

TESINA DE GRADO – TRABAJO FINAL DE CARRERA

“Análisis del delito de tenencia ilegal de arma de fuego y su cuestionamiento frente al principio constitucional de lesividad”

Derecho Penal

Palabras claves del proyecto:

- Tenencia ilegal de arma de fuego
- Principio de lesividad
- Delito de peligro abstracto y acto penal preparatorio.

Datos personales del autor del proyecto:

Nombre: Iago Megyes

Matricula: 101-33885

Tutor: Alberto José Huarte Petite

ÍNDICE

Tema de investigación – Introducción.....	3
PLAN DE INVESTIGACIÓN.....	5
Resumen.....	5
OBJETIVOS	6
Objetivos generales.....	6
Objetivos específicos	6
Evolución legislativa	6
Proyecto Coll - Gómez de 1937.....	6
Ley 13.945	7
Ley de facto 17.567.....	7
Ley 18.953.....	7
Ley 25.086	8
Ley 25.886	8
El delito objeto de análisis entendido como acto penal preparatorio expresamente punible y delito de peligro abstracto.....	10
a.....La tenencia ilegal de arma de fuego como acto preparatorio	10
b.....Su vinculación con los delitos de peligro abstracto	12
Bien jurídico protegido. Tipo objetivo. Tipo subjetivo. Tipo normativo.	15
Sobre el bien jurídico protegido.	15
Tipo Objetivo	18
A. Elementos del tipo	18
B. Principales diferencias entre tenencia y portación de un arma	19
Tipo Subjetivo	19
Elemento normativo. Falta de autorización.....	22
La Ley penal en blanco en relación con el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y de guerra	23
Principio de lesividad	25
Planteo del problema en relación con el delito objeto de análisis.....	27
Prueba de la aptitud del arma y la presunción de peligrosidad	29
A) Arma descargada:	31
B) Arma inidónea:	33
C) Tenencia pretérita:	35

D) Credencial vencida:	36
E) Titular de una credencial de legítimo usuario (CLU) que posee en su domicilio armas todavía no registradas a su nombre:.....	36
Sentencias que resolvieron los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal sobre casos concretos que se destacan sobre esta materia	37
Bibliografía.....	55

Este proyecto se basa en la investigación y el planteo del problema que genera el delito de tenencia ilegal de arma de fuego (contemplado en el artículo 189 Bis del Código Penal, párrafo cuatro para el caso de armas de uso civil y párrafo quinto para armas de guerra, ahora llamado armas de uso civil condicional); en relación con el principio de lesividad, establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Se buscará determinar a lo largo de la investigación, si este hecho punible constituye una acción que afecta a terceros, porque de no afectar derechos ajenos, este delito estaría en pugna con el principio antes mencionado, y podría existir un exceso del *ius puniendi*.

Se analizarán, por un lado, los antecedentes legislativos del delito en cuestión. Por otro lado, las características generales de la figura de tenencia ilegal de arma de fuego, así como también el concepto de “*arma de fuego*”, entre otras cuestiones relevantes para comprender la punibilidad de dicho comportamiento.

En este trabajo se hará la distinción entre las armas de uso civil y las de guerra, utilizando para ello la Ley Nacional de Armas y Explosivos, para poder diferenciar a la hora de determinar las penas que fija nuestro ordenamiento, según el caso concreto.

El delito objeto de análisis constituye un acto de carácter preparatorio expresamente punible. A lo largo de este proyecto destacaré brevemente qué significa que un acto sea preparatorio de un delito, cuándo es posible castigar este tipo de actos y la razón de su punibilidad.

También me referiré a los delitos de peligro abstracto, haciendo énfasis en la figura que constituye el centro de este trabajo y analizándolo en relación con el principio de ofensividad antes referido, puntualizando la problemática que en torno a este se genera.

Finalmente, también se analizarán ciertos casos de jurisprudencia relacionados con el tema en cuestión, para determinar en qué supuestos los aplicadores e intérpretes del derecho, consideraron que la tenencia ilegal de arma de fuego en los casos concretos que se les presentaron, si ha logrado superar el test de lesividad o no, y de ese modo ser pasible de reproche penal.

PLAN DE INVESTIGACIÓN

Resumen

Para comenzar, me parece importante destacar brevemente qué se entiende por “*ius puniendi*”, que es la facultad del estado para conocer y decidir acerca de la existencia de un delito y la aplicación de una pena. El derecho constitucional sienta las bases para las condiciones de ejercicio de esa facultad punitiva, estableciendo ciertos límites a los que deben someterse las leyes penales, haciendo notar la supremacía que ostenta el derecho constitucional por sobre el derecho penal¹.

El Congreso de la Nación, en ejercicio de su mandato constitucional, tipificó el delito de tenencia ilegal de arma de fuego en el artículo 189 bis párrafos cuatro y cinco. Esta conducta típica ha sido objeto de ciertas críticas por parte de la doctrina respecto de su tipificación, porque se sostiene que su peligrosidad, no radica en el hecho de que las armas puedan llegar a dispararse, sino, en que es considerada como la preparación para un ulterior delito o la generación de una oportunidad para cometerlo². Esta conducta constituye un delito de peligro abstracto; estos son conocidos por la sociedad general como conductas peligrosas pero que no llegan a poner en un peligro concreto a ningún bien jurídico.

Lo expresado, podría ser objeto de cuestionamiento constitucional, teniendo en cuenta que el principio de Lesividad (artículo 19 CN), establece que no puede haber un delito que no reconozca como soporte factico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos.

¹Righi, Esteban. “*Derecho Penal Parte General*” pág.68- Ed. Lexis Nexis, año 2008.

² Amans, Carla V. y Nager, Horacio S. “*Manual de Derecho Penal- Parte Especial*” pág.383 - Ed. Ad Hoc, año 2009.

OBJETIVOS

Objetivos generales

1. Analizar el delito de tenencia ilegal de arma de fuego en función del principio que se halla contemplado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Objetivos específicos

1. Analizar los actos penales preparatorios y la razón que justifica esta represión, teniendo en consideración que el delito de tenencia ilegal de arma de fuego implica la punición de un acto penal de este carácter.

2. Puntualizar la diferenciación entre un arma considerada idónea y una inidónea, y la afectación del bien jurídico en cuestión. Diferenciar un arma de uso civil condicional y una de guerra, para su encuadre típico.

3. Estudiar el debate que se ha generado en torno a los delitos de peligro abstracto y su constitucionalidad.

4. Análisis de doctrina y jurisprudencia referida al delito objeto de investigación.

Evolución legislativa

Para poder comprender efectivamente el porqué de la penalización de este comportamiento, y cómo se llegó a nuestra legislación actual, es que me parece pertinente realizar un repaso de la evolución legislativa y los antecedentes que sirvieron o construyeron las bases del castigo de la figura que me ocupa.

Proyecto Coll - Gómez de 1937

El 19 de septiembre de 1936, el Poder Ejecutivo encargó a Eusebio Gómez y Jorge Eduardo Coll, el desarrollo de un proyecto de código penal. El contenido de este encuadró en la línea más ortodoxa del positivismo penal italiano.

El artículo 304 del proyecto establece que “se impondrá prisión de un mes a dos años, al que, fabrique, venda, transporte o conserve explosivos o instrumentos o materiales destinados a su fabricación, susceptibles de causar estragos; armas de guerra, armas de cualquier clase de tipo de ametralladora, proyectiles en gran cantidad, gases asfixiantes o lacrimógenos y sus aparatos de proyección, si la tenencia no obedeciera a una razón justificada.”

Si bien el proyecto fue remitido por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados, el 27 de agosto de 1937, nunca fue tratado³.

Ley 13.945

Esta norma fue sancionada el 15 de septiembre, promulgada el 5 y publicada el 13 de octubre del año 1950. El artículo 212 reprimía con la pena de prisión de un mes a cuatro años el que fuera de los casos autorizados por la ley o sin permiso de la autoridad competente (...) tenga o porte: pólvora, armas, municiones y demás materiales clasificados como arma de guerra, y la pena de prisión de 15 (quince) días a un 1 (un) año para los casos en que los materiales sean clasificados como arma de uso civil.

Ley de facto 17.567

En el año 1967, se designó una comisión que estuvo integrada por reconocidos doctrinarios de nuestra época como Sebastián Soler, Carlos Fontan Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio, encargada de la reforma del Código Penal. El principal cambio que se logró fue la introducción del artículo 189 Bis a nuestra legislación. El resultado de la materia en cuestión fue el siguiente: la simple tenencia de armas de guerra, sin la debida autorización, cuando esta sea legalmente requerida, será reprimida con la pena de prisión de tres meses a tres años⁴.

Ley 18.953

La norma fue sancionada y promulgada el 17 de marzo de 1971 y tipifico la tenencia o acopio de municiones de guerra. Sus fundamentos fueron

³ Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. “Código Penal – Tomo VIII - artículos 186-199 – Parte Especial”, Ed. Hammurabi, Pág. 183 y ss.

⁴ Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. “Código Penal – Tomo VIII – Artículos 186-199 – Parte Especial” – Ed. Hammurabi, pág. 184 y ss.

la búsqueda del ajuste de las normas penales para fueran más eficaces al momento de combatir el fenómeno de agresividad y peligrosidad que enfrentaba la República Argentina debido a las formas de subversión.

El objetivo era adelantarse al comienzo de ejecución de delitos perpetrados mediante el uso de armas de fuego por parte de ciertos grupos subversivos de la época.

Ley 25.086

La norma sancionada el 14 de abril de 1999 vino a modificar la Ley Nacional de Armas y Explosivos, incorporando el artículo 42 bis, que sancionó a título de contravención la simple tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización o fuera de las excepciones reglamentarias. Se estableció, frente a esta conducta, a modo de sanción, una pena de carácter pecuniario de \$1.000 (pesos mil) a \$10.000 (pesos diez mil pesos) o el arresto por un plazo de hasta noventa días.

Ley 25.886

La norma que rige en la actualidad fue sancionada el 14 de abril de 2004, promulgada el 4 de mayo de y publicada el 5 de mayo. El proyecto originado en la comisión perteneciente al Poder Ejecutivo fue aprobado por la cámara de senadores, pero en diputados no corrió la misma suerte, y es por ello que sufrió importantes modificaciones para el texto definitivo. El objetivo del Poder Legislativo fue responder a la demanda del sistema social canalizada a través de los medios de comunicación, de aumentar las penas para disuadir a la comisión de delitos⁵. A su vez, tuvo mucha incidencia para el tratamiento parlamentario, el petitorio formulado por Juan Carlos Blumberg como consecuencia de la muerte de su hijo Axel Blumberg, quien había sido secuestrado de manera aleatoria y posteriormente asesinado al intentar escaparse de los captores, mediante el empleo de un arma de fuego. Con esta reforma, se derogó la contravención establecida en el art 42 bis de la ley a la que me referí en el párrafo anterior (tenencia ilegal de arma de uso civil), tipificándola, en consecuencia, como un delito.

⁵ Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. "Código Penal – Tomo VIII – Artículos 186-199 – Parte Especial", Ed. Hammurabi, págs. 192 y ss.

En lo que respecta a la tipificación de los delitos de tenencia de armas, Baigun⁶ entiende que al considerar que dicha conducta pone en peligro el bien jurídico de la seguridad o tranquilidad pública, se le está dando importancia a la criminalización de la posibilidad formal de peligro, la cual ha sido descartada como válida por la ciencia y declarada inadmisibles, por lo tanto el código penal actúa como fuente de protección jurídica a fin de evitar que a través de los delitos de peligro, se trasladen normas de naturaleza indiscutiblemente contravencional o actos preparatorios, que se hallan vinculados a bienes o intereses de naturaleza político social con los que no tienen más que un nexo formalmente posible. De esa forma, se estaría reemplazando la formulación correcta por un acto de pura conveniencia política, con todos los riesgos que generan.

En este sentido, Villada entiende que la tenencia de explosivos y armas de toda clase debería ser considerada una infracción propia del orden contravencional y no ser tipificada como un delito, lo que sería posible únicamente en la medida en que se sancionara dicha infracción en sede administrativa seriamente o en el supuesto de que ocurrieren casos aislados, siempre que no fueran de gravedad. A su vez, es importante destacar que encuentra fundamentación en lo que respecta a la tipificación de gran parte de las conductas descritas en el artículo 189 bis del Código Penal, en la circunstancia de que estas no apuntan únicamente al riesgo que el autor puede eventualmente causar, sino también a terceros que pudieran valerse de los elementos o conductas sancionadas para causar daños a las personas o a bienes.⁷

En la actualidad, la norma en cuestión en el aspecto que resulta de interés para este trabajo quedó redactada de la siguiente manera:

ARTICULO 189 bis: *La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).*

⁶ Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. "Código Penal – Tomo VIII – Artículos 186-199 – Parte Especial", Ed. Hammurabi, págs. 210 y 211.

⁷ Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"- Artículos 186/189, Parte Especial - Ed. Hammurabi, 2009, Págs.239 y 240.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

El delito objeto de análisis entendido como acto penal preparatorio expresamente punible y delito de peligro abstracto

a. La tenencia ilegal de arma de fuego como acto preparatorio

El tema en cuestión puede resultar merecedor de ciertos planteos en torno a su constitucionalidad, teniendo en consideración que la simple tenencia ilegal de un arma de fuego es entendida como un acto preparatorio (para la eventual comisión posterior de un delito) y no se produce a partir de este hecho una lesión ni un peligro concreto o efectivo para el bien jurídico que se desea preservar. En el presente caso, no hay lugar a dudas que el legislador buscó adelantarse a la punición de estadios previos al comienzo de ejecución de otros delitos, como robos mediante el empleo de armas.

