debe al menos haber sido colocado en una situación de riesgo o peligro por la conducta del inculpado, para que pueda imponerse sanción a este último. Si ello no ocurre, atendidas las circunstancias del caso, personalidad del hechor, etc. aunque se configure externamente el tipo legal, dicha conducta no será antijurídica y no podrá, en consecuencia, imponerse sanción alguna, por faltar este elemento indispensable de todo delito: la antijuricidad.

### III. EL DELITO DE TENENCIA O POSESION DE ARMAS PERMITIDAS ( ART. 9º)

Interesa examinar tres puntos básicos: el objeto material, es decir los elementos señalados en las letras a), b), c) y d) del art. 2; la conducta que es compleja, por cuanto consta de una acción (poseer o tener algunos de dichos elementos) y de una omisión (que a su vez es doble: no tener autorización para adquirir o no tener la inscripción que legitima la posesión); y c) la cuestión de que si la conducta debe o no ser realizada con un ánimo especial; esto es, si la figura en examen requiere o no un elemento subjetivo que debe concurrir positivamente para que el tipo legal quede perfecto.

#### 1.- El objeto material

El art. 9 se remite a las letras a, b, c, y d del art. 2, que expresan:

a) las armas de fuego, sea cual sea su calibre.

Evidentemente, deben excluirse las armas de fuego a que se refiere el inc. 1 del art. 3, esto es, las ametralladoras, subametralladoras, metralletas y -- cualquier otra arma de fuego automática de mayor poder destructor.

La Balística entiende que arma de fuego es todo objeto mecánico creado para lanzar un proyectil al espacio, mediante la fuerza de expansión de los gases de la pólvora.

En relación con las armas de fuego, y en general con los elementos sometidos a control de esta ley, hay que tener especialmente en cuenta que debe tratarse de objetos idóneos o aptos para funcionar de acuerdo con su uso natural. Falta esta idoneidad cuando el arma se encuentra en mal estado o inutilizada de modo que no puede ser disparada. Los objetos que se encuentran en tal situación no se corresponden con las características que según la definición dada debe tener un arma de fuego: si existe la imposibilidad de lanzar al espacio un proyectil por efecto de la expansión de los gases de la pólvora, simplemente no estamos en presencia de un arma de fuego. El tema de la idoneidad de estos elementos hay que relacionarlo también con el del bien jurídico protegido: un arma que no está en condiciones de funcionar, mal puede ser un peligro para la seguridad interior del Estado.

b) las municiones

No presentan mayores problemas. Se trata de las balas, proyectiles y cartuchos.

c) los explosivos, salvo los que excluya el reglamento

Sustancias explosivas son las que hacen o pueden hacer explosión, es decir aquellas capaces de transformarse violentamente y repentinamente en gases a altas temperaturas, cuya expansión súbita, ocasiona destrucción y desintegración. El art. 12, letra e) del Reglamento de la Ley de Armas se refiere a las sustancias químicas explosivas con todo detalle.

d) Las sustancias químicas inflamables o asfixiantes que de termine el reglamento.

## 2.- La conducta .

Es compleja. Consta de la acción de tener o poseer y de la omisión de la autorización e inscripción exigidas por la ley.

a) La acción de poseer o tener .

La primera observación que es menester hacer es que ambas expresiones, poseer y tener, son empleados por la ley como sinónimas. No se les acuerda, pues, su significado del derecho civil, sino que uno diferente penal, que es precisamente el que debe determinarse para interpretar adecuadamente esta figura.

El léxico en verdad aporta poco para la estructuración de un concepto penal de esta posesión o tenencia. Poseer es "tener uno en su poder una cosa" y tener es "poseer y gozar, asir y mantener asida una cosa".

Hay que distinguir, en primer lugar, entre la simple "prensión" que se da por el sólo hecho de encontrarse un objeto materialmente en nuestras manos, o sea sostenerlo, y la conducta de tenencia o posesión que la ley reclama y que es algo totalmente diferente, mucho más complejo.

Alguien tiene o posee un arma, en el sentido del tipo legal examinado, cuando la tiene en su poder, eso es, bajo su control, hallándose por ende, en condiciones de ejercer potestades respecto de ella o, lo que es lo mismo, cuando le es posible disponer de hecho del arma. Todo ello implica, por supuesto, que el arma debe encontrarse dentro del campo de acción del sujeto, el que, por lo mismo, puede ejercer sus poderes de hecho, manteniendo allí el arma. Esta esfera o radio de acción es la llamada, por la doctrina, "esfera potestativa". En suma, se tiene o posee un arma cuando ella ha sido incorporada a la esfera potestativa del sujeto, siendo indiferente que dicha incorporación se haya producido lícita o ilícitamente (una compraventa legal o un robo)

Penetrando más la esencia de esta esfera potestativa, puede decirse que la integran tres ideas: la de custodia (el control lo ejerce el sujeto personalmente; por presencia o porque el arma está a su vista); la de vigilancia; el control se ejerce indirectamente a través de medios físicos o mecánicos o por medio de representantes; la de actividad, que implica algo más sutil, ya que el control se ejerce a través de un complejo de condiciones estrechamente inherentes a la persona del sujeto y que se representan por símbolos o datos prácticos que "recuerdan" por decirlo así, la vigencia de su poder o la órbita de su actividad.

