

Universidad Empresarial Siglo 21



Trabajo de Graduación Final

Tenencia y Portación de Armas:

Diferencias en el ordenamiento jurídico argentino, y la aplicación del art. 189 bis del Código Penal.

Nombre y Apellido: Javier Orlando Gaitán

Carrera: Abogacía.

Legajo: VABG4126

*“Estudia como si fueras a vivir por siempre,
y vive como si fueras a morir mañana”*

Mahatma Gandhi (1869-1948)

Agradecimientos

A mi madre Lidia, quien ha sido un pilar fundamental en todas las etapas de mi vida, y más aun para concluir mi carrera universitaria.

A mi hermana Sandra, presente de todas las formas posibles en mi vida, fue ella quien me alentó para inscribirme en la Universidad y me apoyo siempre durante todo el camino.

A las personas que me rodean y que siempre están a mi lado, compartiendo mi día a día, pendientes de mi progreso y alentándome a seguir siempre para adelante en busca de nuevos desafíos.

A mi amiga Cintia, quien ha sido una referencia desde el primer día de la carrera, mostrándome el camino a seguir y poniendo todo de sí, para llegar al objetivo final.

A mis compañeras de estudio Cristina, Juliana y Marta, por haber compartido conmigo estos últimos dos años de la carrera y atravesar juntos todas las instancias decisivas de la misma.

A la Universidad Empresarial Siglo 21, por permitirme a mí, y a miles de personas más, cursar una carrera a distancia y concretar el sueño de tener un título de grado.

A todos los que me dijeron que estaba loco, que ya era tarde, que no valía la pena estudiar a esta edad; ellos también me dieron fuerzas para alcanzar el objetivo final.

A todos, infinitas gracias.

Resumen

En nuestro país, la tenencia y la portación de armas de fuego, por parte de civiles se encuentra regulada mediante la Ley N° 20.429, y su Decreto Reglamentario 395/75, cuya autoridad de aplicación y control históricamente era el Registro Nacional de Armas (R.E.N.A.R), que recientemente ha cambiado su nombre al de Agencia Nacional de Materiales controlados (A.N.M.a.C).

En el año 2004, el Congreso Nacional sanciona con fuerza de ley la reforma del artículo 189 bis del Código Penal -mediante ley N° 25.886-, ampliando la cuantía de las penas y tipificando nuevos delitos. La reforma dicho artículo fue necesaria a raíz de la consideración, por parte de los legisladores, que la escala penal que reprimía los delitos mencionados anteriormente era demasiado baja debido a la gravedad de estos.

Es así, que el artículo 189 bis del Código Penal encuadra jurídicamente en su inciso 2°, a las figuras de simple tenencia y la portación de armas de fuego, en manos de civiles sin la debida autorización legal.

Debido a la modificación en el Código Penal argentino, surgieron diversos interrogantes en torno a las figuras de tenencia y portación de armas, ya que no existe una determinación clara y precisa de cuáles son los límites de cada conducta, ni de las condiciones necesarias para que se considere cometido el delito.

Palabras clave

Código Penal – Art. 189 bis. – Tenencia – Portación – Armas de Fuego – Bien Jurídico Protegido. -

Abstract

In our country, the possession and carry of firearms by civilians is regulated under Act 20,429 and Regulatory Decree 395/75, whose application and control have historically been under the authority of the National Register of Arms (RENAR), recently renamed as National Controlled Materials Agency (ANMaC).

In 2004, National Congress passed a bill to reform Article 189 bis of the Criminal Code – by Act 25,886 -, increasing the penalties and typifying new crimes. The reform bill was considered to be in order since -according to Congress criteria- penalties in the original Code were too low regarding the seriousness of the typified crimes.

Therefore, Article 189 bis of the Criminal Code frames in its second paragraph the offence of simple possession and carry of firearms by civilians without a valid license.

After the Criminal Code Reform, a number of questions have been raised in respect of the offences of possession and carry of firearms, since no clear and precise determination is stated about boundaries or the necessary conditions to consider a crime has been committed.