La mayoría de los delitos tipificados en nuestro Código Penal se desarrollan en una serie de pasos o etapas, agrupadas bajo la denominación común de *iter criminis*, hasta alcanzar el agotamiento del comportamiento que se castiga. Se puede decir que se trata de un conjunto de momentos que se suceden cronológicamente en la dinámica del delito. Estas son: 1. Ideación, que constituye una fase de carácter interno y perteneciente a la intimidad del sujeto, en la cual el mismo elabora el plan delictivo y delimita los objetivos que pretende lograr. 2. Preparación o actos penales preparatorios, en la cual el individuo se provee de los elementos necesarios o se coloca en una situación conveniente para llevar a cabo su obra. 3. Ejecución: luego, comienza a ejecutar ese plan delictivo, hasta llegar a completar la totalidad de la acción típica (consumación), logrando así los fines propuestos ab initio (agotamiento).⁸

No forma parte de la esencia de este trabajo profundizar acerca de la cuestión del aludido *iter criminis*, sino únicamente puntualizar los actos penales preparatorios. Ahora, es importante destacar, más teniendo en consideración el tema objeto de análisis, que no todas ellos resultan relevantes para el Derecho Penal, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42 de nuestra legislación,

⁸ Creus, Carlos "Derecho Penal Parte General" – Editorial Astrea, págs. 351 y 352.

que dispone que solo cabe la punibilidad de un acto en la medida en que haya habido comienzo de ejecución.

Zaffaroni entiende que la primera etapa del *íter criminis* se lleva a cabo en el fuero íntimo, y constituye una instancia de deseo o decisión, por lo tanto, bajo ningún punto de vista puede ser castigado o castigable en virtud del principio *cogitationis poenam nemo patitur* que traducido al español, significa, que los pensamientos no son punibles; y, en caso de que trascienda a lo objetivo y exceda el ámbito de la mera manifestación del propósito, tampoco es punible la parte de la conducta inmediatamente precedente a la ejecución misma⁹. Aunque, cabe destacar que, como bien mencioné con anterioridad, existen ciertos casos en los que el legislador decide adelantar la barrera del castigo, para protegerse frente a eventuales actos que, desde el punto de vista de la doctrina podrían ser entendidos como “*preparatorios*”, pero dada la importancia del bien jurídico que se desea preservar, es que se los penaliza, creando así figuras típicas independientes. Y, esta podría ser considerada la justificación de la punibilidad de estos comportamientos, y del apartamiento de la disposición del artículo antes referido. Zaffaroni, a su vez, entiende que únicamente resultaría admisible la anticipación punitiva como excepción al artículo 42 del Código Penal, para los delitos de traición y sedición, dado que el agotamiento del delito importaría una imposibilidad de intervención del Derecho Penal. Cabe destacar que esta característica particular y original no se extiende a otras anticipaciones que se convierten en tipicidades de carácter independiente, y, por lo tanto, una característica a resaltar es que son de constitucionalidad harto dudosa, teniendo en cuenta que revelan una ampliación del ámbito de la prohibición que solo puede sortearse en la medida en que se viole o transgreda el principio de lesividad, y sin que a su respecto le quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que el estado trata de garantizarle a la sociedad.¹⁰

Como bien se mencionó con anterioridad a lo largo de este trabajo, existe unanimidad en la doctrina penal, en orden a que, al castigar la conducta

⁹ Zaffaroni, Eugenio R., “Derecho Penal Parte General – Segunda Edición”, ed. Ediar, Pág. 810.

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio R., “Derecho Penal Parte General – Segunda Edición”, ed. Ediar, Pág. 811.

de tenencia ilegal de arma de fuego, se está tipificando un acto penal preparatorio.

Para entender el porqué de la sanción de este delito, hay que tener en cuenta los antecedentes legislativos y hechos delictivos que debió padecer el sistema social argentino, lo que dio lugar al anticipo de la punibilidad en búsqueda de evitar un comienzo de ejecución de un delito contra la vida, la integridad física o la propiedad, entre otros bienes jurídicos. En este supuesto, teniendo en cuenta esta problemática, esperar a que se produzca el comienzo de ejecución, se entiende que podría resultar ineficaz para la prevención del ilícito.

Por lo expuesto, se puede afirmar que, con la tipificación de este delito, se buscó anticiparse al eventual comienzo de ejecución de otros, tales como robos empleando armas de fuego, homicidios perpetrados con la ayuda de este instrumento, entre otros. Zaffaroni entiende que toda conflictividad típica que no requiera en forma directa la lesión de un bien jurídico representa una anticipación punitiva que obliga al intérprete a precisar la proximidad del peligro, atendiendo tanto a la circunstancia concreta de la acción, como así también a la finalidad perseguida por el agente. Esto implicaría que, cualquiera sea la lesión a la que el legislador quiera anticiparse, esta no puede extenderse más allá del ámbito delimitado por el peligro de lesión, ya que podría colisionar con el artículo 19 de la Constitución Nacional¹¹.

b. Su vinculación con los delitos de peligro abstracto

El Derecho Penal además de castigar ciertas conductas independientemente del hecho de que éstas constituyan una real y efectiva lesión dañosa o destructiva de un bien jurídico, también sanciona ciertos peligros¹². Cabe destacar que cuando hacemos referencia a estos delitos, debemos tener en cuenta las palabras de Mir Puig, que, en consonancia con gran parte de la doctrina, entiende que se dividen en peligro concreto y peligro abstracto. En el caso de los primeros, expresamente se requiere la existencia

¹¹ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro *"Derecho Penal – Parte General"* Segunda Edición – Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. – Pág. 424.

¹² De La Rúa, Jorge y Tarditti, Aída *"Derecho Penal – Parte General"* – Tomo I – Ed. Hammurabi, año 2014 – Pág. 324.

de una ley que aluda o se refiera a una efectiva situación de peligro desde el punto de vista jurídico; mientras que, en los delitos de peligro abstracto, -que son los que nos interesan, por constituir el accionar típico objeto de análisis un delito de esa especie-, no es necesario que en el caso concreto la acción cree un peligro de carácter efectivo para el bien jurídico.

Estos últimos se caracterizan por la previsión de conductas generalmente riesgosas y son reprimidos en general, ya que tienen una idoneidad genérica para crear peligros y causar daños. El tipo penal se limita a castigar una conducta que, según la experiencia general, resulta peligrosa sin que se torne necesaria la demostración de ningún resultado de peligro y ni siquiera se exige la peligrosidad en la acción. En estos delitos es irrelevante la prueba de que algún otro bien jurídico haya sido destruido o puesto en peligro¹³, y se verifica una menor afectación al bien jurídico.

En lo que respecta a las opiniones de los reconocidos autores, pongo de manifiesto a Baigún, quien entiende que solo el peligro inmediato y concreto debe ser abarcado por el Derecho Penal. A su vez, considera errónea la distinción que realizan ciertos autores entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, dado que producen inadmisibles consecuencias procesales distintas. En lo relacionado a la prueba de la culpabilidad, sostiene que no resulta correcto apreciar que los delitos de peligro abstracto se presuman; y, en cambio, los de peligro concreto deba verificarse el riesgo efectivo que ha sufrido el bien jurídico de que se trate. Agrega que el término empleado debería haber sido “*delitos de peligro concreto mental*”.

Binding, por su parte, consideraba objetable esta clase de delitos, cuestionando que la presunción de peligro contenida en los mismos puede resultar en ciertos casos difícil de probar. En consecuencia, el legislador en estos casos emplearía una presunción *juris et de jure* de la peligrosidad del comportamiento. Otros autores como Bettiol, consideran que particularmente en cuanto al delito de tenencia ilegal de arma de guerra, es correcto afirmar la legitimidad de los legisladores en cuanto a la presunción de que el delito en cuestión esté ordenado a la comisión de algún otro, y que lo presuma sin

¹³ Soler, Sebastián “*Derecho Penal Argentino*” – Tomo II – Págs. 196 a 198.

admitir prueba en contrario, dado que sería sumamente dificultoso demostrar en cada caso en concreto la mencionada ordenación¹⁴.

Volviendo al delito materia de investigación, cabe aclarar que la tenencia ilegal de arma de fuego constituye un delito de peligro abstracto, toda vez que el legislador ha tipificado una conducta que se presume como peligrosa, sin que sea necesario la comprobación de un peligro concreto para el bien jurídico, ni una lesión efectiva al mismo.

En lo que respecta al objeto principal de este trabajo de investigación, cabe aclarar que se ha generado una discusión en cuanto a la constitucionalidad de los delitos antes mencionados. En orden al principio de lesividad, relacionándolo con estos tipos de peligro, desde hace un buen tiempo se ha gestado un debate vinculado a la conexión existente entre éstos últimos y los bienes jurídicos. Un sector de la doctrina considera que dicha conexión radica en la presunción del legislador sobre la inherencia entre ciertos comportamientos y los posibles peligros para los bienes, que son los mismos que se intentan preservar en los delitos de lesión o peligro concreto. Otro sector, por su parte, entiende que no se trata de los mismos bienes, ya que, en los delitos de peligro abstracto, se trataría de una protección anticipada por medio de bienes intermedios o de menor valor que funcionan como medios para tutelar otros de mayor valor, o también de ciertos estándares de seguridad creando de esa manera bienes distintos, pero que no dejan de estar relacionados con los bienes jurídicos o las instituciones. Es así como, por ejemplo, se castiga la tenencia de un arma de fuego sin la debida autorización con el objetivo de proteger un bien jurídico de mayor entidad como lo es, por ejemplo, la vida.

Como antítesis de lo expuesto, y como hice referencia *ut supra*, existe otro grupo de doctrina que directamente plantea la inconstitucionalidad de los delitos de peligro abstracto¹⁵, tomando como base el principio de lesividad, ya que consideran que éste únicamente habilita los tipos de lesión y de peligro de

¹⁴ Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., "Código Penal y normas complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial" T. VII. (Arts. 186 a 189 Parte Especial), págs. 227, 228 y 237.

¹⁵ De La Rúa, Jorge y Tarditti, Aída "Derecho Penal – Parte General" Tomo I – Ed. Hammurabi, año 2014.

carácter concreto, y lo contradice la generación de ofensas artificiales sin que se verifique un riesgo materializado para un bien jurídico concreto.

Bien jurídico protegido. Tipo objetivo. Tipo subjetivo. Tipo normativo.

Sobre el bien jurídico protegido

El Derecho Penal tiene como misión la protección de bienes jurídicos, y es por ello que todas las normas jurídico - penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre esos bienes, que se consideran vitales e imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad.

Frente a esto, destaco que los bienes jurídicos cumplen dos funciones muy importantes para la rama del Derecho que nos ocupa: 1. En primer lugar, para el Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo, operan como límites para la potestad punitiva del Estado, indicando que solo es legítimo penar conductas que lesionen o pongan en peligro de alguna manera aquellos bienes; lo que deriva claramente del artículo 19 CN. 2. En segundo lugar, resultan una herramienta de fundamental trascendencia al momento de interpretar los tipos penales, ya que de esa manera si se pretende establecer el alcance de una norma punitiva, es necesario ahondar sobre la razón de su existencia y el objeto que protege, que serían los bienes jurídicos *per se*.

Ahora, en el párrafo anterior hicimos referencia a ellos, entonces cabe preguntarnos, ¿qué es un bien jurídico? Es un interés vital que preexiste a cualquier ordenamiento normativo, ya que dichos intereses no son creados por el derecho, sino que éste se limita a reconocerlos efectivamente, y, es mediante ese reconocimiento, que esos intereses vitales son considerados bienes jurídicos. Por lo tanto, no se trata de una ley, sino el interés fundamental positivado en ella.

En consecuencia, esta idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos conduce al siguiente interrogante: ¿Qué rama del Derecho es la que “crea”, por así decir, los bienes jurídicos, o, mejor dicho, la que reconoce intereses fundamentales?, ¿es el Derecho Penal? La respuesta

es negativa, ya que el Derecho Penal no crea bienes jurídicos por sí solo, sino que su actividad se limita a sancionar con una pena ciertas conductas que lesionan o los ponen en peligro de alguna manera. Por lo expuesto, se puede afirmar que el Derecho Penal no crea ni constituye ilicitudes, sino que se trata más bien de un derecho sancionador.

Podemos afirmar que existe una relación directamente proporcional, es por ello que, a mayor importancia del bien o interés jurídico reconocido, mayor es la protección que le dispensa el ordenamiento normativo. La razón de esto radica en la circunstancia de que existen diversas categorías de bienes jurídicos que son clasificados o tipificados en nuestro Código Penal de acuerdo con su importancia para la sociedad.

Como corolario de lo expuesto, en ciertos casos, por la innegable trascendencia del bien que está en juego, la protección penal no solo comprende la efectiva lesión del mismo (figura de daño común), sino también su puesta en peligro sea bajo la forma de peligro concreto, o inclusive de peligro abstracto.