Si bien se observa, la idea de posesión o tenencia expresa una relación entre el sujeto y el objeto, una relación de disponibilidad: la posibilidad cierta del sujeto de hacer lo que estime conveniente con el objeto, lo que supone estar en condiciones y posibilidades reales de acceso respecto del lugar en que se halla el arma. Esta objetiva relación de disposición que debe existir debe ir acompañada de un elemento subjetivo para que esté completo. el concepto de tenencia o posesión: la intención del sujeto de conservar el arma para sí o para un tercero.

La tenencia o posesión así entendida permite solucionar todos aquellos casos de "tenencias" ocasionales atípicas, puesto que tales situaciones no presentan todas las exigencias que la ley ha hecho, y que ya vimos.

b) La omisión de la autorización e inscripción exigidas por la ley.

Estas diligencias están señaladas con precisión en la ley y el Reglamento y no parece que planteen problemas que merezcan un tratamiento especial. Sólo debe insistirse en que se trata de dos diligencias diversas. Debe cumplirse con ambas para no incurrir en la hipóstesis delictiva del art. 9. Esta es la situación actual, que rige desde que expiraron los 60 días posteriores a la entrada en vigencia de la ley. Antes, como se desprende del art. 2º transitorio, bastaba la inscripción, sin ser necesaria la autorización, por la sencilla razón que no había nada que autorizar: las armas se habían adquirido cuando no existía esta ley que exige dicha autorización de la adquisición de la posesión o tenencia.

Sólo dos palabras para referirnos a los lugares en que puede mantenerse el arma en virtud de la inscripción. Dice el inc. 3º del art. 5 de la ley que "la inscripción sólo autoriza a su poseedor o tenedor para mantener el arma en su residencia, sitio de trabajo o lugar donde se pretende proteger". A este respecto interesa precisar que en aquellos casos en que la adecuada defensa del lugar exija transportar el arma dentro del recinto que se pretende proteger (un fundo por ejemplo), obviamente no se requiere además permiso para portar. El permiso para poseer o tener incluye naturalmente la facultad de pasearse con el arma dentro de los límites del lugar que se pretende proteger.

### 3.- Un elemento subjetivo del tipo.

Aparentemente el art. 9 inc. 1, que es el que describe la figura examinada, no contiene ningún elemento subjetivo. La acción del agente quedaría completa con la realización de la tenencia o posesión del arma, acompañada de la falta de cumplimiento de las diligencias a que dicha disposición se refiere.

Ello no es así, un examen más detenido conduce a la conclusión de que sí se exige dicho ánimo. Este está constituido, como se expresa en el inc. 2 de dicho art. 9, por el propósito de alterar el orden público o de atacar a las Fuerzas Armadas, Carabineros o Civiles. Igual exigencia subjetiva formula la ley en el inc. 2 del art. 11, que se refiere al porte de armas permitidas, en tiempo de guerra.

A lo anterior pudiera objetarse que la ley hace referencia a dicho ánimo sólo en los casos de tenencia y porte en tiempo de guerra, guardando silencio al describir esas mismas figuras en tiempo de paz.

Pero esta misma observación demuestra la verdad de lo que quiere refutar. En efecto, si la ley exigió dicho ánimo en tiempo de guerra, esto es, si limitó y dificultó en dicho tiempo la aplicación del precepto (cualquier exigencia) adicional, objetiva o subjetiva, evidentemente que restringe la aplicación del precepto a un número menor de personas, en circunstancias que el sentido común indica que precisamente en ese tiempo la ley debiera estar más interesada en velar por la seguridad interior del estado (y hacer, en consecuencia, menos, y no más, exigencias), es porque tal ánimo con mayor razón debe concurrir en tiempo de paz, cuando no está tan amenazada la seguridad interior. No tendría sentido alguno exigir ese ánimo en tiempo de guerra y prescindir de él en tiempo de paz. La lógica de la situación en todo caso recomendaría proceder a la inversa. No se concibe que la ley amarre las manos, con exigencias extras y difíciles de probar, justamente en tiempo de guerra, y no haga lo propio en tiempo de paz, cuando la situación no es tan delicada.

En suma, el tipo de la posesión o tenencia del art. 9 exige, en tiempo de paz y en tiempo de guerra, un elemento subjetivo (técnicamente se trata de un elemento subjetivo confundante de la antijuridicidad, similar al ánimo de lucro en el hurto o al "animus iniuriandi" en la injuria). En verdad, sólo la concurrencia de este ánimo especial puede aplicar la alta penalidad de una conducta que sin él sólo debería mantenerse dentro del ámbito de lo puramente contravencional. La ley ha procedido correctamente al hacer esta exigencia subjetiva, pues en el caso de no concurrir no se divisa cómo puede ser afectada la seguridad interior del estado, que es el bien jurídico protegido.

