

MUNICIONES Y CONCURSO DE DELITOS

MARIANA BELL SANTOS

Universidad de Chile

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, objeto del presente análisis, se pronuncia sobre los recursos de nulidad interpuestos por las defensas de los imputados F.M.M. y J.C.E.T., ambos condenados a las penas de 5 años y un día como autores del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, más las penas accesorias y multa; tres años y un día y penas accesorias por el delito consumado de porte ilegal de arma de fuego y, quinientos cuarenta y un días por el delito consumado de porte ilegal de municiones.

En contra del fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, se deducen dos recursos de nulidad. El primero de ellos, por el abogado defensor del imputado F.M.M., quien invoca la causal establecida en el artículo 373 letra b), en atención a una errónea aplicación del artículo 9° en relación con el artículo 2° letras b) y c) de la Ley N° 17.798 y artículos 74 y 11 N° 9 del Código Penal. En segundo término, el abogado defensor del imputado J.C.E.T., dedujo el recurso de nulidad por la causal establecida en el artículo 373 letra b), invocando las mismas causales del recurso del coimputado y en subsidio, la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letras c), d) o e) del Código Procesal Penal.

En el presente comentario me referiré únicamente a la causal alegada por ambas defensas establecida en el artículo 373 letra b) sobre una errónea aplicación del derecho respecto al artículo 9° en relación con el artículo 2° letras b) y c) de la Ley de Control de Armas y el artículo 74 del Código Penal.

Al respecto, cabe adelantar, que la Corte de Apelaciones confirma el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta con un voto en contra del Ministro Titular Sr. Óscar Clavería Guzmán, por no haberse considerado el concurso ideal heterogéneo de los delitos de porte ilegal de arma de fuego y porte ilegal de municiones.

En este sentido, el voto de mayoría considera, al igual que el tribunal *a quo*, que el reproche penal del delito de porte ilegal de municiones es independiente del ilícito de porte ilegal de arma de fuego, por la gran cantidad de cartuchos encontrados, que constituyen una afectación autónoma y superior del bien jurídico protegido por la Ley de Control de Armas, de forma tal que el porte ilegal de municiones no debe ser subsumido en el delito de porte ilegal de armas.

Así, considera que la Ley de Control de Armas tiene por objeto crear una interdicción de las armas de fuego y las municiones justificada en el peligro cierto, efectivo y constatado para la seguridad social por su manipulación por grupos o sujetos criminales. De este modo, sanciona por separado la tenencia y el porte de armas de fuego, sus partes, dispositivos, piezas, municiones y cartuchos, estableciendo una penalidad específica en cada caso.

Además de la cantidad de armas, la Corte de Apelaciones de Antofagasta considera que las municiones no eran de aquellas que se cargan en el arma, ya que se encontraban en una caja de forma separada. Interpreta, en este sentido, que dichas municiones pueden servir para posibilitar el uso de varias armas al mismo tiempo, lo que puede originar un plus de peligro que debe ser sancionado de forma separada.

El voto de minoría del Ministro Clavería Guzmán estuvo por acoger la nulidad sobre la base de la subsunción del delito de porte ilegal de municiones en el porte ilegal de arma de fuego, pero calificándolo como un concurso ideal heterogéneo. Para ello, hace uso de varios argumentos que la jurisprudencia ha utilizado desde la reforma de la Ley de Control de Armas a través de la Ley N° 20.813 del año 2015. En esta línea, menciona que en la historia de la ley no se hace referencia alguna al concurso de delitos sobre las municiones, las cuales se incluyen en el artículo 1° bajo el sustantivo de armas.

También señala que los problemas de unidad o pluralidad de hechos exigen una interpretación desde la base de la teoría del delito, por lo que importa identificar si existe una unidad de acción y unidad delictiva o una pluralidad de hechos considerados jurídicamente como una acción. De tal forma, considero que identifica el problema jurídico a resolver: decidir si el delito de porte ilegal de municiones debe subsumirse porque su contenido es consumido por el contenido prohibitivo del porte ilegal de arma de fuego. Sin embargo, confunde el concurso ideal, como regla de determinación de la pena, con el concurso aparente como problema de interpretación de la ley.