En la medida de que se trate de bienes o intereses con ese valor tan esencial, y también por motivos de conveniencia en lo relativo a la política criminal relacionados con la dificultad que presenta circunscribir la punibilidad únicamente a aquellos delitos en los que se logre un daño de carácter efectivo y cierto, existen buenas e interesantes razones para que estos excepcionales anticipos no puedan ser objeto de cuestionamiento constitucional alguno y que podrían servir como justificativo de los mismos.

Por lo tanto, como conclusión, la trascendencia del bien jurídico determina las diversas escalas de protección. De ahí que, no solo está en juego siempre la violación de este, sino también su puesta en peligro en términos inmediatos – tentativa -, o en términos más remotos - actos preparatorios – como el tema objeto de análisis.

El delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tipificado en el art. 189 bis C.P., se encuentra contemplado en el Título VII “Delitos contra la Seguridad Pública” de la parte especial del Código Penal. El bien jurídico protegido en

este caso es la seguridad pública, la que es entendida como la seguridad de los bienes en general. Estos son considerados como bienes de tipo colectivo, tomados en cuenta en su totalidad y también como pertenecientes a un número indeterminado de personas. El objetivo que tuvo en mente el legislador fue la protección del desarrollo real y efectivo de la vida en sociedad, la integridad personal, la sanidad, el bienestar y la propiedad.

A su vez, se ha afirmado que el término “*seguridad*” para el Derecho Penal no significa la ausencia de riesgos sino, más bien, el conocimiento de la existencia de dichos riesgos y de los actos que los acrecientan o posibilitan; es por eso que, se los busca evitar, de modo tal que se toman en consideración los peligros que producen ciertas acciones.

En cuanto al adjetivo “*público*”, cabe destacar que se utiliza en un sentido de conjunto, de comunidad, de una parte, no individualizada del pueblo o incluso de la sociedad, en la que nada tiene que ver la forma de gobierno o lo oficial.

Cuando hablamos del bien jurídico que se desea preservar por medio de la tipificación de este delito, estamos haciendo referencia a la seguridad de las personas de manera indeterminada; y, es por ese motivo que se castigan comportamientos que generan un peligro común, ya sea para la sociedad o los bienes en general, pero siempre sin tomar como referencia a un sujeto o bien en concreto.

Es por lo expuesto *ut supra* que se sostiene que con estos delitos en realidad lo que se protege es la seguridad común, entendiéndose por tal a la situación fáctica en la que la integridad de los bienes y las personas se hallan ajenas de soportar situaciones más bien riesgosas que las amenacen o pongan en peligro; de allí que se puede afirmar que las acciones típicas son generadoras de un peligro para esa integridad al crear por sí mismas condiciones de hecho que puedan llegar a vulnerarla.

Por último, en cuanto a su relación con el principio de lesividad, destaco que la inclusión de este delito provocará que determinadas acciones que encuadran típicamente en los ilícitos contemplados no puedan castigarse

justamente por mediar una ausencia de afectación a este bien jurídico tutelado, en la medida en que resulte de aplicación el criterio integrador antes referido para la interpretación de la norma jurídica de que se trate.

Tipo Objetivo

A. Elementos del tipo

Cuando hacemos referencia al tipo objetivo, se puede decir que la figura analizada encuadra diversos requerimientos que hacen a la tipicidad. En lo que respecta a la acción, la doctrina es uniforme en cuanto a que el término “*tenencia*” alude a quien ostenta el poder de disposición sobre ciertos objetos. En el presente caso, el agente debe tener el arma bajo su poder, sin la debida autorización legal, pudiendo disponer de ella en cualquier momento, ya sea corporalmente o en un lugar cercano o próximo, incluso cuando éste sea de difícil acceso.

Breglia Arias entiende que no es estrictamente necesaria la detentación corporal, siendo suficiente que se encuentre dentro del ámbito de custodia del sujeto, es decir, que tenga un poder de hecho tal que le permita disponer del arma por su sola voluntad y sin que sea necesaria la intervención de terceros.

De Luca, por su parte, destaca que esta figura constituye un delito formal o de mera conducta, teniendo en cuenta que la sola realización de la acción descrita en el verbo típico por el agente consuma el evento, desentendiéndose de la producción de algún resultado distinguible de aquella en el tiempo o el espacio. A su vez, es un delito de comisión dado que requiere una actividad positiva por parte del sujeto activo, consistente en tener un arma. Se destaca también, que la debida autorización legal que exige la figura en cuestión y cuya omisión es también un requisito del tipo, no cambia tal configuración porque su materialidad se satisface con la primera. En este caso, la ley penal no obliga a realizar una conducta – cuyo incumplimiento sería punible (registro y licencia del arma) – sino que prohíbe tener un arma sin autorización.

La acción típica de la mera tenencia alude a que exista una relación especial entre la persona y el arma, que permita la libre disponibilidad de esta, en el sentido de que el agente pueda utilizarla voluntariamente conforme a su destino y función. Es decir, desde el punto de vista objetivo, el arma debe estar al alcance del sujeto, en un lugar físico en el que tenga poder de disposición.

B. Principales diferencias entre tenencia y portación de un arma

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, es fundamental establecer la diferenciación entre lo que es la “*tenencia*” ilegal y la “*portación*” también ilegal de un arma de fuego. Esta última es entendida como la acción de mover o trasladar el arma de un lugar a otro, siempre que esté lista y apta para disparar, lo que se refiere a una aptitud de uso inmediato. Ahora, el hecho de llevar un arma descargada de un lugar a otro no configura de por sí portación, siempre en la medida en que se transporte sin municiones.

En forma en general unánime la jurisprudencia acordó que se configura la tenencia de arma de fuego cuando la misma es hallada en el domicilio del imputado, y que portar un arma es trasladarla fuera del ámbito de resguardo en que se encontraba, con sus municiones cargadas (por todos, CN Crim. Y Corr. - Sala I, 24/09/02, “Rodríguez Miranda, César Gabriel”, causa 19.145).

Tipo Subjetivo

El delito de tenencia ilegal de arma de fuego se basa en una conducta dolosa que se configura en la medida en que se verifique la simple tenencia de un arma de uso civil o de guerra, juntamente con el hecho de saber que no se cuenta con la debida autorización legal, emitida por autoridad competente.

La tenencia a la que se refiere la figura del típica debe ser entendida como un elemento descriptivo del tipo; y, por ello es que se diferencia del concepto propio del Derecho Civil, que considera a la tenencia como la relación real con la cosa, en virtud de la cual una persona posee una cosa reconociendo la propiedad de la misma en otro sujeto. En este sentido, resulta trascendente destacar que no se debe confundir el *animus* con la relación real en sí misma,

con una determinada exigencia subjetiva distinta del dolo. La primera es la posición subjetiva de la persona a la que debe necesariamente unirse la condición material, de modo tal que nazca la figura de tenencia descripta por la legislación civil. Por lo tanto, el sujeto tiene materialmente la cosa - requisito objetivo -, pero reconoce efectivamente su propiedad en otro.

Ahora, la cuestión cambia cuando nos adentramos en el punto de vista de la ciencia penal. Para ésta, tener ya implica necesariamente esa relación subjetiva - objetiva, entre una persona y una cosa; lo que debe ser conocido previamente por el agente; es decir, debe saber que tiene el arma en su poder. Por lo expuesto, no está demás destacar que la figura en cuestión comprende tanto al que se comporta como dueño, así como también al que reconoce la propiedad en otro. Tal es así que no es exigible la condición de tener la cosa para sí, como tampoco lo es alguna motivación especial del autor; es decir que únicamente se precisa que el sujeto pueda disponer de la cosa en cualquier momento a su antojo.

De la Fuente y Salduna afirman que debe existir la voluntad de ejercer un poder sobre la cosa, lo que demostraría ineludiblemente el carácter doloso del delito y permite descartar el dolo eventual. Esto es así teniendo en cuenta que no alcanza con la duda, ni tampoco inclusive con que el autor asuma el riesgo de la presencia del arma en la medida en que no se cumpla con la exigencia subjetiva antes referida¹⁶.

El aspecto subjetivo reviste fundamental importancia, dado que para que se configure el tipo, no basta con que se tenga un contacto meramente fugaz con la cosa, sino que a su vez se exige al menos un mínimo ánimo de poseer; es así como, aquel se limita a revisar el arma, repararla, o a transmitirla inmediatamente a terceros, no puede decirse que sea tenedor. Sin embargo, otros autores como Creus y Buompadre, entienden que es posible que el elemento subjetivo sea abarcado por el dolo eventual, porque se puede dudar en el sentido de que para tener el arma se requiere de la autorización legal, y

¹⁶ Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., "Código Penal y Normas Complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial – Tomo VIII" – Ed. Hammurabi, pág. 247

no obstante esa duda, se puede omitir voluntariamente la observancia de dicho requisito.

Por otro lado, pongo de manifiesto que la simple tenencia de armas consiste en una tenencia sin que medie una finalidad específica; es decir, no se encuentra vinculada con la comisión o contribución a delitos contra la seguridad común, y, por lo tanto, se podría decir que no reviste una finalidad trascendente. D' Alessio explica que no es necesario ningún otro elemento subjetivo más allá del dolo del autor, ya que la norma únicamente hace referencia a la simple tenencia; a diferencia de lo que surge de la hipótesis del primer párrafo del art. 189 bis, en el que se dispone lo siguiente: "con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común".

En lo que respecta al error de tipo (contemplado en el art. 34 CP), la doctrina penal en su mayoría considera que el delito exige que el autor sepa qué es lo que tiene, es decir, que conozca de que se trata el objeto y que, a sabiendas de dicha circunstancia, quiera tenerlo, de modo que, consecuentemente, la tenencia debe ser consciente y voluntaria.

Por último, en cuanto a su vinculación con los conceptos de "*tentativa*" y "*consumación*", se puede decir que la doctrina, en su mayoría, entiende que el delito analizado en el presente trabajo, reviste el carácter de permanente; y, desde el punto de vista material, se trata de una infracción permanente, y no de efectos permanentes, dado que el bien jurídico protegido no es lesionado ni destruido en un instante, sino que, a partir del hecho de "*comenzar a tener*", la ofensa se extiende mientras se prolonga o dura la tenencia en sí misma. Por lo expuesto, solo cabe sanción en la medida que se verifique una tenencia actual o flagrante. La figura se consuma con la sola acción de tener el objeto sin contar con la debida autorización, o de seguir teniéndolo aun después de vencida la misma, siempre requiriéndose un tiempo mínimo de posesión - por lo que, se deduce que, no es suficiente la mere tenencia fugaz-. En definitiva, y por el solo hecho de entrar en la tenencia de carácter ilegal, el delito se consuma de manera instantánea, aunque su faz consumativa pueda extenderse en el tiempo.

En cuanto a la tentativa, cabe destacar que esta no es admitida, ya que, de lo contrario, su admisión implicaría la criminalización de un acto preparatorio del preparatorio.

Elemento normativo. Falta de autorización.

Tomando como punto de partida la dogmática penal, el tipo penal analizado, requiere para su configuración además de los tratados mencionados con anterioridad, la falta de autorización de la posesión, - como presupuesto necesario - emitida por autoridad competente.

La autorización para la tenencia, conocida popularmente como "*credencial*", debe ser expedida por la ANMAC (Agencia Nacional de Materiales Controlados), ex RENAR; de forma que tal que la autorización y la exhibición del documento de identidad del tenedor acreditarán esa circunstancia.

Podemos decir que media falta de autorización en los siguientes casos: Cuando no se la gestionó oportunamente ante el organismo antes referido, obviamente a través de la realización del trámite correspondiente que prevé la ley al efecto; cuando se la gestionó sin éxito; o incluso si dicha autorización se encuentra vencida o caduca, lo que opera luego del plazo de 5 años contados desde la fecha de su expedición. También puede suceder que se dicte una nueva reglamentación que exige nuevas condiciones, lo que produce como consecuencia que la autorización antes otorgada quede sin efecto y deba ser solicitada nuevamente.

Ahora, no obstante lo mencionado respecto al vencimiento de la autorización, cabe destacar que, se ha considerado que en el supuesto de que se trate de un legítimo usuario de arma de uso civil condicionado, en la medida en que el arma se halle desprovista de municiones, aun teniendo su habilitación vencida, este comportamiento es ajeno al ámbito de actuación del Derecho Penal, por lo tanto, resultaría atípico, independientemente de las posibles sanciones administrativas que puedan resultar de aplicación al caso concreto.

De Luca, sin restarle seriedad al planteo que ha permitido a muchos reconocidos autores afirmar que se trata de un delito de naturaleza mixta, - teniendo en cuenta que es considerado de comisión al exigir una conducta positiva (la tenencia), y al mismo tiempo, de omisión al imponer la obligatoriedad de la autorización -, estima que es un delito ordinario de comisión, dado que sostiene que el foco querido por el legislador, está puesto en la acción de “*tener*”, la cual no puede desprenderse de esta exigencia, que claramente configura una cualidad de dicha tenencia.

Algunos autores, por su parte, entienden que la autorización integra los elementos del tipo normativo; otros, la ven más bien como una remisión a la antijuridicidad. Ahora, siguiendo con esta última postura, se la ha tachado de redundante, teniendo en cuenta que el legislador no debe mencionar los requisitos básicos de toda figura delictiva en la descripción del precepto.