Hay que tomar en consideración que los incisos segundos de los arts. 9 y 11, que expresamente hacen referencia a dicho propósito subjetivo, fueron agregados por Decreto Ley 5 de 22 de Septiembre de 1973, dictado por la actual Junta de Gobierno, por lo que viene a ser una verdadera interpretación auténtica de la ley. Antes de la dictación de ese Decreto-Ley podía llegarse a la misma conclusión por la vía interpretativa, considerando esencialmente el bien jurídico protegido; ahora no puede caber duda alguna de que la ley lo exige.

La ley señala que la penalidad en tiempo de guerra será aplicable "siempre que las circunstancias o antecedentes permitan presumir al tribunal que la posesión o tenencia de arma, estaba destinada a alterar el orden público o a atacar a las Fuerzas Armadas, Carabineros o civiles". La palabra "destinada", que debe entenderse "destinada por el poseedor o tenedor", no deja dudas de que es sinónima de "con el ánimo de". Un arma no se puede destinar ella misma a tal o cual fin, sino que debe serlo por un sujeto que obra precisamente con algunos de los fines señalados por la ley. El texto es bastante claro para indicar que no se trata de una destinación objetiva, esto es, de una capacidad abstracta que deba tener el arma para alterar, por ej., el orden público, cosa que no tiene sentido, sino que se trata de un propósito subjetivo con que debe obrar el sujeto activo para incurrir en la hipótesis legal.

A esta clase de elementos subjetivos del tipo legal alguna superada doctrina los denomina "dolo específico", con notoria falta de rigor técnico. En efecto, tales elementos no forman parte del dolo sino que del tipo legal mismo y su función es confundir la antijuridicidad. De otro lado, resulta absurdo hablar de dolo específico para referirse a esos elementos subjetivos especiales, porque el dolo es siempre específico, en la medida en que consiste siempre en la conciencia y voluntad de realizar el tipo legal, existiendo así un dolo de matar, otro de lesionar, etc.

#### IV.- El Delito de Posesión o Tenencia de Armas Prohibidas (art.13)

Lo dicho respecto a la figura del art. 9 es enteramente aplicable a este tipo legal, salvo, naturalmente, lo relativo al objeto material, ya que se trata aquí de armas prohibidas y no permitidas, y a parte de cuanto se integra sólo con la acción del sujeto (con sus elementos objetivos y subjetivos), lo que se explica por la misma circunstancia de ser las armas prohibidas: los particulares en ningún caso pueden poseerlas o tenerlas legalmente.

Únicamente, por lo tanto, nos referiremos, a los aspectos más importantes del objeto material.

Se trata de los elementos señalados en el art. 3:

a) ametralladoras, subametralladoras, metralletas o cualesquiera otra arma automática de mayor poder destructor, sea por su potencia o por el calibre de sus proyectiles.

Se trata de una especie de armas de fuego: las automáticas. Habiendo ya definido el arma de fuego, nos ocuparemos de las características que las distinguen entre ellas: su automatismo.

Arma automática : es aquella que continúa disparando mientras el disparador se encuentra presionado por el dedo, hasta terminar cada cargador o huincha, según el caso.

Ametralladora : arma de fuego automática de potencia y volumen considerables, que dispara proyectiles de fúsil colocados en una huincha. Esto significa que mide más de un metro, dispara normalmente balas calibre 7.62 con una velocidad de 600 a 1.200 tiros por minuto y con un alcance útil de 2.000 metros, pesa entre 11 y 30 kgs.; para su funcionamiento generalmente requiere 4 hombres.

Sub-ametralladora : arma automática, larga, de menor potencia y volumen que la anterior, utiliza munición de fusil. Su calibre es también de 7.62 mm. y su alcance útil de 800 a 1200 metros. Pesa entre 5 a 8 kilos, lo que la convierte en arma individual. Utiliza sólo cargador. Ejemplo de sub-ametralladora son los fusiles automáticos o fusiles ametralladoras.

Metralleta : arma de fuego automática, corta y ligera, es una variedad del sub-fusil, que emplea munición del calibre de la pistola (9 mm) y de forma ovalada. Su alcance útil es de sólo 150 a 300 mts.

Finalmente, la ley hace una referencia general a cualquier otra arma automática de mayor poder destructor, sea por su potencia o el calibre de sus proyectiles. Debe tratarse, en primer lugar, de armas automáticas, tal como las hemos definido. En seguida, su poder destructor deb ser mayor que el de las señaladas precedentemente. Por poder destructor debe entenderse su capacidad para destruir al enemigo, esto es, su aptitud para matar seres humanos. El poder destructor de un arma de fuego está determinado por su potencia o por el calibre de sus proyectiles. La potencia es la capacidad de penetración, perforación y alcance de los proyectiles, lo que está en directa relación con la clase de cartuchos que utilice el arma y la velocidad que logren, así como la cantidad de disparos que pueda hacer en un determinado espacio de tiempo. El calibre es el diámetro del proyectil medido en su base expresado en milímetros o centésimas de pulgada.

b) Artefactos fabricados a base de gases asfíxiantes, lacrimógenos, venenosos o paralizantes, de sustancias corrosivas, incendiarias, explosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, y los implementos destinados a su lanzamiento.