Keywords

Criminal Code – Article 189 bis - Possession - Carry - Firearms – Legally-protected right

Índice

Introducción	8
Capítulo I	11
1.1 Concepto de arma de fuego.....	11
1.2 Concepto de tenencia y portación.	13
1.3 Definiciones técnicas y clasificación de armas de fuego.	14
1.4 Conclusión parcial del capítulo 1.....	20
Capítulo II	21
2.1 La seguridad pública	21
2.2 Naturaleza de las normas que la tutelan.....	24
2.3 Diferencia de los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro presunto.....	30
2.4 Conclusión parcial del capítulo 2.....	31
Capítulo III	32
3.1 Diferencias establecidas por el decreto reglamentario N° 395/75	32
3.2 Diferencias establecidas por la doctrina y la jurisprudencia nacional.	35
3.2.1 Concepto de posesión en la portación de armas de fuego.	36
3.2.2 Concepto de uso inmediato del arma.	37
3.3 La tenencia y portación anterior.....	43
3.4 La tenencia y portación participada.	45
3.5 Conclusión parcial capítulo 3.....	47
Capítulo IV	49
4.1 Diferencia entre la tenencia y portación de armas de fuego descargada y/o que no funcionan.....	49
4.2 La ausencia de fines ilícitos en la tenencia y portación de armas de fuego.....	58
4.3 Tipicidad de la conducta	58
4.4 Situación de hecho de este presupuesto	61
4.5 La portación del legítimo usuario registrado	62

4.6 Conclusión parcial del capítulo 4.....	65
Conclusión Final.....	66
Bibliografía	71

Introducción

El presente trabajo de investigación, reside en el estudio de la tenencia y portación de armas. En nuestro país, la tenencia y la portación de armas de fuego, por parte de civiles se encuentra regulada mediante la Ley N° 20.429, y su Decreto Reglamentario 395/75, cuya autoridad de aplicación y control históricamente era el Registro Nacional de Armas (R.E.N.A.R), que recientemente ha cambiado su nombre al de Agencia Nacional de Materiales controlados (A.N.M.a.C).

En el año 2004, el Congreso Nacional sancionó la ley N° 25.886, mediante la cual se reformo el artículo 189 bis del Código Penal Argentino, ampliando la cuantía de las penas y tipificando nuevos delitos.

El artículo 189 bis del Código Penal Argentino, encuadra jurídicamente en su inciso 2° a las figuras de simple tenencia y la portación de armas de fuego en manos de civiles sin la debida autorización legal. La reforma dicho artículo fue necesaria a raíz de la consideración, por parte de los legisladores, que la escala penal que reprimía los delitos mencionados anteriormente era demasiado baja debido a la gravedad de estos.

La situación de peligro común es determinante para la tipificación. La doctrina moderna ha manifestado una fuerte preocupación en el estudio de los delitos de peligro, ya sean estos de peligro concreto o de peligro abstracto. Es justamente sobre los de peligro abstracto que se ha establecido su escaso apego a la legalidad en un estado de derecho que consagra el principio de lesividad como una fuente rectora.

Debido a la modificación en el Código Penal argentino, surgieron diversos interrogantes en torno a las figuras de tenencia y portación de armas, ya que no existe una determinación clara y precisa de cuáles son los límites de cada conducta, ni de las condiciones necesarias para que se considere cometido el delito.

En base a lo expuesto, el problema de investigación del presente trabajo, se centrará en el siguiente interrogante: ¿Cuál es la diferencia entre tenencia de armas y portación de armas en nuestro ordenamiento jurídico?

Los objetivos a los cuales aspira alcanzar el presente trabajo, serán: analizar la diferencia entre tenencia y portación de armas en nuestro ordenamiento jurídico, enmarcado

como objetivo general; definir el concepto de arma de fuego y analizar los aspectos generales de la tenencia y portación de armas; analizar la jurisprudencia nacional acerca de la tenencia y portación de armas; determinar la legislación que regula la tenencia de armas de fuego en la República Argentina y el organismo encargado de su aplicación; describir los requisitos que deben cumplir los ciudadanos para obtener la tenencia legal de un arma de fuego; describir las penas establecidas por el Código Penal para la tenencia y la portación de armas de manera ilegal, establecidas por el artículo 189 bis reformado por la ley N° 25.886; y, definir la distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, enmarcados como objetivos específicos.