Finalmente, el voto de minoría concluye que se está frente a un concurso ideal heterogéneo que debe resolverse por la subsunción del porte ilegal de municiones en el delito de porte ilegal de arma. Esto, en virtud de que ambas figuras penales protegen el mismo bien jurídico, con la diferencia de que las municiones, que, si bien pueden constituir un peligro en abstracto, deben necesariamente asociarse a un arma, ya que en el caso concreto no tienen poder de fuego o una peligrosidad específica si no se utilizan en el arma respectiva.

En relación con la sentencia descrita, considero relevante plantear algunas precisiones sobre el delito de porte ilegal de municiones, y los concursos:

En primer término, la Ley de Control de Armas protege de forma general el bien jurídico de “seguridad colectiva” entendido como el mantenimiento de un orden o “un estado de cosas que permite a los ciudadanos desplazarse libremente sin temor a una afectación de sus bienes jurídicos más relevantes como la vida, integridad física, salud, libertad y propiedad”¹.

En específico tanto el porte ilegal de arma como el de municiones son delitos de peligro abstracto en que se sanciona una conducta calificada por el legislador como una puesta en peligro del bien jurídico sin necesidad de que este se concrete. En este sentido, se califican ambos delitos en atención a que el porte de dichos objetos tiene una potencialidad mediata de afectar bienes jurídicos personales, siendo la seguridad colectiva una garantía de evitación de daños. Aun así, el mismo legislador considera que el porte de un arma de fuego no constituye el mismo peligro que el porte de municiones, lo que se refleja en la menor penalidad de este último delito, ya que como señala correctamente el voto de minoría, las municiones deben asociarse a un arma, pues no tienen una peligrosidad específica (considerando 3° del voto de minoría).

Respecto al delito de porte ilegal de municiones, el tipo penal no diferencia respecto a la cantidad. Es más, no existe mención respecto a la cantidad de municiones en la Ley de Control de Armas ni en su historia. La única referencia a la cantidad de municiones existe en el Reglamento de la Ley de Control de Armas² (artículo 171), en atención a la cantidad de municiones que puede comprar una persona con permiso para portar un arma de fuego (artículos 55 y 56 del RLCA). Esto, en virtud de que no existe un permiso de porte o tenencia de municiones sino únicamente el permiso de porte y tenencia de un arma, el cual habilita para la compra de una cantidad máxima de municiones, y, por lo tanto, su porte queda asociado a un arma. Por lo tanto, la cantidad de municiones para calificar el delito de porte ilegal ha sido una construcción jurisprudencial que ha permitido delimitar el tratamiento de las municiones, cuando estas se encuentran sin un arma. Cuando se encuentran las municiones y el arma, se distingue respecto a la funcionalidad entre dichos elementos, aplicando el concurso aparente cuando las municiones son del mismo calibre del arma y, en caso contrario, las figuras del concurso real o el concurso ideal heterogéneo. Algunas interpretaciones respecto a la cantidad hacen referencia a que el delito de porte de municiones las describe en plural, por lo que, en opinión de

¹ VILLEGAS, Myrna, “Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno”, en *Política Criminal*, vol. 15, N° 30 (2020), p. 731.

² Reglamento Complementario de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas y Elementos Similares.

alguna jurisprudencia³ y doctrina, el delito de porte ilegal de municiones debe considerar una cantidad mayor a dos municiones⁴.

Respecto a la tenencia o porte de una gran cantidad de municiones, considero que podría tener relevancia para diferenciar entre el delito de porte ilegal de municiones y el delito de tráfico de armas, establecido en el artículo 10 de la LCA. Lo anterior dado que el objetivo del delito de tráfico, desde la perspectiva de la protección de la seguridad colectiva, es evitar la difusión de este tipo de elementos a una cantidad indeterminada de personas. La diferencia entre una cantidad asociada al uso de un arma y aquella que tiene por objeto su transferencia indeterminada, podría delimitarse en atención a las cantidades establecidas en el Reglamento de la LCA, pues califica aquella cantidad que se asocia a un arma en específico, en virtud de que la regulación de las municiones tanto en el reglamento como en la ley va asociada a un arma determinada.