Dejando de lado los últimos elementos mencionados (los implementos destinados al lanzamiento de los objetos indicados), tenemos que lo esencial es que se trate de artefactos que pueden tener como base cualquiera de las sustancias o elementos indicados. Artefacto es todo objeto construido según alguna técnica y que funciona en virtud de un mecanismo. El artefacto supone una estructura o complejo de partes adaptadas para producir un efecto específico, debido a lo cual, tanto su construcción como su manejo y funcionamiento suponen la posesión de cierto tipo de conocimientos de ciertas técnicas. El Diccionario resume estas ideas con precisión, al definir el artefacto como una "obra mecánica hecha según arte". En consecuencia, la sola sustancia explosiva no constituye un Artefacto; lo constituirá si se le añade un mecanismo, de manera que sustancia y mecanismo pasen a formar un nuevo objeto. Los artefactos están constituidos principalmente por las bombas (de tiempo, instantáneas, etc.), las minas, las granadas de mano.

Las sustancias o elementos que deben servir de base en la construcción de estos artefactos, es decir, los materiales que deben constituir su materia prima, su principal componente, son los gases, sustancias o metales, los que a su vez se encuentran divididos en diversas clases según el efecto que producen: gases asfixiantes, lacrimógenos, etc.; sustancias explosivas, incendiarias, etc.

Refirámonos ahora al último de los objetos materiales del delito estudiado: los implementos destinados al lanzamiento de los elementos enunciados precedentemente.

Se trata de instrumentos cuyo uso normal y casi exclusivo es el de lanzar dichos artefactos. Son instrumentos destinados a ese fin en forma expresa e inequívoca, como el lanza-granadas o el lanza-bombas. No se incluyen aquí otros objetos que accidentalmente, en forma contingente, puedan servir para cumplir ese cometido. Una simple cuerda sería, en tal caso, un implemento como los señalados por la ley, y eso es, obviamente absurdo.

Para terminar con el examen del objeto material del delito del art. 13 de la ley de armas, debemos decir que todo cuanto se dijo respecto de la identidad de las armas de fuego y demás elementos sometidos a control, cuando examinamos el delito del art. 9, es enteramente aplicable a la figura que acabamos de estudiar.

#### V. - El Delito de Porte de Armas Permitidas (art. 11)

En primer lugar hay que observar que el objeto material del delito está limitado a las armas de fuego, por lo que es mucho más restringido que el objeto material del delito de tenencia de armas o elementos permitidos. En consecuencia, el porte de los otros elementos sometidos a control constituye tenencia, en su caso. Esta diferente calificación no produce efectos respecto de la penalidad, si el delito se comete en tiempos de paz, en tanto que si se comete en tiempo de guerra, ella sí tiene importancia, puesto que la pena del porte, en tal evento es mayor, pudiendo llegar hasta la muerte.

En lo que atañe a la conducta hay que decir que también es compleja, por cuanto consta de una acción, portar, y de una omisión, la de no contar con el permiso establecido en el art. 6.

Es la acción de portar la que merece mayores consideraciones. En primer lugar debe advertirse que esta acción de portar es una especie del género poseer o tener; una manera especial de poseer o tener. Recuérdese que dijimos que las expresiones poseer y tener expresaban sobre todo una relación entre el poseedor y el objeto poseído; una relación de disponibilidad. Pues bien, esta relación de disponibilidad admite, como toda relación, grados de intensidad.

Pensamos que la acción de portar expresa, precisamente, el mayor grado de disponibilidad posible. Esta relación es más estrecha aquí que lo que ocurría en el delito de posesión o tenencia. Tanto es así que portar no es sino una forma de poseer o tener, que el porte de un arma dentro de los lugares en que es legítima su tenencia (residencia) sigue siendo posesión o tenencia para la ley y no requiere de un permiso especial de porte, como se desprende expresamente del art. 6, el que enfatiza que este permiso es necesario sólo para portar el arma fuera de esos lugares.

La particularidad del porte respecto de la tenencia o posesión, su especialidad, consiste en que él se ejercita fuera de los lugares en que está permitida la tenencia y se expresa, materialmente, en el hecho de trasladarse con el arma de un sitio a otro, de llevarla consigo. Pero no se agota aquí este concepto, que no implica sólo esta relación de tipo físico. Para que haya porte es necesario que el sujeto tenga el propósito de darle al arma su destino natural, esto es, dispararla, en caso necesario. Si el sujeto simplemente se traslada con el arma pero con otro fin, no habrá porte ilegal y punible. Tal sería el caso del sujeto que anda con un arma y es sorprendido con ella, pero su propósito real era el de deshacerse de ella, que es lo contrario, justamente, del propósito de darle su uso natural. Es este propósito el que hace al porte peligroso y la razón por la que la ley exige un permiso especial, aunque el arma esté inscrita y pueda ser poseída o tenida legalmente. Si se establece en algún caso, atendidas las circunstancias, que el propósito era otro, en modo alguno peligroso, sería una insensatez castigar por porte, por el solo hecho que el arma se transportaba. Dicho transporte, primer elemento del porte, en sí mismo no tiene nada de negativo, capaz de decidir el derecho penal a entrar en acción. Ese transporte interesa en cuanto pone en peligro el bien jurídico protegido, lo que ocurre cuando el sujeto lleva el arma dispuesto a usarla (y siempre, naturalmente, que, además concurren otros elementos que más adelante examinaremos). Esta es la única interpretación posible si se piensa que el derecho no castiga sólo materialidades desprovistas de significación antisocial.