En cuanto a su valor teórico, ofrecerá al lector la posibilidad de conocer en forma puntualizada a los conceptos de tenencia y portación de armas, y sus penalidades, fundamentalmente haciendo hincapié en el art. 189 bis del Código Penal Argentino.

El periodo temporal, sobre el que se centrará el presente Proyecto de Investigación, iniciará en el año 2004 con la sanción de la ley N° 25.886, la cual reforma el art. 189 bis del Código Penal.

En la presente investigación, se utilizará el tipo de investigación denominado descriptivo/exploratoria.

Por su parte la hipótesis del presente trabajo de investigación, hace hincapié en que, la diferencia entre tenencia y portación de armas en nuestro ordenamiento jurídico radica, en el caso de la tenencia en el simple hecho de disponer de un arma; y en el caso de la portación, en disponer de un arma en condición de uso inmediato (cargada), en un lugar público o de acceso público.

Es por ello, que, para la descripción de este, será necesario comprender cómo surge y evoluciona, la sanción punitiva a la tenencia y la portación de armas de fuego sin autorización, en nuestro ordenamiento jurídico. Para llevar a cabo dicha investigación, se analizará el Código Penal y sus reformas; también se indagará las diversas posiciones doctrinarias existentes sobre la temática, y el estudio de los diferentes criterios jurisprudenciales.

Lo desarrollado en ut supra se desplegará en cuatro capítulos fundamentales, a saber: capítulo I, estará destinado a plantear los aspectos generales como: concepto de arma de fuego, concepto de tenencia, concepto de portación, hará referencia a las definiciones

técnicas y clasificación legal de armas de fuego, indagará en la legislación nacional sobre tenencia y portación de armas de fuego, y se conocerá cómo funciona el Registro de armas y autoridad de aplicación; por su parte el capítulo II, reflejará un análisis de la seguridad pública y la naturaleza de las normas que la tutelan; como así también, se hará una diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro presunto, delito y contravención.; él capítulo III, por su parte desplegará y conceptualizará las diferencias entre tenencia y portación de armas establecidas por el decreto reglamentario N° 395/75, por la doctrina, y la jurisprudencia nacional.; y finalmente, el capítulo IV establecerá los desacuerdos entre la tenencia y portación de armas de fuego descargadas y/o que no funcionan, hará referencia a la portación del legítimo usuario registrado y se establecerá un análisis de la ausencia de fines ilícitos en la tenencia y/o portación de armas de fuego. Finalmente, se elaborará una conclusión destinada a plasmar las valoraciones personales acerca de la investigación realizada.

Capítulo I

Aspectos generales

En el presente capítulo, se abordarán los conceptos de arma de fuego, tenencia y portación de armas.

Así mismo, se hará mención de la legislación vigente en nuestro país en materia de tenencia y portación de armas.

Al finalizar el capítulo, se mencionarán y analizarán, las diversas clasificaciones de armas de fuego.

Como cierre del capítulo, se realizará una valoración personal acerca del mismo.

1.1 Concepto de arma de fuego.

La Real Academia Española proporciona una definición de arma, la cual, si bien es genérica, servirá a modo de introducción en lo relativo al derecho penal; dicha institución académica la define como “instrumento, medio o maquina destinados a atacar o defenderse” (DRAE, 2017, p. 25).

También es necesario, antes de introducirnos plenamente en el tema, establecer una diferencia que muy a menudo produce equivocaciones o se presta a confusión. Es la distinción que se debe realizar entre las armas propiamente dichas, de las denominadas armas impropias.