La Ley penal en blanco en relación con el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y de guerra

La acción típica descrita en los párrafos 4 y 5 el artículo 189 bis del Código Penal comprende para la teoría del delito una ley penal en blanco. Estas según Soler¹⁷, han sido definidas como aquellas disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido, y en las cuales queda definida con exactitud invariable la sanción. Es por ello que, necesariamente el precepto debe ser llenado con otra disposición legal o, en su defecto, por decretos o reglamentos a los cuales remita nuestra legislación penal. Estas disposiciones, en definitiva, son las que determinan el alcance del ilícito que se pretende sancionar, ya que, en la ley, ese comportamiento está establecido por una norma de carácter genérico.

En la materia que me ocupa, se suele hablar de leyes penales en blanco para referirse a determinados preceptos principales que, en casos puntuales y específicos, no expresan en forma completa los elementos del hecho tipificado, sino que nos remiten en forma ineludible a otro u otros

¹⁷ Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino – Tomo I” – Ed. TEA.

preceptos o disposiciones que van a servir para completar la determinación de esos elementos¹⁸.

Me parece pertinente hacer referencia al tópico de la ley penal en blanco, teniendo en cuenta que, tal como mencioné anteriormente, la conducta reprochada en el art 189 bis párrafos 4 y 5, hace alusión a los vocablos “*arma de fuego de uso civil*” y “*arma de guerra*”, sin indicar qué se debe entender cuando la ley penal emplea estas palabras. Frente a esta circunstancia es que, necesariamente, debemos acudir a otras normas para comprender el significado de estos términos y la razón de su empleo o inclusión en nuestra normativa.

La Ley Nacional de Armas y Explosivos, número 20.429 sancionada y promulgada el 21 de mayo de 1973, ha regulado toda actividad relativa al uso legal de las armas de fuego, su clasificación (de uso civil y de guerra), aquellos ciudadanos que pueden ser legítimos usuarios de armas de fuego, entre otras cuestiones vinculadas al tema. Dicha ley es complementada con el decreto reglamentario 395/1975, el cual define lo que es un arma de fuego y como éstas se clasifican¹⁹. Por último, resulta de bastante utilidad también para completar el precepto del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, el Decreto del poder Ejecutivo 821/1996 reforzando todo lo relativo a las definiciones taxativas de lo que se considera un arma de uso civil y un arma de uso civil condicional, también conocida como de guerra.

La definición legal de arma de fuego emana del artículo 3 inciso primero del Decreto 395/ 1975, que dispone lo siguiente: “*la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de la pólvora para lanzar un proyectil a distancia*”.

En primer lugar, es relevante mencionar que la categoría de armas de uso civil comprende: la pistola y revólver calibre 22, la pistola y el revólver calibre 25 (también conocido como calibre 6,35) y el revólver calibre 32. Por lo tanto, se puede decir que todos los pistolones quedan dentro de esta categoría.

¹⁸ García Arán, Mercedes “Remisiones normativas – leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”.

¹⁹ Namer, Sabrina E. “Tenencia y Portación de Armas de Fuego” – año 2007.

Cabe destacar, que se encuentran incluidas todas las armas largas siempre en caso de que sean calibre 22, dado que, si son superiores al mismo, ya no se hallan comprendidas en la misma y, por ende, van a ser consideradas de guerra, con excepción del calibre 22 mágnam. Ahora, para el caso de las escopetas, no importa tanto el calibre sino más bien el largo del cañón; por lo que, en caso de que el cañón sea de 60 centímetros o más, el arma es considerada de uso civil. Pero, en el supuesto en que sea menor a esa medida, la escopeta será de guerra. Esta distinción se debe a que, si el largo del cañón es mayor, se asocia a actividades deportivas, en cambio, si el largo del cañón es menor, se entiende que se halla vinculada a ciertas actividades delictivas. Por la razón expuesta, están prohibidas las escopetas con un largo inferior a 38 centímetros.

Por otro lado, con respecto a las armas de guerra, también conocidas como armas de uso civil condicional, quedan comprendidas dentro de esta categoría; la pistola calibre 32, las armas calibre 38, las 9 milímetros, las armas calibre 40, las armas calibre 44 magnum, las armas calibre 45 y las armas calibre 357 magnum²⁰.

A modo de resumen, la distinción entre un arma de guerra y una de uso civil se puede expresar de la siguiente manera: son armas de uso civil todas aquellas que sean inferiores al calibre 32, y son armas de guerra todas las calibre 32 o superiores a este.

Principio de lesividad

El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional, establece el límite material más importante que nos impone nuestra ley suprema frente al poder punitivo del Estado, y esto abarca no solamente al poder criminalizante primario y secundario, sino también a la injerencia coactiva del Estado en general; es por ello que dispone lo siguiente: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la*

²⁰ Namer, Sabrina E. “Tenencia y Portación de Armas de Fuego” – año 2007.

autoridad de los magistrados”. Entre sus principales consecuencias puede puntualizarse, por un lado, que el Estado no puede establecer una moral, sino que, en su lugar debe garantizar un ámbito de libertad moral; a su vez, es importante destacar que las penas no pueden recaer sobre las acciones que son consecuencia del ejercicio de esa libertad. Como corolario de lo expuesto y siguiendo los lineamientos de este principio, se pone de manifiesto que no puede haber delito que no reconozca como soporte factico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos y que, por lo tanto, las acciones que no lesionan a ningún otro se hallan fuera de toda injerencia estatal. Este principio exige, entonces, que en todo delito haya un bien jurídico lesionado.

Lo antes expresado, demuestra que mientras no haya una lesión no hay un conflicto, y que mientras no haya un conflicto no puede haber tampoco un delito, por lo que sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse.

Por lo tanto, resulta inadmisibles que alguien pretenda imponer penas cuando no haya un derecho de un tercero que se encuentra afectado, dado que con ello no solo estaría lesionado el derecho del sancionado, sino también el del resto de los individuos, al transformar, consecuentemente, el modelo de Estado que nos rige; es por ello que, una ley o una sentencia que pretenda imponer pautas morales, castigando un hecho que no lesiona ni tampoco pone en peligro a un derecho ajeno, es manifiestamente ilícita y su antijuridicidad va a afectar a todos los que se benefician o pueden beneficiarse del respeto del ámbito de la autonomía moral que establece la Constitución. Esto significa que estaríamos frente a un acto que lesiona o infringe el modelo de Estado de derecho por el que ha optado nuestra ley suprema mucho tiempo atrás que, sin duda alguna, engloba un derecho que es propio de todos los habitantes.

Este principio también es conocido como de “*ofensividad*” y establece que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no exista por lo menos un conflicto de carácter jurídico, entendido éste como la afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, ya sea de carácter individual o colectivo.

Tarditti y De la Rúa hacen referencia a ciertos límites que son impuestos al poder represivo propio del Estado, y sostienen que se trata de límites que derivan de una combinación de principios según los cuales únicamente el hombre que realiza una conducta externa que afecte a un bien jurídico amparado por el Derecho puede ser castigado.

A su vez consideran que dentro del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional se pueden destacar acciones diferenciadas que podrían generar cierta confusión en el lector, y éstas son las acciones privadas y las no privadas. Su distinción es fundamental dado que una vez fuera del ámbito de privacidad que delimita el artículo en cuestión, el resto de las conductas se hallan abarcadas por otro principio, y consisten en la necesidad de que medie afectación a un bien jurídico.

En lo que respecta a la racionalidad o lesividad vinculada a ciertos bienes jurídicos en el ámbito de las acciones no privadas, se puede decir que el artículo analizado permite considerar que únicamente aquellas acciones que atenten contra el orden y la moral pública, o perjudiquen a un tercero, pueden ser penalizadas. En este caso, dicha limitación apunta a las acciones que no son privadas, con el objeto de resguardar la racionalidad del sistema penal.

Desde un punto de vista formal, la esencia de una norma penal reside en que se impone una pena como consecuencia de una conducta reprochable. Y, en un Estado democrático de derecho, para que ello ocurra es necesario que esa conducta afecte (a través de las figuras de daño o peligro) un bien jurídico reconocido en el marco constitucional.

Planteo del problema en relación con el delito objeto de análisis

Frente a todo ello se presenta el siguiente interrogante: sancionar la tenencia ilegal de arma de fuego, teniendo en cuenta el principio de lesividad que emana del artículo 19 de la ley suprema, desarrollado ut supra ¿no importaría un castigo de un hecho que no afecta a terceros, no lesiona ni pelagra derechos ajenos y no perjudica la organización del sistema social, y por lo tanto, se podría predicar su inconstitucionalidad?

Para responder este interrogante, en primer lugar, deberá definirse si puede lograrse una interpretación del tipo penal que resulte compatible con el ordenamiento jurídico constitucional; ahora, este objetivo no es fácil de determinar, dado que, así como resulta evidente por una parte que la conducta puede dar comienzo a un curso causal peligroso, por otro lado, también es evidente que la realización del peligro solo es inminente por hechos que quizá no hayan sido comenzados a ejecutar o ni siquiera ideados aun, y que no pueden valorarse como una perturbación extrema.

Sin embargo, se reconoce que determinados elementos no pueden ser utilizados en forma privada con fines lícitos, o solo en ocasiones puntuales, dado que son prototipos de instrumentos de delitos, y les es inherente cierta potencialidad lesiva. En virtud de lo expuesto, Dropulich entiende que la tenencia de arma constituye un comportamiento que, sin consideración de los planes que tenga el autor, el Estado se encuentra habilitado para penalizar en la medida de su abstracta peligrosidad, de modo que la legitimidad de la incriminación, aunque resulte precaria, puede ser afirmada.

En este aspecto, destaco la opinión de Blasco Fernández de Moreda, quien considera que los delitos de tenencia, tratándose de delitos de peligro, se caracterizan por el ataque a la seguridad pública, independientemente de que también se verifique una lesión real y efectiva de alguna manera a otros bienes jurídicos (en general se los pone en peligro).

En la tenencia de arma de fuego, al ser un delito de peligro abstracto, el peligro no integra el tipo; pero, a fin de proteger la seguridad pública, el legislador consideró conveniente legislarlo por ser peligrosa para los bienes jurídicos tutelados. El peligro no debe probarse, ya que es presupuesto por la ley como atentatorio contra la seguridad pública, provocándole una lesión o también poniéndola en peligro. Esta presunción legal es *iuris tantum*, y la prueba de que en el caso concreto no se ha dañado ni puesto en peligro dicho bien jurídico hará caer, siempre que existan fundamentos, la procedencia del castigo.

A modo de síntesis, este problema se reduce a aceptar que se trata de una conducta peligrosa, pero que tiene relación con el bien jurídico, de manera tal que, si se demuestra que no puede haber ninguna vinculación con ese interés preservado, la conducta debe ser impune.

Prueba de la aptitud del arma y la presunción de peligrosidad

Zaffaroni considera que en verdad no se puede hablar de tipos de peligro concreto y abstracto, sino únicamente tipos en los que se exige la efectiva prueba del peligro corrido por el bien jurídico; en estos casos hay una suerte de inversión de la carga de la prueba, teniendo en cuenta que, una vez realizada la conducta, se presume el peligro hasta que se pruebe lo contrario, lo que deberá ser necesariamente acreditado por el acusado. A su vez, estima que se trataría de una clasificación que reviste importancia desde el punto de vista procesal, más que del Derecho Penal de fondo. Se destaca que únicamente tendrá relevancia procesal, aquella situación en que la posibilidad de peligro nunca se hubiera podido concretar, por ejemplo: cuando el arma no es apta para el disparo.

En el campo del Derecho Procesal, la prueba de esta clase de delitos se agota con la demostración de la acción típica, lo que implica o satisface su carácter peligroso, según ha entendido el legislador. Ahora, no se trata de una presunción procesal, dado que no hay causalidad alguna que deba ser acreditada.

Lo antes expuesto plantea el problema en torno a la constitucionalidad de este tipo de incriminaciones, ya que no se requiere la comprobación respecto de la idoneidad de una determinada acción para generar el peligro que la ley pretende evitar o su subsistencia en el tiempo.

De la Fuente y Salduna, por su parte, entienden que, en el ámbito de aplicación de un Derecho Penal Liberal, - en el cual rige el principio de lesividad -, no será legítima la imposición de una pena en la medida en que al menos no se verifique la presencia de una acción considerada peligrosa. Por lo tanto, si no existe – al menos desde el punto de vista ex ante – riesgo alguno de afectación del bien jurídico, este adelantamiento de la punición resultaría

excesivo si alcanzara conductas no peligrosas, lo que contradice los postulados del principio constitucional antes referido. A la luz de este principio, los delitos considerados como de “*peligro abstracto*” deben ser entendidos como ilícitos de peligrosidad, en el sentido de que se exige, al menos, la demostración de una conducta que sea objetivamente peligrosa desde el punto de vista *ex ante*. Dichas figuras no pueden ser concebidas como meros delitos formales, dado que se configuran aun en los supuestos en que no hay relación alguna entre la conducta llevada a cabo por el autor y el bien jurídico tutelado. Frente a esto, es importante recordar que la aplicación de estos tipos penales debe ser respetuosa de ciertos límites, y aunque se trate de delitos cuyo peligro es abstracto, la vinculación con el bien jurídico necesariamente debe producirse; en otras palabras, resulta preciso verificar la presencia de una acción objetivamente riesgosa por parte del autor del hecho.

Esta problemática que se ha generado en torno a los delitos de posesión también fue abordada por Amoroso. A su entender, el núcleo de la cuestión gira en relación con la ubicación que tiene dentro del sistema el tipo penal en el que debería encuadrarse al supuesto de armas descargadas (dentro de los delitos de peligro). De lo que se trata, en definitiva, es de precisar el alcance de la figura objeto de análisis, tomando como punto de partida el principio de lesividad que establece nuestra Ley Suprema.