Por las mismas razones anotadas pensamos que para que haya porte punible es indispensable que el arma esté cargada; sino lo está falta ese ánimo especial que debe acompañar el traslado físico del arma: esta no podrá ser usada según su destino natural, no siendo idónea, por tanto, para poner en peligro el bien jurídico protegido. La ley ve en el hecho de que un individuo se pasee por las calles armado, un peligro especial puesto que castiga tal hecho, aunque el arma esté inscrita, a menos de que se cuente con un permiso de porte. Ese peligro está íntimamente relacionado con la capacidad del arma de funcionar y disparar, y el falta, cuando el arma está descargada, como falta también cuando el inequívoco propósito era uno diferente. Sería absurdo pensar que a la ley le disgusta el simple hecho que el individuo lleve consigo un bulto llamado arma, aunque las precisas circunstancias eliminen la sombra de un riesgo para el bien jurídico protegido.

No es ese el único elemento subjetivo de esta figura. De manera análoga, y por las mismas razones, que en el delito de posesión o tenencia se exigía el propósito de alterar el orden público o de atacar a las Fuerzas Armadas, Carabineros o civiles, aquí también hay que reclamar dicho elemento, pues también el inc. 2 del art. 11, alude expresamente a él.

#### VI.- El Delito de Porte de Armas Prohibidas .

No estaba originalmente en la ley. Antes se sancionaba como tenencia. En virtud de un DL se introdujo esta nueva figura que difiere de la anterior únicamente en el objeto material que ya hemos examinado antes, pues es el mismo del art. 13.

#### VII.- El Delito de Tráfico o Comercio de Armas de Fuego y Demás

##### Elementos Sometidos a Control (art. 10)

El objeto material es el mismo del delito de tenencia de armas permitidas, esto es, los objetos señalados en las letras a, b, c, y d del art. 2.

La conducta también es compleja, en el sentido de que consta de una acción y de una omisión (no contar con la autorización a que se refiere el inc. 2 del art. 4).

La acción es alternativa; constituye una pluralidad de hipótesis. Basta que se realice una de ellas, cualquiera para que la acción quede perfecta. Las acciones alternativas a que alude la ley son las de fabricar, internar, exportar, transportar, almacenar, distribuir o celebrar cualquier clase de acto jurídico respecto de los elementos que constituyen el objeto material de este delito.

De la ejemplificación que hace el texto legal se desprende que de lo que se trata es de suministrar las armas y demás elementos, en forma ilegal, ya a grupos de personas, ya a estas individualmente. Al menos ese sería el propósito final de todas esas acciones. No se fabrican las armas o se las internan, para quedarse con ellas. Si tal fuera, no se divisa por qué la ley castiga estas acciones en forma separada de la posesión y tenencia, con una pena más severa. Esto ocurre, precisamente, porque los sujetos activos de estas acciones no son los particulares que adquieren las armas para sí mismos, sino que son los que las venden a los particulares o se las suministran de cualquier forma, generalmente a cambio de dinero. Son, pues, los traficantes de armas, que alimentan la existencia de los delitos contemplados en esta ley, por lo que son más drásticamente castigados que los particulares que las adquieren de ellos.

En consecuencia, esta figura está particularizada por el sujeto activo (traficante) y la conducta (traficar o comerciar) o suministrar ilegalmente (sin autorización, adquirir el arma del traficante). Ya sabemos que una conducta semejante constituye el delito de tenencia de armas, en el que se permite, justamente, la autorización para adquirir dicha tenencia, así como la inscripción del arma. Esta es la única interpretación posible, pese a los términos tan generales de la parte final del enunciado de la acción: "celebraren cualquier clase de acto jurídico...". Pero hay que

En consecuencia, esta figura está particularizada por el sujeto activo (traficante) y la conducta (traficar o comerciar o suministrar ilegalmente armas). Esta figura no alcanza al particular que ilegalmente, sin autorización, adquiere el arma del traficante. Ya sabemos que una conducta semejante constituye el delito de tenencia de armas, en el que se omite, justamente, la autorización para adquirir dicha tenencia, así como la inscripción del arma. Esta es la única interpretación posible, pese a los términos tan generales de la parte final del enunciado de la acción: "celebraron cualquier clase de acto jurídico..." Pero hay que preguntarse ¿quienes? la respuesta, atendido el contexto de la disposición, que se refiere fundamentalmente al suministrador, no puede ser otra que los vendedores, los que proporcionan el arma, y no los que la adquieren. Esto es así, porque el delito de tenencia presupone ya la adquisición ilegal y está fuera de duda que no podría a la vez castigarse por tenencia y por adquisición ilegal, en los términos del art. 10.