El autor Prunotto Laborde, A. (2005), quien afirma que un arma en sentido propiamente dicho es:

...aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a las personas” y un arma impropia se define como “aquel otro objeto que se ha transformado en arma -pese a que su destino y uso normal sea diferente-, al ser empleado como medio contundente o hiriente, (p. 883).

Dentro de clasificación de armas propias tenemos las armas de fuego, tal y como son definidas por la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos, y otros materiales relacionados de la O.E.A. (Organización de Estados Americanos) del año 1997, la cual ha sido ratificada por nuestro País mediante la ley N° 25.449 del año 2001. Dicha convención las ha definido como:

...a) cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto; b) cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas. ¹

Nuestro Código Penal no incluye una definición de arma, esto se desprende de la ausencia de ello en sus artículos 77 y 78, que son los que contienen las definiciones de los términos que se utilizan en el mencionado cuerpo normativo.

Por último, para abordar el concepto de arma de fuego se mencionará la definición que proporciona nuestro ordenamiento jurídico, dicho concepto se encuentra contenido en la Ley N° 20.429, sancionada en el año 1973 y su decreto reglamentario N° 395/75., al decir que arma de fuego es “La que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia.”²

Es para destacar que este es el concepto general de arma de fuego, y sirve como base para todas las posibles variantes de estas; las cuales serán definidas más adelante.

¹ Ley N° 25.449 Art. 1

² Artículo 3° del anexo I- Decreto Reglamentario N° 395/75.

1.2 Concepto de tenencia y portación.

A modo de introducción para definir este concepto, al igual que el de arma ya descrito anteriormente, se citará la definición que, proporcionada por la Real Academia Española, la cual define tener como: “asir o mantener asido algo” (DRAE, 2017, p. 125); y a su vez, a asir como: “tomar o coger con la mano” (DRAE, 2017, p. 38).

Tal definición proporciona una idea de que el objeto, en este caso el arma, se encuentra dentro de la esfera de cuidado de una determinada persona, la cual ejerce el dominio de esta.

Nuestro ordenamiento jurídico, no proporciona una definición concreta acerca del concepto de tenencia, o al menos en lo que se refiere a la tenencia de armas propiamente dicha.

En la Argentina, se encuentra vigente la ley N° 20.429 -Ley Nacional de armas y explosivos- y su decreto reglamentario 395/75; éstas últimas establecen, que existe diferencia entre la tenencia y la portación de armas, pero no proporcionan una concreta descripción o delimitación entre las mencionadas conductas.

Se puede afirmar también, que no existe acuerdo en la doctrina acerca de la diferenciación conceptual entre la tenencia y la portación de armas; esto es así, debido a que no han sido delimitados objetivamente cada uno de los conceptos.

Alguna postura en la doctrina, se ha caracterizado por definir a la tenencia de arma de fuego, por el sólo hecho de la permanencia de esta en el ámbito de custodia de la persona. Es por ello, que la autora De Langhe, M. (2009), ha afirmado que:

...existe acuerdo doctrinario en que el término tenencia alude a quien ostenta el poder de disposición sobre ciertos objetos, el agente debe tener el arma...bajo su poder, sin autorización legal, pudiendo disponer de ella en cualquier momento, ya sea corporalmente o en un lugar cercano o próximo. (p. 341).

Por su parte, los autores Baigún, D. y Zaffaroni, E. (2009), han establecido que:

La conducta típica es la tenencia, vale decir, la conservación dentro de un ámbito material de custodia o en un lugar, aun escondido, en el que se encuentre a su disposición, pero sin llevarla consigo; que se configura la tenencia de arma de fuego cuando el arma es hallada en el domicilio del imputado y que tratándose de un delito de mera conducta o de pura actividad, donde la acción se agota en ella misma y consume instantáneamente el delito.... (p. 349).