La realidad es que en la figura analizada lo que se discute es la existencia de peligro para el bien jurídico preservado – seguridad pública -, que el legislador ha identificado dadas las particularidades de la relación que une al sujeto activo con el objeto riesgoso o el peligro. Lo que hay que decidir es si para la configuración de este hecho es necesaria la prueba del riesgo hacia el bien tutelado, dado que aun cuando ello podría llevarnos a una suerte de “*conversión*” de los delitos de peligro abstracto en figuras de peligro concreto, esta sería la solución más acorde y beneficiosa a la luz del precepto constitucional analizado.

El autor citado estima posible afirmar que el delito de tenencia ilegal de arma de fuego cuenta con los elementos objetivos suficientes como para ser interpretado como un ilícito superior del test de lesividad y de acuerdo al

artículo 19 del texto de la Constitución Nacional. Lo que se debe es resolver el interrogante que se plantea en torno a si este delito configura un ilícito en el que se presume la peligrosidad o si debe interpretárselo verificando un conocimiento anticipado objetivo del riesgo lesivo al bien jurídico de que se trate. Por lo expuesto, desde esta perspectiva, el arma de fuego debe resultar apta para su función, pero, como se inclina por la postura sobre la verificación del riesgo *ex ante*, esto le permite establecer ciertos estándares prácticos de lesividad en relación con la tenencia: resultaría lógico afirmar que si se define a la tenencia de arma de fuego haciendo referencia a que el autor la utiliza de forma voluntaria de acuerdo a su destino y función, ese objeto debe poseer la aptitud propia para producir el disparo (como requisito *sine qua non* de la tipicidad). Y, no resultaría posible la configuración de la ilicitud si el riesgo – *ex ante* – de afectación de ese interés tutelado desaparece; lo contrario vulneraría claramente los postulados del artículo 19 del texto constitucional. Ahora, resulta esencial la verificación acerca de si el arma de fuego carece de cartuchería para cumplimentar sus fines específicos, ya que dicho punto permite tomar en cuenta un abanico de hipótesis que generarán diversas conclusiones.

Hay ciertas circunstancias en que, si bien se configura la conducta contemplada en el artículo 189 bis párrafo 4 y 5, esta no resulta punible por no afectar, ni lesionar ningún bien jurídico, como la seguridad pública; por ejemplo, como se verá a continuación, tenencia ilegal de arma de fuego pero sin municiones, arma inidónea, credencial vencida, etc. Se puede observar, como veremos a continuación, que existe una jurisprudencia dividida en la materia.

A) Arma descargada: cabe aclarar que, ante este supuesto, la jurisprudencia se halla dividida, teniendo en cuenta que en ciertos casos se ha considerado al hecho como típico, partiendo de que se trata de un delito de peligro abstracto que se consuma con la mera peligrosidad general que provoca, sin tomar en cuenta si está cargada o no el arma. Algunos de ellos: - C.N. Casación Penal, Sala I, 23/04/2002, “Roldán, Gustavo”, L.L. 2002 -F-59; - ídem Sala IV, 20/12/2001,

“Rodríguez, Raúl Oscar”, J.P.B.A. 120- 125; L.L. 2002-D-87; ídem Tribunal de Casación Penal de Bs.As., Sala II, 5/9/2002, “Mieres, J.R.”, J.P.B.A. 123-269; ídem CCC.Fed, Sala II, 17/6/1987, “Correa, Rubén”, JA 1989-I-621; ídem C.N.Crim. y Correc., Sala V, 17/8/2004, “Yamin, Daniel Eduardo”, J.P.B.A. 126-39; ídem Sala IV, 13/10/2000, “Vázquez, Jorge”; ídem Sala I, 26/3/2003, “Lanza, Germán”, L.L. 2004-A-86; ídem Sala V, 24/4/2003, “Zabala, Walter”; ídem Sala V, 27/11/2003, “Solari, Carlos Javier”; ídem CCC.Fed La Plata, Sala V, 7/8/1986, “Gómez, Manuel”, L.L. 1986-E-594). Así se ha dicho que *“...Es suficiente la comprobación de que el arma resultó apta para sus fines específicos para la configuración del art.189 bis, 4to párrafo, C.P., al tratarse la hipótesis delictiva de un delito de peligro abstracto, sin que el hecho de que estuviera descargada permita descartar dicha tipificación, toda vez que la ley no distingue ni exige tal circunstancia...”* (C.N.Crim. y Correc., Sala I, causa 18674, 17/7/2002, “D’Alessandro, Alejandro”).

Además, la CN. Crim y Corr., Sala V, en su fallo del 17/08/04 en la causa “Yamin, D.E.”, ha considerado que la sola circunstancia de hallarse descargada, en principio, no excluye la posibilidad de riesgo al bien tutelado. Distinto es el supuesto donde el artefacto no es apto para sus fines, donde no hay posibilidad alguna para afectar al bien protegido.

A su vez, se destaca que el arma descargada no pierde su condición de arma de guerra (CN. Cas. Penal, Sala I, 23/04/02, LL-2002-F-59).

Otro sector de la jurisprudencia, por su parte ha estimado atípica la tenencia ilegal de un arma descargada (C.N.Crim. y Correc., Sala I, 4/4/2001, “Rodríguez, Raúl”; ídem Sala VI, 28/4/2005, “Caparrós”, L.L. 2005-E-589, donde se secuestró debajo de la alfombra del asiento del acompañante de un rodado, un revolver sin municiones en su tambor, y se dictó un sobreseimiento argumentándose que *“...Si la razón de castigo de todo delito de peligro es su peligrosidad, siempre debe exigirse para su punición que no desaparezca en ellos todo peligro. Sostener el castigo por el sólo hecho de tener un arma descargada, no implica sino avanzar en un derecho penal de anónimo, vedado por nuestra Constitución...”*. En igual sentido se dijo que *“...La tenencia de un arma de guerra sin municiones resulta una conducta atípica... El revólver secuestrado, sin municiones en su tambor, no puso en peligro el bien jurídico protegido por la norma, es decir, la seguridad pública...”* (C.N.Crim. y Correc., Sala VI, causa 27.141, 2/6/2005, “Vargas Leis, Williams”). En su voto en disidencia en el caso (C.N.Crim. y Correc., Sala I, causa 18.674, 17/7/2002, “D’Alessandro, Alejandro”) dijo el Dr. Donna que *“El arma encontrada sin municiones en su recámara como en su cargador, no reúne los elementos del tipo penal previsto*

en el art. 189 bis 4to párrafo, C.P. No se advierte cual es el peligro al que presumiblemente expusieron a la seguridad pública...Si el autor ha tomado las previsiones del caso, a los efectos de estar a la peligrosidad del objeto, como bien afirma Roxin (Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Ed. Civitas, 1997, Traducción de la 2ª edición alemana, Tomo 1) no hay tipicidad objetiva ni subjetiva”.

B) Arma inidónea: la mayor parte de la jurisprudencia ha entendido como atípica a la tenencia ilegal de un arma que no es idónea para producir disparos, teniendo en cuenta que ello no afecta la seguridad común. Entre los precedentes más importantes sobre esta cuestión se destacan los siguientes: - C.N.Casación Penal, Sala IV, 20/12/2001, “Rodríguez, Raúl Oscar” del voto del Dr. Hornos; ídem Tribunal Casación Penal Buenos Aires, Sala II, 24/2/2004, “C.E.B.”; ídem C.N.Crim. y Correc., Sala I, 30/9/2003, “Noguera, Sandra Elizabeth”; ídem Sala V, 31/3/2005, “Arastua Muñoz”, J.P.B.A. 128-42; ídem Sala VI, causa 27.205, 6/7/2005, “Valles, Carlos Maximiliano”; ídem Tribunal Oral Criminal nro.1 de Necochea, 28/2/2000, “Gomez, Julián”, L.L.B.A. 2000-617; ídem C.C.C.Fed., Sala I, 2/10/1987, “Avati, Walter”), por eso es atípica y no constituye tenencia ilegal de arma de fuego la conducta de llevar un revolver descargado en el automóvil (C.N.Crim. y Correc., Sala VI, causa 26.382, 28/4/2005, “Caparros”). Con claridad se ha definido que *“...arma propia es algo que funciona, esto es, que dispara balas, de lo contrario, será otra cosa, pero no arma de fuego, aún para los delitos de peligro abstracto. La falta de aptitud del arma puede provenir de cualquier causa, ya sea por la ausencia de municiones, o por la inutilización o faltante de algunos de sus elementos o partes esenciales...”* (C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, causa 26.772, 12/8/2005, “López, Gustavo Gabriel”) fallo donde se trataba de un caso en la que había un arma descargada y sin martillo percutor, conducta que fue considerada atípica.

Se destaca que para que se configure el delito en cuestión es presupuesto necesario que el arma se encuentre en condiciones de ser utilizada, ya que sólo de este modo puede generarse un peligro para el bien jurídico tutelado. La aptitud para el disparo, así como la idoneidad para afectar el bien jurídico, constituyen presupuestos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han exigido para que se perfeccione el delito. Así podemos comprender la importancia que reviste la pericia técnica balística del arma en el proceso judicial a efectos de determinar dicha idoneidad.

En virtud de los postulados propios del principio constitucional de lesividad, es necesario que el arma se encuentre en condiciones de ser usada, de forma tal que no se configuraría el hecho típico cuando ésta no funciona o no resulta apta para el disparo. A su vez, Villada agrega que, también, debe gozar de cierto nivel de operatividad (perfecta o imperfecta) que sea conocida por el autor, ya que de lo contrario no representa un peligro para nada ni nadie. Se destaca que, si bien ese instrumento podría ser útil como medio intimidante para perpetrar eventualmente un delito como el de robo, amenazas o alguno similar, a los fines de la investigación, el arma necesariamente debe ser peligrosa *per se* al menos en forma potencial para la seguridad común. En definitiva, el nudo de la ilicitud radica en la conciencia de que se tiene un arma que resulta potencialmente peligrosa para terceros, violando el deber de contar con la autorización correspondiente emanada de autoridad competente. No en la mera tenencia de un arma, ya que, en el caso de tener autorización legal, el Estado y la ley considera que la tenencia no es peligrosa o, al menos, se encuentra dentro de la esfera del riesgo permitido. Ineludiblemente, debe tratarse de un arma que se halle en condición de ser disparada, aunque su funcionamiento pueda ser anómalo. Se pone de manifiesto que, habiendo el legislador optado por la tipificación de este delito de peligro abstracto, la peligrosidad para el bien jurídico es presumida *ex ante*; por lo tanto, si el objeto no resulta apto para poner en riesgo el bien jurídico, su mera tenencia debe ser excluida del ámbito de intervención del Derecho Penal. A efectos de determinar si el arma se encuentra en condiciones de ser utilizada, se debe realizar el peritaje correspondiente que dé cuenta que ésta es apta para el tiro, incluso en el supuesto de que su funcionamiento sea anormal. Ahora, si no funciona o no es apta, desaparece toda posibilidad de causar peligro, por lo que la conducta es atípica.

Luego, a efectos de acreditar la idoneidad, debe practicarse un examen balístico tendiente a demostrar que en el caso de que se trate se verifica un peligro para el bien jurídico tutelado. Es necesario que exista, tanto en el plano legislativo como en el judicial, una relación entre la acción y la puesta en peligro – por lo menos – de un bien jurídico, a fin de que se pueda castigar esa conducta con una pena. En base a lo expuesto, se cree que el legislador creó

esta figura tomando como punto de partida ciertos datos extraídos de la cotidianidad que la consideraron razonable para los resultados (sean estos concretos o abstractos) que se van a pretender evitar. Ahora, es el juzgador quien deberá determinar en cada caso que se someta a su análisis la efectiva realización de todos los elementos del tipo previstos por el legislador, de forma tal de poder descartar la tipicidad en aquellos supuestos en los cuales no se verifique la idoneidad para poner en peligro ese interés protegido; y esta podría ser entendida como la razón esencial por la que se exige una prueba de la aptitud del arma, lo que se realiza no con el objeto de establecer una relación causal entre la acción y el resultado, sino más bien para no incurrir en el castigo de una simple desobediencia a una manda estatal.

Pese a la posición mayoritaria, tenemos la opinión de Laje Anaya, quien considera que el arma puede ser idónea o inidónea e incluso absolutamente inidónea, y reviste esta calidad cuando ha sido inutilizada de manera permanente e irrevocable, aunque destaca que aun en este supuesto se precisa de la autorización.

A su vez, se argumentó, en miras de defender su tipicidad, que la configuración legal no exige más que un riesgo de carácter potencial para la seguridad común, y que además de la seguridad física, comprende el resguardo de todos los bienes restantes que son indefinidamente tomados en consideración. De este modo, inclusive la tenencia de un arma descargada o que no sea apta para producir disparos, reúne los presupuestos típicos determinados en el artículo 189 bis, párrafo cuarto del Código Penal. (Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala II, 30/06/03, "Coria, Roberto L."; ídem, Sala II, 05/09/02, "Mieres, J.R.").