Hay que insistir en que se trata de una acción alternativa con hipótesis múltiples, de modo que basta la realización de una sola de las acciones mencionadas para que se configure este tipo. Esto produce la consecuencia natural que si se realizan varias de estas acciones, el delito sigue siendo uno solo, siempre que todas las acciones se refieran a unos mismos objetos o estén ligadas por una serie de circunstancias de tiempo, espacio y otras, que hagan del conjunto una sola acción final. De manera que si alguien fabrica explosivos, por ejemplo, los transporta a un sitio determinado y posteriormente los vende, el delito cometido es uno sólo y no tres delitos. Basta una de esas acciones para configurar el tipo legal, siendo las demás indiferentes, en el sentido de que no cumplen ninguna función multiplicadora de la infracción. En tales casos se habla de tipicidad reforzada; pero la infracción es siempre una sola.

Las diversas acciones a las que alternativamente se refiere el texto legal no requieren, en general, de mayores explicaciones, debiendo insistirse solamente en que son manifestaciones de una idea central, que es el tráfico o comercio de esos elementos, siendo cada una de esas acciones manifestaciones suyas, por lo que es en ese contexto que adquieren significación propia. El transporte merece atención especial por el parecido que tiene con el porte de armas que ya vimos. Aquí se aprecia la importancia del elemento subjetivo que explicábamos integra el concepto del porte y que consiste en el ánimo o propósito de servirse del arma según su destino natural, en contraste con el ánimo de comerciar que integra este transporte del art. 10. Atendiendo únicamente a la materialidad de ambos conceptos no es posible reconocer diferencia alguna, porque en este sentido ambas expresiones se refieren al hecho físico del traslado, que es idéntico en ambos casos. Expresando la diferencia entre ambos en términos sencillos, puede decirse que mientras en el porte se trasladaba el arma para uno mismo, en el transporte del art. 10 dicho traslado se hace para otro.

VIII.- El Delito Relativo a Grupos de Combate, Milicias Privadas o Partidas Organizadas Militarmente (art. 8)

Puede decirse que en esta figura alternativa con multiplicidad de hipótesis se sancionan fundamentalmente 2 tipos de actividades :

- a) la organización, ayuda (a través de financiamiento, dotación y en otras formas efectivas, pues la ley habla en general de ayuda) e incitación o inducción a la creación y funcionamiento de partidas militarmente organizadas, y
- b) la militancia de ellas

Como se aprecia, el propósito de la ley ha sido el de abarcar todas las formas posibles de vinculación con estas partidas militarmente organizadas que puedan revestir un peligro para la seguridad interior del estado. De ahí que la idea básica de esta figura sea, precisamente, el concepto de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas. La redacción del precepto da a entender que se trata, con el empleo de tales expresiones, de designar una misma y única realidad y no tres distintas; es decir, que dichos términos se han empleado como sinónimos.

Esta figura está emparentada directamente con la de la letra d) del art. 4 de la ley de seguridad del Estado, que también se refiere a estas mismas organizaciones paramilitares, con las mismas expresiones de "milicias privadas" y "grupos de combate", añadiendo "u otras organizaciones semejantes", con lo que se corrobora la idea de que las fórmulas anteriores eran sólo ejemplos de lo que se intentaba reprimir. Las expresiones "partidas militarmente organizadas", de que se vale el art. 8 de la Ley de Armas, parecieran ser las más genéricas, y las que dan una idea más precisa de la naturaleza de estas organizaciones. A este respecto conviene tener presente que ya el art. 265 del CJM, al referirse a los delitos de rebelión y sublevación militar, había empleado esta misma expresión de "partida organizada militarmente", la que debe estar compuesta de diez o más individuos o por menos, siempre que exista en otro punto de la República otra partida o fuerzas que se propongan el mismo fin. Atendiendo a que los grupos a que se refiere el art. 8 citado tienen en definitiva como finalidad la comisión, justamente, de actos propios de una sublevación, es que creemos que lo dispuesto por el art. 265 CJM en cuanto a la composición de lo que denomina "partida militarmente organizada", tiene también aplicación en la figura que examinamos.

Los grupos u organizaciones a que se refiere la ley de armas son las guerrillas o grupos guerrilleros que operan clandestinamente y que persiguen la destrucción, por medio de la violencia armada, del orden institucional. Se trata de organizaciones, en consecuencia, capaces de enfrentarse a la fuerza pública en condiciones tales que hagan factible la producción de un peligro o riesgo para la seguridad interior del Estado. De otro modo, de una manera análoga a lo que sucede con

un arma de fuego inservible, no estaríamos en presencia de un grupo u organización idóneo para afectar la estabilidad institucional o seguridad interior del Estado, que es el bien o interés que la ley quiere proteger..