El concepto de portación es definido como aquella “acción o efecto de portar o llevar, especialmente armas.” (DRAE, 2017, p. 18)

Por su parte la Agencia Nacional de Materiales Controlados -conocido bajo las siglas ANMaC- ha establecido que, la portación consiste en disponer, en un lugar público o de acceso público, de un arma de fuego cargada, en condiciones de uso inmediato, cuya autorización para portación es de carácter restrictiva.³

1.3 Definiciones técnicas y clasificación de armas de fuego.

A lo largo del tiempo, la clasificación de armas de fuego ha ido sufriendo variantes dentro de la legislación; esto, se ha debido a la evolución del armamento y las diferentes técnicas aplicadas en su proceso de fabricación.

La clasificación de las armas, se debe a la reglamentación específica en la materia la cual -por su cantidad y tipos descriptivos- muchas veces ha resultado confusa; es por ello, que es necesario la utilización de una clasificación lo más correcta posible, a fin de poder precisar los términos que serán utilizados a lo largo del presente trabajo.

Se debe mencionar que la legislación vigente, se encuentra comprendida por la ley N° 20.429 y su decreto reglamentario N° 395/75; y, los anexos complementarios y/o reformatorios a saber: leyes N° 24.492, 25.086, 25.886: y los decretos 1039/89, 64/95, 821/96.

³ Agencia Nacional de Materiales Controlados, ANMaC, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación, Recuperado el 20 de Noviembre de 2018, disponible en http://www.anmac.gob.ar/index_seccion.php?seccion=faq&m=4,

La ley N° 25.886, mediante la que se reforma el art. 189 bis C.P., hace mención de dos categorías de armas: armas de guerra y armas de uso civil. Dicha clasificación procede del art. 3 de la ley N° 20.429 que, de conformidad al decreto 395/75, establece que las armas son: de guerra, pólvora y explosivos y armas de uso civil.

Dentro de las clasificaciones proporcionadas por el decreto 395/75, es importante tener presente que la misma comprende:

- El modo de transporte y operación: portátil, no portátil, de hombro, de puño (art. 3, inc. 3, 4, 5 y 6 respectivamente).
- El sistema de disparo: tiro a tiro, repetición, semiautomática y automática. Aquí, vale hacer una aclaración en el arma tiro a tiro, ya que es necesario que el operador deba cargar nuevamente el arma ante cada disparo; en tanto que, en las de repetición el operador debe accionar un mecanismo para que se cargue la munición que se encuentra contenida en un cargador; a su vez, las armas semiautomáticas solo requieren accionar del disparador para consumir la descarga y el arma vuelve a cargarse quedando lista para el siguiente disparo; mientras que, las armas automáticas son aquellas que disparan más de un proyectil con sólo tener accionado el disparador (art. 3, inc. 7, 8, 9 y 10).
- El calibre de la munición empleada: el cual puede ser dado en milímetros (6,35 mm, 7,62 mm, 7,65 mm, 9 mm 11,25 mm, etc.), en decimas de pulgada (.45”, .38”, .357”, .40”, .44”); y unidades absolutas, tal es el caso de las escopetas (12, 14, 16, 20, 28).

También, el decreto mencionado ut supra hace referencia a las armas de hombro - conocidas también como armas largas-, armas de puño o cortas, a las de cañón estriado - pistolas, revólveres, carabinas y fusiles-, a las de cañón liso -en general las escopetas-.

La diferenciación más importante que efectúa el decreto 395/75 -al menos en lo aplicable al derecho penal-; es la que, se encuentra en los artículos 4° y 5° del mencionado decreto.

Allí se delimita, que armas se encuentran comprendidas dentro de las denominadas de uso civil, y las de uso civil condicional -también llamadas armas de guerra-.

El art. 5° es el que define a las armas de uso civil y establece:

...a los fines de la ley y la presente reglamentación se considerará armas de uso civil a las que, con carácter taxativo, se enuncian a continuación:

1) Armas de puño:

a) Pistolas: de repetición o semiautomáticas, hasta calibre 6,35 mm (.25 pulgadas) inclusive; de carga tiro a tiro, hasta calibre 8,1 mm (.32 pulgadas), con excepción de las de tipo "Magnum" y similares.

b) Revólveres: hasta calibre 8,1 mm. (.32 pulgadas) inclusive, con exclusión de los tipos "Magnum" o similares.

c) Pistolones de caza: de 1 ó 2 cañones, de carga tiro a tiro calibres 14,2 mm (28), 14 mm (32) y 12 mm (36).