C) Tenencia pretérita: a nivel jurisprudencialmente mayoritario, se ha sostenido que la tenencia debe ser actual, sin importar si aconteció alguna vez en el pasado. Se destacan los siguientes pronunciamientos:

- C.C.Fed., Sala II, 25/8/1980, "Mouriño", J.A. 1981-I-27; ídem Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, 6/6/2001, "Acosta, Martín E.", L.L.Córdoba 2002-

1076 fallo 517 S; ídem Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, 15/3/1999, "Torres, Javier R.", L.L.Córdoba 2000-650).

No obstante, otro sector jurisprudencial considera que la tenencia pretérita debe ser sancionada, ya que implica que alguna vez, - aunque sea en el pasado-, se puso en peligro el bien jurídico que se desea preservar. C.C.C.Fed, Sala II, 23/1/2003, "Iturrea, Héctor"; ídem C.C.C.Fed. San Martín, secretaría penal nro.1, 20/3/1990, "Insaurralde, Francisco"; ídem C.C.C.Fed. San Martín, Sala I, 21/9/2004, "Blumberg, Axel").

D) Credencial vencida: un sector de la jurisprudencia de nuestro país entendió que quien tiene un arma con su credencial de legítimo usuario vencida, incurre en el delito objeto de análisis("C.N.Crim. y Correc., Sala V, 27/5/2003, "Illanes, Martín Alejandro")

En sentido contrario, se ha sostenido en forma genérica que *"...Conforme lo previsto en el art.69 del decreto 395/75 reglamentario de la ley nacional de armas, es deber denunciar el vencimiento de la credencial de legítimo usuario de armas de fuego de uso civil condicional y de portación al Registro Nacional de Armas...Tal incumplimiento sólo configura la infracción administrativa prevista en el Art. 64 del decreto citado..."* (C.N.Crim. y Correc., Sala 5ª, 22/3/2006, causa 28.582, "Cosidoy Kohon, Daniel R.") y por ende no incurre en delito alguno quien tiene su credencial de legítimo usuario o de portación vencida. *"En ese sentido, luego de acreditada la calidad de legítimo usuario en el registro correspondiente, no obstante encontrarse vencida la autorización, no se advierte vulnerada la seguridad pública. Ello toda vez que la tenencia en estas condiciones constituye tan solo una infracción administrativa..."* .

E) Titular de una credencial de legítimo usuario (CLU) que posee en su domicilio armas todavía no registradas a su nombre: en este supuesto, únicamente incurre en una infracción administrativa – puntualmente al art. 64 del decreto 395/75- ante el RENAR, aquél titular de una credencial de legítimo usuario que posee en su domicilio armas de fuego que todavía no se encuentran registradas a su nombre ante dicho organismo (C.N.Crim. y Correc., Sala V, causa 33.228, 23/10/2007, "Labonia, Emilio José").

Para completar la reseña jurisprudencial sobre la materia, es sumamente ilustrativa la cita de fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal que se ocuparon de los delitos que aquí tratamos y de su vinculación con el art.19 constitucional.

Así, en el caso “**Martínez Franco**”, sentencia del 6 de octubre de 2020, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (integrada por los Jueces Jantus, Magariños y Huarte Petite), dijo que: “.... *El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 19 de la Ciudad resolvió condenar a Martínez Franco a la pena de tres años y nueve meses de prisión y accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves, abuso de arma de fuego y portación ilegítima de arma de guerra, todo ello en concurso real (arts. 12, 29 inc.3, 40, 41, 45, 55, 89, 104 y 189 bis inc.2, cuarto párrafo del Código Penal).*

El juez Huarte Petite dijo: I. Que al momento de decidir en autos, el Tribunal tuvo por acreditado lo siguiente: ‘... el día 1 de mayo de 2016, entre las 23 y las 24 hs, en la Tira 2 del Barrio Zavaleta de CABA, a la altura de la casa nro. 22, Martínez Franco le propinó un golpe de puño sobre el rostro a Leonardo Sebastián José Fleitas (vecino del barrio), ocasionándole un traumatismo leve a la altura de su ojo izquierdo. Acto seguido, una vez que el damnificado retornó a la vereda de su vivienda junto a su padre, el imputado se dirigió a la suya y al salir lo hizo portando indebidamente un arma de fuego, precisamente la pistola Gabilongo y Cía-Elgoibar “Llama Especial” nro. 277.660, calibre 7.65 de origen español, con la cual efectuó al menos dos disparos en dirección hacia Fleitas y su padre, sin provocarles lesión alguna....’.

Ante ello, la defensa de Martínez Franco interpuso recurso de casación contra el fallo condenatorio del Tribunal Oral, y entre otros planteos se objetó la subsunción del hecho en el delito de portación ilegal de arma de guerra, basándose en que no se había logrado demostrar que el

comportamiento llevado a cabo por el imputado se hubiera concretado fuera de su ámbito de reserva e intimidad. Consideraba que no podía descartarse que los disparos atribuidos a su cliente se hubiesen efectuado desde el interior de su vivienda, por lo que la calificación legal aplicable era la de tenencia ilegal de arma de fuego y no la de portación.

Sobre tal cuestión, el juez Huarte Petite dijo: “... entiendo que no se ha configurado en el sub lite el delito de portación de arma de fuego sin la debida autorización legal, sino que la figura que resulta ajustada al caso es la de tenencia ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, apartado 2, segundo párrafo).

Tal como lo he señalado al integrar el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº1 de esta ciudad, entre otras, en las causas nº 3554/3587/3590 caratulada: “**ROCCASALVO, Gastón y otro s/ robo y tenencia de arma de guerra**”, rta. 23.12.11, y nº 5064 caratulada “**Ledesma, Miguel Ángel s/ extorsión y otro**”, rta. 20.4.16 (en este caso junto a mi estimado colega Luis Salas), y también como miembro de esta Sala en los precedentes “**Elizabelar**” (reg. 885/18) y “**Rago**” (reg. 1607/19), la tenencia y/o portación de arma de fuego sin la debida autorización legal, afectarán el bien jurídico que se procura tutelar en tales casos, esto es, la seguridad pública, en la medida en que el peligro que de por sí representaría por regla general tales comportamientos para dicho bien jurídico (considerado en ese sentido por el legislador, y que por tanto justificó su incriminación), fuese además constatable en el caso particular.

Mucho se ha discutido acerca de la necesidad, por razones de índole constitucional (principio de lesividad –art. 19, CN), de que el peligro que, considerado en abstracto, implicaría la figura de portación o tenencia de arma de fuego, debiese verificarse a través de la acreditación de un peligro concreto, constatable o verificable, para las personas o para los bienes, dadas las circunstancias de hecho que toque valorar en cada caso.

En tal sentido, cabe dar aquí por reproducido también, en beneficio a la brevedad, lo señalado por el Sr. Juez Jantus en el acápite 2 de su voto en el precedente “**Díaz**” (Reg. nº 390/15, Sala III, rta. 1.9.15), al igual que lo dicho en el mismo pronunciamiento por el Sr. Juez Dias.

También sostuve en aquellos precedentes que el grado de concreción del peligro contra la seguridad pública contenido en los tipos penales de tenencia y portación de armas debe ser relevado por el juez en el caso puntual, para que no se vean afectados los principios de lesividad, legalidad y culpabilidad, pues “si la razón del castigo de todo delito de peligro es su peligrosidad, siempre deberá exigirse para su punición, que no desaparezca ese peligro puesto que, sostener lo contrario, implicaría avanzar en un derecho penal de ánimo, vedado por la Constitución Nacional” (CNCrim. y Corr., Sala VI, 28/4/05, “**Caparrós s/Procesamiento**”, L.L. 2005-E-589).

Cabe también reproducir, en lo que aquí interesa, lo señalado por el Juez Lorenzetti en los considerandos 13 y 14 de su voto en el precedente “**Arriola**” (Fallos: 332:1963), pues si bien allí la Corte se pronunció sobre la (in)constitucionalidad (con base en su eventual vulneración de lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional), de la prohibición y consecuente punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, fijó una línea para la interpretación de los delitos de peligro abstracto que resulta similar a la sustentada por el suscripto. Se dijo allí:

“...13) Que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional).

Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, ‘Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil’, México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues ‘aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor’ (Locke, John, ‘Segundo Tratado sobre el gobierno civil’, capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990).

Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 4º y 5º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad.

Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta.

El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados ‘de peligro abstracto’....

14) ...En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva...”.

Sentado ello, debe decirse que es prácticamente unánime el criterio jurisprudencial, que se comparte, en orden a que porta un arma de fuego quien la mantiene corporalmente en su poder, en lugares públicos y en condiciones de uso inmediato (conf. los numerosos fallos mencionados en la entrega temática sobre “Tenencia y Portación de Armas de Fuego”, elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, agosto de 2007, jurisprudencia pacífica también a la fecha).

En tal inteligencia, si bien toda portación implica de por sí una tenencia, esta última no conduce de por sí a considerar una portación.

La primera conducta contiene un “plus” en relación a la segunda, pues significa no sólo “tener” el arma sino, además y como ya se dijo, llevarla en lugares públicos y en condiciones de uso inmediato, lo que supone un incremento del peligro para el bien jurídico tutelado, a consecuencia del cual, el legislador prevé, a su vez, una sanción más gravosa.

Yendo ahora al caso de autos, como ya se dijo, el bien jurídico protegido por el tipo de portación ilegal de arma de fuego es la seguridad pública o común, entendiéndose por esta última una situación real o de hecho en que la integridad de las personas y de los bienes (en tanto integrantes o pertenecientes a una comunidad o colectividad), se halle exenta de soportar situaciones de peligro que la amenacen. (por todos, Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág. 1, 4ta. edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1993).

Se procura así, mediante la amenaza de una sanción penal, proteger personas y bienes en principio indeterminados, pero que pueden llegar a ser afectados, potencialmente, por acciones como la aquí tratada, y para cada supuesto deberá analizarse, como ya se dijo, si ese riesgo de afectación existió efectivamente.

Algunos autores han indicado al respecto, en la misma línea, que “estos delitos debieron ser incluidos en el título VIII de delitos contra el orden o la tranquilidad pública, por ser éste el bien jurídico tutelado que se adapta a las situaciones descritas que se vería afectado por la específica repercusión en el ánimo de los individuos que forman la sociedad ante la presencia de sujetos armados que se desplazan libremente en su seno” (Figari, Rubén – Bailone, Matías, Delitos contra la seguridad pública, Mediterranea, Córdoba, 2007, p. 259/260, nota 5).

Sobre esa base, considero que la conducta desplegada por Martínez Franco, de acuerdo a las particulares circunstancias que la rodearon, no ha excedido el riesgo propio de la tenencia ilegítima por su parte del arma en

cuestión (comportamiento éste que sí corresponde atribuirle, según se verá más adelante), por lo cual no puede concluirse en que se hubiesen verificado en el caso los extremos del delito de portación ilegítima del mismo objeto.

En efecto, tanto Leonardo Fleitas como su padre, José Rafael, fueron contestes en cuanto a que luego de golpear al primero, el acusado regresó a su domicilio en busca del arma; en consecuencia, es claro que al momento en que realizó aquel comportamiento no la llevaba consigo.

También explicó Rafael Fleitas, que el imputado efectuó los disparos apenas salió, e inmediatamente volvió a ingresar en su vivienda donde fue hallado por el gendarme Ferreyra al momento de su intervención.

Ello se ve reforzado si se tiene en cuenta que conforme lo relató dicho preventor y surge del informe de inspección ocular obrante a fs.105/111vta., la vaina incautada fue encontrada justo frente a la puerta de aquel inmueble.

A dichas circunstancias, se suma que los hechos ocurrieron dentro de un espacio muy reducido, pues tuvieron lugar en un angosto pasaje del barrio de emergencia denominado “Villa Zabaleta”, y además, la vivienda de Martínez Franco se ubica prácticamente frente a la de sus víctimas.

Al respecto resulta sumamente ilustrativo el informe de inspección ocular ya mencionado, y también el testimonio del preventor Ferreyra, quien explicó en lo atinente a la forma de llegar desde su lugar de trabajo al escenario de los hechos: “...que ellos del puesto que vendría a estar sobre una Avenida ingresaron por un pasillito, que le dicen el ‘pasillo de la muerte’ porque es chiquito, entra una persona de ida una de vuelta y hasta ahí nomás, y sale sobre el pasaje, que es un poquito más abierto, hay casas de enfrente y del otro lado...” (ver fs. 354).

En tales condiciones, tanto la escasa distancia recorrida por el imputado en poder del arma, como la fugacidad con que ello ocurrió, impiden sostener que dicha conducta hubiese implicado un “plus” en el peligro para el bien jurídico “seguridad pública” que se encuentra contemplado en el tipo penal de portación ilegal de arma de guerra.

No puede hablarse entonces que, en el caso, se hubiese verificado un supuesto de “portación” pues la permanencia del imputado con un arma de fuego en su poder en la vía pública, cargada y apta para el disparo, tuvo lugar,

a todo evento, por escasos instantes, existiendo además firmes indicios, derivados de los dichos de las propias víctimas y del lugar en que fue hallada una vaina servida correspondiente al citado objeto, en orden a que ni siquiera habría transpuesto el umbral de su vivienda con ella en su poder, situación de incertidumbre al respecto que debe resolverse en su favor (art. 3, CPPN).

De esta manera, sólo cabe atribuir a Martínez Franco la tenencia ilegítima, en el ámbito de su hogar, del arma de marras, extremo que se halla acreditado conforme a los elementos que, esta vez sí, consideró correctamente el tribunal de grado, como la incautación de aquella en su domicilio, la peritación que se practicó sobre la misma y la carencia de autorización del imputado para tenerla consigo ...”.