A diferencia de lo que ocurría en la figura de la letra d) del art. 4 de la ley de seguridad del Estado, que no exigía expresamente que las milicias privadas estuvieran armadas con elementos determinados, el art. 8 de la ley de armas explícitamente formula tal exigencia, distinguiendo, para los efectos de la penalidad, si tales grupos están armados con los elementos del art. 2 ó 3 de la ley. En el caso de que estén armados con los elementos indicados en el art. 2, el tipo legal formula una precisa exigencia :que la seguridad de las personas resulte amenazada. El hecho de que expresamente se haga mención a esta circunstancia está indicando que no basta la amenaza vaga y distante para tal seguridad que pudiera pensarse implica el sólo hecho de la creación y funcionamiento de uno de estos grupos; se precisa una amenaza real, próxima y concreta, para que se configure este tipo legal.

Los grupos aludidos por la ley deben ser "partidas organizadas militarmente", lo que supone una serie de requisitos relativos a su funcionamiento, dirección, jerarquías y otros propios de la organización militar. Debe enfatizarse esta circunstancia, por cuanto la expresión "partida organizada militarmente" no figuraba en el tipo de la letra d) del art. 4 de la ley de seguridad del Estado, lo que había llevado a algunos a sostener que no se requería de una organización militar. En lo que respecta a la figura examinada, tal exigencia es un ineludible requisito del tipo legal, que contribuye a fijar sus límites, precisando su ámbito de aplicación que viene a resultar, de este modo, no tan amplio como pudiera creerse a primera vista.

Aclarando lo que es un grupo de combate, miliciaprivada o partida militarmente organizada, resulta más fácil entender las diferentes conductas alternativas que describe el tipo legal.

La ley se refiere, entre otras modalidades, a la incitación a la creación y funcionamiento de tales organizaciones. Tal incitación, o instigación, que, como se sabe, es una forma de participación criminal, debe ser realmente tal, esto es, debe haber consistido en haber hecho nacer realmente en otros la decisión de crear y poner en funcionamiento dichas partidas, por lo que no bastan los consejos o simples sugerencias. Igualmente, la ayuda, ya sea con financiamiento, dotación, o de otra manera, para la creación y funcionamiento de esas partidas, consiste en la cooperación o auxilio que se presta con tal fin, lo que implica estar conciente de la utilidad que la ayuda presenta y del objetivo perseguido. De otro lado, debe tratarse -- realmente de una ayuda, de un servicio o apoyo útil y efectivo para la creación y funcionamiento de dichos grupos. Si alguien presta cooperación a un grupo que supone armado sólo con palos, por ejemplo, no podría ser sancionado en virtud del art.8, aunque efectivamente tal grupo haya estado armado con elementos de

los artículos 2 ó 3 de la ley de armas. En suma, se trata de aplicar las normas que rigen la complicidad (que consiste precisamente en auxiliar, ayudar o cooperar con los autores) y la inducción o instigación.

La organización de la creación y funcionamiento de estos grupos es una conducta más compleja que las anteriores. Supone el despliegue de gran actividad y penetración con tales grupos: reglar su estructura, personal, finanzas, instrucción y lo demás que sea necesario para su marcha.

Finalmente, la ley se refiere también, naturalmente, al hecho de pertenecer a esos grupos o milicias. Pertenecer a una organización semejante supone diversas cosas: ser realmente miembro o militante suyo, formar parte en la estructura jerárquica, tener funciones determinadas. Todo esto supone que se cuente con uno en forma permanente no sólo en el aspecto material (reuniones, ejercicio, prácticas, etc.) sino que también en un sentido subjetivo de identificación con los propósitos perseguidos. De lo contrario un espía que cumple la parte física o material sería miembro de dichos grupos. De manera entonces que la asistencia ocasional, esporádica a una práctica de tiro de tales partidas organizadas militarmente, sin que existan obligaciones ni se den los otros elementos mencionados, no convierte al asistente en un miembro o militante suyo (puede que tal sujeto no cometa siquiera los delitos de tenencia o porte ilegal de armas, si tales prácticas se hicieron en recintos cerrados, aislados, bajo la vigilancia de instructores que conservaban las armas dentro de su esfera potestativa).

El inciso 4 del art. 8) contiene una presunción de participación en el caso que se descubra un almacenamiento de armas. No se refiere la ley al almacenamiento previsto en el art. 10 sino a armas almacenadas pertenecientes a los grupos de combate, milicias privadas, o partidas militarmente organizadas a que se refieren los dos primeros incisos del art. 8. Así se desprende del texto en que se establece la presunción: "se presumirá que forman parte de las organizaciones a que se refieren los dos primeros incisos de este artículo, las personas que aparezcan como dueñas o a cuyo nombre se encuentran inscritas las armas; los moradores de los sitios en que estén situados los almacenamientos, y los que hayan tomado en arriendo o facilitado los predios para el depósito. En estos casos se presumirá que hay concierto entre todos los culpables".

Si bien se observa, las tres situaciones que sirven de base a la presunción, son, técnicamente, casos de ayuda (complicidad) para el funcionamiento de esas organizaciones paramilitares: dotarlas de armamento; cuidar los almacenamientos; proporcionar los predios para efectuar el almacenamiento. En consecuencia, deben concurrir los requisitos que la ley y la doctrina exigen para que haya complicidad; la ayuda debe ser útil; debe existir conciencia que se está auxiliando a un grupo con las características de una organización paramilitar.