El hecho de excluir el concurso ideal o el concurso aparente por consunción por la cantidad de municiones bajo el argumento de que es “un número tal que pudiera servir para posibilitar el uso de varias armas al mismo tiempo y con ello, originar un plus de peligro que debe ser sancionado separadamente” (considerando 5° voto de mayoría), no se ajusta a los principios de nuestro Derecho Penal ni Procesal Penal. Primero, porque de los hechos establecidos por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta y respecto a los cuales debe pronunciarse la Corte de Apelaciones, establecen el porte de un arma de fuego y una caja de cincuenta municiones del mismo calibre, por lo que, ante la duda, la interpretación que debe seguir el tribunal no puede ser en perjuicio del imputado. Segundo, porque con base en los hechos establecidos, se construye un peligro sobre peligro, es decir, califica el porte de las municiones y supone una intención dolosa de los imputados de darles uso, no con el arma encontrada, sino con otras que hipotéticamente serían usadas de forma simultánea para cometer un delito. Dicha interpretación configura una forma de presumir la responsabilidad penal, prohibida por el artículo 19 N° 3 inciso 6° de nuestra Constitución Política de la República.

En materia de concursos, es necesario distinguir entre las reglas de determinación de la pena, contenidas en los artículos 74 y 75 del Código Penal, sobre concurso real y concurso ideal. En este último caso, se establece una regla de absorción agravada, la cual permite que, en el caso en que un hecho constituya

³ Véase Corte de Apelaciones de Valparaíso (31.01.2018) rol N° 2055-2017.

⁴ VILLEGAS, ob. cit., p. 745 y BASCUR, Gonzalo, “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas”, en *Política Criminal*, vol. 12, N° 23 (2017), p. 553.

dos o más delitos, se imponga la pena mayor asignada al delito más grave, de forma tal, que excluye la regla del concurso real contenida en el artículo 74 del Código Penal, que obliga a imponer la pena correspondiente a cada delito. Diferente es el caso del concurso aparente, que refiere a un problema de interpretación de la ley. En la sentencia en comentario, la discusión se centra en si nos encontramos frente a un hecho que constituye dos delitos, si uno de ellos queda consumido en virtud de un concurso aparente, o si en cambio se trata de dos delitos, autónomos y diferenciados en el tiempo. Para ello, es necesario realizar un ejercicio interpretativo, que, ante la duda no puede ser en perjuicio del imputado, sino que debe ser un ejercicio correcto de la parte especial, que tome tanto el sentido como el campo de aplicación de cada uno de estos tipos penales⁵.

Ni la Ley de Control de Armas ni su historia, hacen mención respecto al concurso entre los delitos de porte de arma de fuego y porte de municiones. Que el porte de dichos objetos sean delitos diferenciados con una penalidad diversa no significa necesariamente que en el caso en que se porten ambos elementos deba aplicarse la regla del concurso real. Primero, porque la regla del artículo 17 B de la Ley de Control de Armas, solo aplica cuando se emplea un arma de fuego para cometer un delito, y solo podría emplearse cuando el arma esté completa, con su respectiva munición y siendo apta para el disparo. Segundo, porque la munición es parte fundamental del arma de fuego, sin ella, el arma no puede realizar su función principal, así como tampoco puede poner en peligro al bien jurídico de forma concreta. Las municiones, sea la cantidad que sea, necesitan un arma o un artefacto que permita su propulsión, porque carecen de utilidad práctica para dañar⁶. Por ello, es razonable considerar que cuando estamos frente a un arma y a sus correspondientes municiones, del mismo calibre y que, por lo tanto, concretan el peligro para el bien jurídico, el arma está completa y deben sancionarse subsumidas en el delito de porte de arma de fuego, en razón a que son funcionales a ella. Distinto es si el calibre es diverso, pues para el disparo se necesitaría un arma distinta, por lo que no es subsumible en un solo delito, ya no existe dicha funcionalidad ni un peligro mayor para el bien jurídico.

⁵ ARTAZA, Osvaldo; MENDOZA, Ricardo y ROJAS, Luciano, “La consunción como regla de preferencia en el marco del concurso aparente de leyes”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 53 (2019), p. 147.

⁶ CEA, Sergio y MORALES, Patricio, *Manual de aplicación de la Ley N° 17.798 y su reglamento complementario*, 4ª ed., Santiago, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing (2011), p. 122.

Tanto la doctrina⁷ como la jurisprudencia han aportado al debate indicando que el porte de arma de fuego subsume el porte de municiones cuando las municiones son del mismo calibre⁸, es decir cuando son municiones que pueden ser usadas en el arma encontrada y están destinadas para su disponibilidad inmediata.