Así las cosas, en el citado precedente se resolvió: “... Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, casar la resolución impugnada y establecer los hechos por los cuales Martínez Franco fue condenado, los que resultan constitutivos de los delitos de lesiones leves en grado de tentativa, abuso de arma de fuego y tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal en concurso real entre sí y en calidad de autor penalmente responsable.”²¹

Por mi parte, comparto la calificación legal a la que arribaron los jueces, teniendo en cuenta que el imputado regresó a su domicilio luego de efectuar un golpe de puño a la víctima; lo que hace pensar que, al momento de la agresión, no estaba portando el arma. El hecho de que los disparos fueron efectuados desde su propiedad, hace que la subsunción típica no pueda ser otra que la tenencia ilegal de arma de fuego teniendo en consideración que no se desplazó de un lugar público a otro con el arma encima.

En lo que respecta al principio de lesividad, entiendo que la tenencia debe ser necesariamente castigada, teniendo en cuenta que se generó un peligro concreto para la vida de esas dos personas, considerando que el imputado disparó su arma contra los vecinos y su propiedad. Mas allá de que ese accionar configure el delito de abuso de arma de fuego, considero que,

²¹ CNC Crim Corr., Sala III, “Martínez Franco, Faustino s/disparo de arma de fuego, etc”, CCC 32106/2016/TO1/CNC2, 06/10/20.

para llevar a cabo su cometido, era imprescindible contar con el arma en los momentos previos, circunstancia por la cual creo que debe castigarse la referida tenencia.

Otro precedente que cabe mencionar es “**Echeverría**”, de la misma Sala, del 15 de abril de 2021. Allí el tribunal de juicio había resuelto “... condenar a José Oscar Echeverría a la pena de 3 años de prisión en suspenso y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas coactivas por el uso de arma, en concurso real con el de portación de arma de fuego de uso civil condicional sin la debida autorización legal, atenuada por las circunstancias del hecho y sus condiciones personales, resultando evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos ...”.

Al emitir su voto el juez Alberto J. Huarte Petite dijo que: “... Al momento de decidir, el Tribunal tuvo por acreditado que ‘... el 16 de noviembre de 2016, alrededor de las 21 hs, en oportunidad en que el damnificado Damián Di Marco Berardino, tras haber circulado en bicicleta por la vereda de la Av. Rivadavia al 7600, y habiéndola dejado en un garaje, se dirigió al kiosco ubicado en dicha avenida (al 7662), oportunidad en que Echeverría comenzó a insultarlo, para luego espetarle: ‘la concha de tu madre, volvés a pasar por acá te mato y te tiro en medio de la calle’, exhibiendo un arma de fuego. Al temer por su integridad, Di Marco empujó al imputado y se largó a correr por la Av. Rivadavia, doblando en la calle Portela y al llegar a la altura catastral nro. 73 dio aviso al Cabo primero, Omar Macia, quien se dirigió hacia la intersección, divisando al procesado, y lo detuvo tras una breve persecución, procediendo a secuestrar una pistola semiautomática de simple y doble acción, calibre 9mm Luger marca Taurus, modelo PT 92 AF, numeración serial TOE 86701 con cargador colocado y con 15 cartuchos de bala del mismo calibre y funda de color negra, de la cintura del mismo. El arma no se encontraba registrada ante las autoridades competentes y la portaba sin la debida autorización legal ...”.

La defensa interpuso recurso de casación contra el fallo. En esa línea, aseguró que al no haberse practicado pericia sobre las balas secuestradas el día del hecho, no podía afirmarse que el arma estuviera en condiciones de ser

disparada y, entonces, no se había demostrado la afectación a la seguridad pública requerida por el tipo penal. Esa circunstancia también impedía tener por configurados los delitos de tenencia ilegítima de aquel elemento y de amenazas coactivas agravadas por su utilización.

De acuerdo con el magistrado de mención, le asistía razón a la defensa en cuanto a que la falta de peritación de los proyectiles secuestrados en lo relativo a su aptitud para el disparo impedía tener por configurado el delito referido, por lo que la figura que resultaría ajustada al caso es la de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal (art. 189 bis, apartado 2, segundo párrafo CP).

Así, luego de reiterar conceptos que ya hemos reproducido en el precedente “**Martínez Franco**” relativos a los delitos de portación y tenencia ilegítima de armas de fuego y a la incidencia que para cada caso debía asignarse a la afectación, en concreto, del bien jurídico que los tipos penales respectivos procuraban proteger (la seguridad pública), en razón de los principios de legalidad, culpabilidad y, en particular, de lesividad, el juez Huarte Petite consideró que “... 1. *la falta de peritación de los proyectiles incautados, impide encuadrar la conducta reprochada a Echeverría en la figura de portación ilegal de arma de fuego, pues debido a esa omisión, no puede tenerse por acreditado –fuera de toda duda razonable-, que dicho artefacto se hubiese encontrado en condiciones de uso inmediato.*

De esta manera, debiendo descartarse ... que el arma que Echeverría llevaba consigo al momento del hecho, en las circunstancias concretas del caso, se encontrara en condiciones de uso inmediato, no puede considerarse que su comportamiento pudiese adecuarse al delito de portación del objeto en cuestión.

2. Cabe preguntarse de todas formas si la conducta atribuida resulta, en definitiva, impune, pues la defensa alegó al respecto que las circunstancias apuntadas permitían concluir, igualmente, en la atipicidad de la acción aquí analizada.

En esa línea, citó diversa doctrina y jurisprudencia de este y otros tribunales que consideró aplicable, y afirmó que no se había constatado en el caso la existencia de un peligro para las personas o los bienes derivado, ya no de la portación, sino de la mera tenencia del arma incautada, por lo que correspondía la absolución de su asistido.

Sin embargo, a la luz de un análisis de las circunstancias que rodearon el caso en particular, considero que dicho planteo no puede prosperar.

En efecto, y como ya se dijo, en el sub lite se acreditó que el imputado Echeverría llevaba consigo, al ser detenido, una pistola calibre 9x19mm, apta para el disparo y de funcionamiento normal, sin estar registrado como legítimo usuario en ninguna de las categorías.

También se comprobó que dicha arma se encontraba cargada con quince cartuchos a bala, que si bien no fueron peritados en cuanto a su aptitud para el disparo (lo que condujo a descartar la figura de portación), si resultaron compatibles con la pistola incautada.

A su vez se determinó que aun cuando la mayoría de aquellos (once), presentaban su cápsula fulminante no intacta (circunstancia no debidamente aclarada en el informe que, como se dijo, no posibilita afirmar fuera de toda duda su aptitud para ser disparados), los restantes cuatro no presentaban ninguna circunstancia adicional en particular.

Se tuvo por acreditado además, que lejos de encontrarse a resguardo en su domicilio, o siquiera en el interior de un automóvil, el imputado llevaba el arma consigo en la vía pública, en una zona de nuestra ciudad con apreciable densidad de población (tal como él mismo advirtió al denunciante al reprocharle la velocidad a la que conducía su bicicleta), y que no dudó en exhibirla, desde su cintura, ante un insignificante altercado verbal.

Tales especiales circunstancias, razonablemente apreciadas, posibilitan concluir sin dudas en que su comportamiento generó un peligro concreto y constatable para el bien jurídico involucrado en el tipo penal en juego, pero dadas las peculiaridades del caso, no el peligro propio del delito de portación de un arma semejante, sino el generado por la simple tenencia de ella.

Esto es, entiendo claro que no puede concluirse en que, dado la acción atribuida al imputado, se hubiese mantenido incólume la situación de seguridad

común o pública antes referida, pues el principio de lesividad de rango constitucional no exige que esa potencial lesión a bienes o personas sea inmediata o fatal, sino sólo que el riesgo generado por aquella conducta pudiese concretarse.

Y nadie puede razonablemente dudar que en el sub lite ese riesgo se configuró por cuanto la conducta analizada, en las particulares condiciones de hecho reseñadas, conlleva el peligro cierto de lesión efectiva de bienes o personas indeterminadas, por la posibilidad de que, en el momento captado en este proceso, o en otro inmediatamente posterior, se hubiese empleado el arma de forma contraria a las normas.

Con tal base, no puede predicarse que en el caso de autos sólo se hubiese verificado una situación propia de un delito de “peligro de peligro” (írrito del principio de lesividad), lo que conduce a descartar este tramo del planteo de la recurrente.

Por lo expuesto, cabe subsumir el comportamiento atribuido al nombrado en la tenencia ilegítima del objeto en cuestión, extremo que se halla acreditado, además, en virtud de los elementos valorados por el tribunal de grado (si bien en relación a la subsunción típica que escogió), esto es, la incautación de aquella en su poder, la peritación que se practicó sobre la misma (que determinó que era “APTA PARA EL TIRO Y DE FUNCIONAMIENTO, NORMAL”), la carencia de autorización del imputado para tenerla consigo según lo informado por los organismos respectivos, y por último, el reconocimiento expreso de esta última cuestión que aquél efectuara en su declaración indagatoria.

En virtud de todo lo expuesto, corresponde casar la resolución impugnada en cuanto a este punto, y declarar que la conducta desplegada por Echeverría en lo relativo al análisis efectuado en este acápite, resultó constitutiva del delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal (art. 189 bis, apartado 2, segundo párrafo, CP) ...”.

Por su parte, el juez Jantus sostuvo que disentía con las razones vinculadas al encuadre jurídico del caso, y toda vez que las municiones cargadas en el arma incautada en poder del imputado no habían sido peritadas de modo de comprobarse su idoneidad para sus fines específicos, señaló así

que "...conforme he sostenido en las causas "Díaz" (Reg. n° 390/2015); "Duarte" (Reg. n° 447/2015); "Ontiveros" (Reg. n°631/2015) y "Soria" (Reg. n° 124 bis/2016) de esta Sala, considero que la tipicidad objetiva del delito de tenencia o portación ilegítima también requiere, entre otras cuestiones, de un arma de fuego cargada y apta para su funcionamiento, en los términos mencionados.

En la medida en la que, como se mencionó, no se comprobó en este caso que esos requisitos del tipo penal se encuentren reunidos sino que, por el contrario, se verifica una situación de incertidumbre que debe ser ponderada en su favor, tampoco corresponde la aplicación de esa figura; pues requiere la constatación de la conducta de portación o tenencia de un arma de fuego a la cual le resulte imputable objetivamente la realización de un peligro concreto para la seguridad pública, ya que sólo partiendo de esa premisa pueden superarse las razonables objeciones constitucionales que presentan los delitos de peligro abstracto (cf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 469 y ss.).

Es absolutamente claro, a mi modo de ver, que únicamente resulta típica objetivamente una conducta cuando ha superado el límite que impone al legislador el art. 19 de la Carta Magna, es decir, cuando se ha demostrado que mediante esa conducta se ha afectado o podido afectar concretamente los derechos de otro, sin que resulte válida una presunción iure et de iure en este sentido.

De acuerdo a las circunstancias del caso, esto no ha ocurrido; no se ha acreditado la aptitud de los proyectiles secuestrados; y por ende, tampoco puede darse por comprobado que el imputado ha sido aprehendido en posesión de un arma de fuego con las características que, desde mi punto de vista, exige el tipo objetivo del art. 189 bis CP.

La posesión de un arma de fuego cargada hubiese justificado, en su caso, la imputación del delito de portación ilegítima de aquella, y no de tenencia. El hecho de que no se hayan peritado las balas no transforma en primero en el segundo, sino en una conducta atípica, puesto que lo que distingue a las figuras no es el hecho de que esté cargada o no –ya que las dos requieren de un "arma de fuego" con los alcances mencionados–, sino las

circunstancias de esa posesión: en un lugar público y con acceso inmediato al arma (portación); o sin esas condiciones (tenencia). Pero siempre, reitero, hace falta un arma cargada con balas idóneas para sus fines específicos ...”.

Por último, el juez Margariños dijo que: “... en punto a los agravios dirigidos a atacar la decisión recurrida respecto del sustrato fáctico calificado como portación de arma de fuego, comparto las consideraciones de Jantus, dado que tal como señalé en el precedente “Aguilera”, la conducta contemplada por el art. 189 bis, inciso 2, primer párrafo de la ley exige la acreditación de un arma de fuego, esto es, de un arma apta para sus fines específicos, de modo que al momento del hecho debe poseer aptitud de disparo, para lo cual es necesario no sólo un funcionamiento del elemento arma que así lo permita, sino que contenga munición en su interior que resulte apta para producir disparos. Esto no fue acreditado en el caso ya que no se peritó la munición, razón por la cual corresponde hacer lugar parcialmente al recurso y casar parcialmente la sentencia impugnada en este punto y, en consecuencia, absolver a Echeverría por el hecho calificado como portación de arma de uso civil condicional sin la debida autorización legal, atenuada por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor ...”²².

A modo de comentario acerca del fallo antes referido, coincido en parte con los argumentos del Dr. Huarte Petite en lo que respecta a la calificación legal. La circunstancia de que la carga de la prueba pertenezca al Ministerio Público Fiscal y que se haya practicado una peritación errónea sobre las municiones, impide tener por acreditado ese plus exigido por la portación de arma de fuego; es decir, esa condición de uso inmediato. Por lo expuesto, es que la conducta desplegada por el imputado debería, a todo evento, encuadrarse en el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, ante la falta de acreditación de esa condición de uso inmediato antes mencionada.