Evidentemente, las presunciones establecidas son simplemente legales, porque puede probarse lo contrario.

IX.- Problemas Relativos a Concursos de Delitos Previstos en esta Ley .

Puede ocurrir en la realidad de los hechos que la conducta de un sujeto encuadre a la vez en varias de las distintas figuras que se establecen en la ley de armas. Alguien puede poseer ilegalmente un arma y además portarla; otro, que es el miembro de una partida organizada militarmente, normalmente tendrá que tener armas o portarlas, al realizar sus prácticas de instrucción, etc.

La cuestión que surge es determinar si se debe sancionar por todas las infracciones aparentemente cometidas o sólo por una de ellas, que desplaza a las demás, ya porque la absorbe, ya porque es más específica, y debe, por eso, ser preferida. A algunos de estos problemas nos hemos referido incidentalmente. Veamos cuales son los casos más frecuentes de concursos y la manera cómo deben ser resueltos.

a) Posesión o Tenencia y Porte

Puede ocurrir que un sujeto porte sin autorización un arma que no se encuentre inscrita y que es, por lo tanto, poseída por él ilegalmente. En tal caso creemos que debe sancionarse sólo por tenencia. El delito de porte (de arma permitida :art.11) contempla una conducta compleja que se integra con la omisión del permiso. Pues bien, la concesión de tal permiso para portar el arma de fuego supone, evidentemente, que el arma se encuentra inscrita, puesto que no puede autorizarse porte alguno de un arma de fuego que no cumple con ese requisito previo. Lo lógico, en consecuencia, es sancionar únicamente por la tenencia. Hacerlo, además, por porte, aparte de violentar el sentido común y jurídico y la equidad (por lo muy elevadas que resultarían las penas) implicaría otorgarle al artículo 11 una extensión desmesurada que claramente no tiene: su campo específico es el de castigar el porte de armas que hallándose inscritas se realiza sin la autorización correspondiente.

En los casos de concursos entre tenencia y porte de armas prohibidas el problema pareciera que debiera ser resuelto en favor del porte, que viene a resultar más específico respecto de la tenencia (portar es una forma o especie de poseer o tener, según se explicó al tratar de esas figuras). No se puede argumentar en este caso en forma análoga a como se hizo en el caso anterior, porque no es posible aquí obtener autorización para portarlas. (En todo caso conviene recordar que en lo que respecta a las armas prohibidas este problema de concurso no se planteaba primitivamente en la ley: el porte no estaba sancionado expresamente, por lo que debía incluirse en la tenencia. Esto demuestra que el criterio de la ley era (y es)

no sancionar dos veces por las acciones de poseer y portar cuando se refieren a los mismo objetos. El hecho de que actualmente, en virtud de un DL de la Junta de Gobierno, se sancione separadamente el porte, no desvirtúa dicho propósito, puesto que tal modificación obedece al deseo de castigar más severamente el porte de esos elementos, que su simple tenencia. Pero eso no quiere decir que, en su caso, haya que castigar además del porte, su tenencia).

b) Tráfico (art.10) con Tenencia y Porte .

Estas situaciones ya han sido aclaradas : el art. 10 se caracteriza por su sujeto activo especial (traficante) y la acción (traficar) también específica. No se aplica a los particulares que adquieran las armas, los que cometerán en su caso, el delito de posesión o tenencia. Ahora bien, el traficante o suministrador de los elementos a que se refiere este art. 10, no puede ser sancionado, además, por el delito de tenencia del art. 9 o el de porte del art. 11, aunque concurren todos los elementos de estas últimas figuras, porque hay que entender que el desvalor que ellas implican está absorbido por otro desvalor aún mayor y más grave; el correspondiente a este tráfico o comercio ilegal (la pena es mayor). Las vinculaciones entre el transporte del art. 10 y el porte del art. 11 también fueron explicadas anteriormente. El sujeto activo del art. 10 normalmente no tendrá el propósito subjetivo de amenazar la seguridad interior del Estado, que vimos integraba el tipo de la posesión o tenencia, por lo cual de la partida no podrá pretenderse aplicarle también el art.9. Pero aunque excepcionalmente lo tuviera, ya vimos que ese desvalor es absorbido por el desvalor propio y más grave a que se refiere el art. 10.

c) Grupos de Combate con el Resto de las Figuras .

El mismo funcionamiento de un grupo de combate o partida organizada militarmente supondrá normalmente tenencia y porte ilegales de armas, por lo que sería francamente absurdo explicar también las penas de estas figuras; ellas son absorbidas por el delito del art. 8. Creemos que también esta disposición desplazaría al mismo art. 10, en el caso excepcional que una misma persona se encontrara a la vez en ambas condiciones, lo que seguramente no será lo normal. (la verdad es que si alguien forma parte de una organización paramilitar es también quien la provee, no concurre a este caso el propósito de tráfico o comercio que caracteriza a la figura del art. 10, explicando, además, el mayor rigor de la ley en tal caso)