El sentido de la LCA es sancionar el porte de las armas de fuego y sus partes cuando estas últimas se portan por separado. Si, por ejemplo, tenemos un arma dividida en todas sus partes (nuez, cargador, cañón y municiones), no se va a castigar por cada una de las partes, sino únicamente cuando son encontradas por separado, en momentos temporales distintos. Pero cuando en un mismo hecho las partes y municiones se encuentran en conjunto, siendo estas funcionales entre sí, el arma de fuego se encuentra completa y se cumple con el presupuesto fundamental del porte ilegal de arma de fuego, que es la disponibilidad del arma para su uso por quien la porta, pues no necesitaría nada adicional para poder usarla de forma efectiva.

El hecho de existir más de las municiones necesarias para cargar el arma no significa un peligro mayor *per sé*, ya que las municiones solo pueden ser usadas con el arma, y en los hechos solo sería posible el uso con el arma encontrada. No podría interpretarse que existan hipotéticamente más armas que pueden ser utilizadas de forma simultánea, pues podría arribarse a la misma conclusión con una cantidad menor de municiones, suponiendo que por cada munición exista un arma, lo cual es del todo arbitrario. Solo sería racional suponer la existencia de otra arma de fuego, cuando las municiones son de diverso calibre, pues ahí para ser usadas, se necesita un arma distinta o modificar la existente.

Distinto es que el argumento para sancionar el delito de porte de municiones de forma diferenciada sea que la cantidad excede la posibilidad de disponer de forma inmediata del arma, porque solo puede cargarse con un número limitado de ellas. Y en ese caso, tampoco debiese aplicar el concurso real, pues para ello es necesaria la existencia de dos delitos diferenciados en situaciones diferentes e independientes entre sí, cuestión que no se da en el caso en comento.

Por lo tanto, que la Ley de Control de Armas contemple de forma diferenciada los delitos de porte ilegal de arma y de municiones no implica que en una

⁷ BASCUR, ob. cit., p. 561 y VILLEGAS, ob. cit., p. 753.

⁸ Incluso la Corte de Apelaciones de Concepción ha considerado que la funcionalidad entre las municiones y el arma es tan relevante que en la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2016 rol N° 686-216, absuelve por el delito de tenencia ilegal de municiones, ya que era imposible una situación de peligro para el bien jurídico, en virtud de que las municiones se encontraban dentro de un arma que no tenía la aptitud para disparar. CA de Concepción (23.09.2016) rol N° 686-2016.

unidad de hecho deba aplicar la regla de determinación de la pena del concurso real. La modificación de la Ley N° 17.798 no deroga la regla del concurso ideal cuando en una unidad de hecho se producen dos delitos, tampoco pretende castigar varias veces el mismo hecho por recaer en distintos objetos⁹. Por lo anterior, corresponde aplicar la regla del concurso ideal heterogéneo cuando el delito de porte de municiones no pueda subsumirse en el delito de porte ilegal de armas, es decir, cuando no exista un problema de concurso aparente, lo que sucede cuando las municiones no permiten la disponibilidad inmediata del arma, ya sea por su cantidad, calibre o modificación.

Finalmente, me gustaría mencionar que dicha interpretación no es absoluta, sobre todo en aquellos casos en que la aplicación de la regla de absorción agravada del concurso ideal sea más gravosa para el condenado. En atención a que el fundamento de las reglas de determinación de la pena para la solución de los concursos es beneficiar al condenado, en aquellos casos, debiese aplicar la solución menos gravosa a través de la acumulación material de las penas bajo el concurso real¹⁰.

5. CORTE DE APELACIONES DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Tráfico ilícito de estupefacientes. I. Ley sobre Control de armas trata y penaliza de modo separado la tenencia y el porte de armas de fuego, municiones y cartuchos. Porte de arma de fuego y porte de municiones no pueden ser considerados un solo delito. II. Voto disidente: Concurso ideal heterogéneo respecto de los delitos de trasladarse con armas y municiones.

HECHOS

Defensas de ambos imputados recurren de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que los condenó como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, del delito consumado de porte ilegal de arma de fuego, consumado y de porte ilegal de municiones. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza los recursos de nulidad deducidos, con voto en contra.

⁹ Véase el razonamiento de Corte de Apelaciones de Valparaíso (23.01.2019), rol N° 2679-2018.