En el presente caso, la discusión versó sobre el delito de tenencia ilegal de arma de fuego y su vinculación con el principio de lesividad; y, dado que no se pudo comprobar la aptitud de las municiones, no es posible afirmar que la posesión del arma haya puesto en peligro la seguridad pública; por lo antes

²² CNC Crim Corr., Sala III, “ Echeverría, Jose Oscar S/amenazas”, CCC 69436/2016/TO1/CNC1, 15/04/21.

mencionado, es que debe absolverse al imputado por el delito atribuido. Así, queda demostrado que comparto la postura sentada por el Dr. Jantus en cuanto al respeto de la supremacía constitucional.

Completando la reseña de jurisprudencia del tribunal de mención, cabe ahora aludir al precedente “**Ontiveros**” del 9 de noviembre de 2015 de la misma Sala III, con integración parcialmente diferente. El imputado había sido condenado a la pena de un año y seis meses de prisión, multa de mil pesos y costas, por ser autor del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil.

La representación letrada de Ontiveros impugnó el pronunciamiento agregando que el hecho carecía de relevancia penal, pues tomando en cuenta que el arma de fuego secuestrada estaba descargada, no se puso en peligro el bien jurídico protegido (seguridad pública) y, desarrolló su posición vinculada a la dudosa constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto.

La Jueza Garrigós de Rébora sostuvo en lo que aquí interesa que: “... uno podría pensar que es sencillo, a la luz de esta concepción, identificar que entendemos por “arma”. Sin embargo, me pregunto si todos podríamos considerar que un arma de fuego sin percutor sigue siéndolo; o si lo es cuando también le falta el gatillo, o en el caso de un revolver si le faltara el tambor o el caño. En algún momento deja de ser “arma de fuego” para pasar a ser unas piezas de metal.

En este camino, la ley 20.429, que clasifica especialmente a las armas, no distingue el hecho de que algunas de ellas carezcan de los elementos que las habilitan a disparar, salvo la expresa alusión que hace, en sentido negativo, a las “piezas sueltas”.

Lo que sigue, entonces, es transpolar este concepto de arma de fuego, que está en el mismo cuerpo legal, al artículo 189 bis del Código Penal y como consecuencia, el arma de fuego, para ser tal deberá tener la posibilidad de causar un daño, lo que la califica como potencialmente peligrosa, pasible de lesionar bienes jurídicos ajenos. De este modo, se enmarca en la racionalidad de un Derecho Penal respetuoso de la normativa constitucional, eludiendo el

sesgo que permite considerar peligroso aquello que me provoca impresión de daño aun cuando no tenga la posibilidad de causarlo.

A mi modo de ver, la inclusión de las conductas descriptas en el tipo del art. 189 bis, inc. 2 del CP, en el catálogo de los delitos destinados a proteger la seguridad pública, se justifica únicamente en el aumento del poder ofensivo que al agente le proporciona el arma de fuego, ya que, en caso contrario, sería irrazonable la prohibición si dicho artefacto no es susceptible de provocar una alteración lesiva en el mundo jurídico.

Si la afectación a la seguridad pública se justifica en el peligro que genera el potencial de causar daño de un objeto, sería desacertado dar por comprobada una conducta merecedora de un reproche penal, cuando no existe ninguna probabilidad de lesión al bien jurídico, dada la ausencia de aptitud del aparato para causarlo, derivada de la falta de integración de todas las partes que permiten la consecución de fines específicos. En consecuencia, tolerar tal incriminación que es insusceptible de provocar eventuales riesgos, traspasa el límite que el principio de reserva nos impone. Es así que una interpretación viable de la norma no puede contemplar la situación fáctica que conforma la hipótesis que llevó al fallo condenatorio y, entiende que corresponde absolver a Ontiveros ...”.

El juez Jantus, por su parte, sostuvo: “adhiero en lo sustancial al voto de la jueza, pues considero que, tanto la agravante contenida en el inciso 2, segundo párrafo del art. 166 como la conducta contemplada por el 189 bis, inciso 2, primer párrafo CP, reclaman la acreditación como elemento típico de un “arma de fuego” en los términos descriptos por mi colega. A su vez, en el ámbito de la tipicidad, la tenencia (al igual que la portación) demandan la concurrencia de un peligro concreto para las personas o los bienes. Debe ser apta para sus fines específicos, esto significa que al momento del hecho debe poseer aptitud de disparo, para lo cual es necesario no solo un funcionamiento del elemento arma que lo permita, sino que contenga munición en su interior que resulte, a su vez, apta para producir disparos.

Así, como lo advirtió la Sra. jueza, pretender que la tenencia de un arma de fuego que no es apta para el disparo puede dar base a una prohibición penal supone otorgar un alcance a la norma legal de que se trata, que la coloca en pugna con los más básicos principios del orden constitucional de reserva y legalidad (arts. 18 y 19 CN).

“En efecto, sin la inevitable reunión de las dos partes que la constituyen, el mecanismo lanzador y el objeto arrojable, tal instrumento no puede satisfacer la función de ‘arma’. Es necesario juntar la(s) parte(s) (...) para poder intentar las funciones de ofensa y defensa. Ningún objeto lanzador y ningún proyectil pueden, por sí solos, comportarse como un arma en sentido propio (...).”

En segundo lugar, consideró que el tipo penal del caso requiere la constatación de la conducta de tenencia de un arma de fuego a la cual le resulte imputable objetivamente la realización de un peligro concreto para la seguridad pública, ya que sólo partiendo de esa premisa pueden superarse las objeciones razonables desde el punto de vista constitucional que presentan los delitos de peligro abstracto (cf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp 469 y ss.).

Resulta absolutamente claro que únicamente resulta típica objetivamente una conducta cuando ha superado el límite impuesto por el legislador en el art. 19 CN, es decir, cuando se ha demostrado que mediante esa conducta se ha afectado o podido afectar concretamente los derechos de otro, sin que resulte válida una presunción iure et de iure en este sentido. Sobre esto, Mario Magariños señaló en la causa “Orlando Osmar Serra” que a la luz del precepto, el legislador solo puede seleccionar como materia de prohibición, aquellas acciones que de algún modo perjudiquen o pongan en peligro algún bien jurídico, es decir, conductas que sean pasibles de un pronóstico o presunción razonable de peligro concreto y se traduzcan en el caso.

Es así que de acuerdo a lo acontecido en el caso, no ha ocurrido ni lo uno ni lo otro, por lo que corresponde absolver al imputado del delito por el que se lo condenó y así expido mi voto ...".

El juez Sarrabayrouse, finalmente, adhirió a los votos precedentes.²³

En lo que respecta al presente fallo, puedo decir que estoy de acuerdo con la decisión de absolver al imputado, teniendo en cuenta que el arma utilizada no tenía municiones, - a diferencia del fallo anterior que, si la tenía, pero que, por la realización de una pericia incorrecta, no arrojó resultados positivos acerca de la aptitud de las municiones para su uso-

A pesar de esa diferencia fáctica entre los distintos fallos, lo discutido era lo mismo: si la tenencia había superado la ofensividad requerida por nuestra Ley Suprema para que se configure un hecho punible. En ambos pronunciamientos, se arribó a la misma conclusión, absolviendo, de ese modo, al imputado por aplicación del principio de lesividad.

A su vez, comparto lo mencionado respecto de que el arma, elemento destinado para el ataque y la defensa, para que cumpla su función necesariamente debe contar con el "*objeto arrojable*"; es decir, dicho artefacto requiere municiones para poder disparar, y es solo a partir de ese momento, cuando resulta procedente una sanción por el hecho de haber puesto en peligro el bien jurídico protegido. Por lo expuesto es que coincido con la opinión de los jueces Garrigós de Rébora y Jantus.

Por último, no logro comprender cómo es posible afectar la seguridad pública si el arma no tiene municiones. En ese sentido, no se puede aceptar presunciones *iure et de iure*, sino que se debe demostrar un efectivo riesgo o peligro concreto para los bienes jurídicos.

En conclusión, se puede afirmar que el anticipo punitivo que se observa en la tenencia ilegal de arma de fuego, producto de intensas demandas sociales por la creciente inseguridad, supera el test de lesividad, por lo que en principio es un delito que se ajusta a la manda constitucional.

²³ CNC Crim Corr., Sala III, "Ontiveros, Alejandro Eric s/ robo en tentativa", 51.720/2014, 09/11/15

En ese sentido, la jurisprudencia ha resuelto en reiteradas oportunidades que este comportamiento configura el delito antes referido, toda vez que se carece de la debida autorización con prescindencia de que se tenga o no el propósito de alterar la tranquilidad pública²⁴, y aún del uso que el sujeto va a conferirle.

A su vez, mencioné que en principio este delito cumple con los estándares constitucionales, teniendo en cuenta que a lo largo del presente trabajo se analizaron diversas hipótesis en las que se concluyó que, si bien se tenía el arma en forma ilegal, - debido a la ofensividad como presupuesto constitucional -, estas acciones no fueron penadas por la falta de verificación de un peligro concreto para los bienes jurídicos. De lo contrario, podríamos estar frente a un exceso del *ius puniendi*.

Además, al ser esta conducta típica un delito de peligro abstracto se pone de manifiesto que no debe generarse ningún resultado del peligro o de lesión a los bienes jurídicos. En esta clase de delitos, se puede observar una suerte de inversión de la carga de la prueba, y se presume el peligro sufrido por el bien jurídico hasta que el imputado demuestre lo contrario; por ejemplo, supuestos como la tenencia sin municiones, arma inidónea, credencial vencida.

En lo respectivo a la hipótesis del arma inidónea, adhiero a lo que sostiene la jurisprudencia mayoritaria, teniendo en cuenta que un arma inidónea no está en condiciones de efectuar disparos, aun en el supuesto en que contenga municiones (ya sea porque le falta el gatillo, aguja percutora, etc.). También, considerando que la tenencia ilegal de arma de fuego sin municiones no supera la ofensividad necesaria para ser pasible de reproche penal, mucho menos voy a estar de acuerdo con la punición de este delito en los casos en que el arma es inidónea y, por lo tanto, incapaz de disparar. Un arma que no está en condiciones de efectuar detonaciones no supera el umbral de lesividad exigido por nuestra Ley Suprema.

Resultaría absurdo y hasta excesivo castigar a quien tiene un arma de cualquiera de las clases previstas, totalmente inutilizada, como un simple

²⁴ Fontán Balestra, Carlos "*Derecho Penal – Parte Especial*" – Págs. 617 a 619.

elemento decorativo, exhibida en una oficina, en el lugar de trabajo, o en el hogar (rellenado su cañón, empotrada o pegada a la pared o totalmente inoperante expuesta dentro de una vitrina), dado que la misma no se halla en condiciones de crear un peligro común.²⁵

Para finalizar, haciendo referencia al supuesto de la credencial vencida, entiendo que no debe ser perseguido y reprimido por el Derecho Penal, teniendo en cuenta que la presunción de peligrosidad y el fundamento del castigo de la tenencia ilegal se basan en la utilización de un arma para cometer ilícitos. Resulta evidente que una persona que presenta una credencial vencida tiene las armas registradas y, es por ello que la falta de renovación oportuna no debe ser castigada, ya que esa simple omisión no implica un peligro para la seguridad pública. Si creo que puede ser penalizado, pero no desde la órbita del Derecho Penal, sino como una mera infracción administrativa ante el ANMAC. Por último, considero lo mismo para aquel caso en que una persona que es titular de una credencial de legítimo usuario todavía tiene armas sin registrar.

Bibliografía

1. **Amans, Carla V. y Nager, Horacio S.** “*Manual de Derecho Penal- Parte Especial*” Ed. Ad Hoc, año 2009
2. **Árce Aggeo, Miguel A.** “*Derecho Penal – Parte General*” – Enfoque sistémico desde una teoría comunicativa del delito – Segunda edición – Ed. Cathedra Jurídica, año 2018.
3. **Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio** “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*” Tomo VIII – Editorial Hammurabi.
4. **Basilico, Ricardo.A y Villada.Jorge.L** “*Derecho Penal Libro de Estudio/ Parte Especial*” Ed. Catedra Jurídica.

²⁵ Basílico, Ricardo A. y Villada, Jorge L., “Derecho Penal – Libro de Estudio/ Parte Especial”, Ed. Cathedra Jurídica, pág. 673.

5. **Buompadre**, Jorge E. “Derecho Penal – Parte Especial” Ed. ConTexto
6. **Creus**, Carlos “Derecho Penal Parte General” – Editorial Astrea
7. **De la Rúa**, Jorge y **Tarditti**, Aída “*Derecho Penal Parte General*” Tomo I y II – Editorial Hammurabi.
8. **Donna**, Edgardo Alberto “Derecho Penal – Parte General” Tomo II y IV.
9. **Fontán Balestra**, Carlos “*Derecho Penal – Parte Especial*.”
10. **Namer**, Sabrina E. “Tenencia y Portación de Armas de Fuego” – año 2007.
11. **Righi**, Esteban. “Derecho Penal Parte General” Ed. Lexis Nexis, año 2008.
12. **Zaffaroni**, Eugenio R. – **Slokar**, Alejandro y **Alagia**, Alejandro “*Derecho Penal Parte General*” – Editorial Ediar.