¹⁰ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch (2019), p. 330.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Antofagasta*

ROL: *766-2020, de 14 de diciembre de 2020*

PARTES: *Ministerio Público con Juan Escobar Torres y otro*

MINISTROS: *Sr. Óscar Clavería G., Dinko Franulic C. y Abogado Integrante Sr. Jorge Ignacio León R.*

DOCTRINA

- I. *La Ley de Control de Armas ha pretendido, sobre la base de sucesivas modificaciones establecer una interdicción general con relación a las armas de fuego y municiones que, en algunos casos, resulta absoluta y, en otros, solo puede ser realizada sobre la base de autorizaciones y controles de la autoridad administrativa respectiva, todo lo cual se justifica en el peligro cierto, efectivo y constatado, que su tenencia y manipulación por sujetos o grupos criminales, tiene para la seguridad social. En esa lógica, la ley trata y penaliza de modo separado la tenencia y porte de armas de fuego o sus partes, dispositivos y piezas, de las municiones y cartuchos que pueden en ella ser empleadas, estableciendo, de modo consecuente, una penalidad específica en cada caso según el disvalor que se otorga a la conducta de que se trata. Consiguientemente, en la lógica legal, se trata de hechos diversos, expresamente tipificados y específicamente diferenciados que, por lo mismo, técnicamente no pueden ser considerados un solo delito o bien un medio necesario como para cometer otro, como lo pretende la defensa el requerir su tratamiento como concurso ideal o medial conforme al artículo 75 del Código Penal. En todo caso, no está demás indicar que los sentenciadores no fueron tan rigurosos como lo autoriza la ley, pues no pretender hacer una distinción drástica y tajante entre armas y municiones, pues lo que los lleva a sancionar ambos hechos es la gran cantidad de municiones que portaban los acusados, separadamente, del arma, lo que da cuenta de una puesta en peligro de la seguridad social mayor, redoblada o, en sus términos, autónoma y ello, por cierto, además de ni siquiera ser impugnado en el recurso, justifica su decisión. En otros términos, no se trata de las municiones o cartuchos que se cargan en el arma y que posibilitan su uso y su potencial letal, y ni siquiera de aquellas que razonablemente están destinadas a su recarga, sino de un número tal que pudiera servir para posibilitar el uso de varias armas al mismo tiempo y con ello, originan un plus de peligro que debe ser sancionado separadamente (considerando 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

II. *(Voto disidente) En la especie, ya puede apreciarse que a propósito de una acción al trasladarse con las armas y municiones, es lo que la doctrina ha llamado un concurso ideal heterogéneo porque “la misma acción o bien (sic) lesiona varios y distintos preceptos [leyes] penales [concurso ideal heterogéneo]” (Derecho Penal parte general, tomo II, Claus Roxin. Thomas Reuters-Civitas 2014. Página 941). El concurso ideal de delito se ha tratado en la unidad y pluralidad de acciones porque la problemática se evidencia porque se ponen impracticables todos aquellos conceptos pre-jurídicos y ontológicos de la acción que pretenden construir al margen de la ley con criterios racionales, causales, finalistas o de otra índole. “Estas concepciones obligan a verificar una reducción a los términos legales cuando se da el caso, no infrecuente, en que un sujeto es autor no de un delito, sino de varios”, se ha resaltado desde el primer momento la importancia de los factores normativos legales que determinan el concepto de acción y por ello se hace necesario examinar la hipótesis cuando un sujeto comete varios delitos (José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez. Derecho Penal Español. Parte General, Decimoquinta edición. Dykinson Madrid 1992, página 847). Conforme a los hechos establecidos por los jueces de fondo, no cabe duda que se ha producido un concurso ideal heterogéneo, sobre la calificación jurídica de una acción que generó dos resultados, vinculados entre sí pero que requieren ser analizados a la luz de los principios y las reglas del Derecho Penal, que obligan establecer un concurso ideal que se resuelve por la subsunción porque las municiones forma parte del conjunto que integra el arma y sus municiones, frente a la situación material particular establecida en este proceso (considerandos 4º y 5º de la disidencia de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

Cita online: CL/JUR/166073/2020

NORMATIVA RELEVANTE: *Artículos 373 letra b) del Código Procesal Penal; 74, y 75 del Código Penal; 2º, 9º de la Ley N° 17.798*