2) Armas de hombro:

a) Carabinas, fusiles y fusiles de caza de carga tiro a tiro, repetición o semiautomáticos hasta calibres 5,6 mm. (.22 pulgadas) inclusive, con excepción de las que empleen munición de mayor potencia o dimensión que la denominada "22 largo rifle" (.22 LR) que quedan sujetas al régimen establecido para las armas de guerra.

b) Escopetas de carga tiro a tiro y repetición: Las escopetas de calibre mayor a los expresados en el inciso 1°, apartado c), del presente artículo, cuyos cañones posean una longitud inferior a los 600 mm pero no menor de 380 mm se clasifican como armas de guerra de "uso civil condicional", y su adquisición y tenencia se regirán por las disposiciones relativas a dicho material.

3) Los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos, que sólo producen efectos pasajeros en el organismo humano, sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento y en recipientes de capacidad de hasta 500 cc.

4) Las armas electrónicas que solo produzcan efectos pasajeros en el organismo humano y sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento...

Como se puede observar, no existe un calibre específico que produzca la diferencia entre una y otra categoría; ya que dicha diferenciación responde a varios factores como, por ejemplo: el calibre, el largo de caño, el tipo de armas, entre otros.

Es un error muy arraigado indicar que el cambio entre una y otra categoría, sea determinado por el hecho que el arma sea de un calibre superior al .22LR -22 largo rifle-.

Por su parte, el art. 4° define a las armas de guerra -por vía de la exclusión-, estableciendo que son aquellas que no se encuentran dentro de la categoría de uso civil a saber, reza el precedente artículo:

...son armas de guerra todas aquellas que, contempladas en el artículo 1° no se encuentran comprendidas en la enumeración taxativa que de las "armas de uso civil" se efectúa en el artículo 5° o hubieran sido expresamente excluidas del régimen de la presente reglamentación.⁴

El mencionado artículo, clasifica a las armas en⁵:

⁴ Art. 4 del Decreto Reglamentario 395/75.-

⁵ Art. 4 del Decreto Reglamentario 395/75 1) Armas De Uso Exclusivo Para Las Instituciones Armadas: Las no portátiles, las portátiles automáticas, las de lanzamiento, las armas semiautomáticas alimentadas con cargadores de quita y pon similar fusiles, carabinas o subametralladoras de asalto derivadas de armas de uso militar de calibre superior al .22 LR, con excepción de las que expresamente determine el Ministerio de Defensa.

Estas armas únicamente podrán ser poseídas y utilizadas por personal de las instituciones armadas de la Nación en actos de servicio.

Todas las restantes, que siendo de dotación actual de las instituciones armadas de la Nación, posean escudos, punzonados o numeración que las identifique como de pertenencia de las mismas.

2) Armas De Uso Para La Fuerza Pública: Las adoptadas para Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policías Federal y Provinciales, Servicio Penitenciario Federal e Institutos Penales Provinciales, que posean escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de dichas instituciones.

3) Armas, Materiales Y Dispositivos De Uso Prohibido:

a) Las escopetas de calibre mayor a los establecidos en el inciso 2°, apartado c), del artículo 5° (conforme Decreto 821/96 la remisión debe interpretarse al art. 5°, inc. 1° apartado c), cuya longitud de cañón sea inferior a los 380 mm.

b) Armas de fuego con silenciadores.

c) Armas de fuego o de lanzamiento disimuladas (lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc.).

d) Munición de proyectil expansivo (con envoltura metálica sin punta y con núcleo de plomo hueco o deformable), de proyectil con cabeza chata, con deformaciones, ranuras o estrías capaces de producir heridas desgarrantes, en toda otra actividad que no sea la de caza o tiro deportivo;

e) Munición incendiaria, con excepción de la específicamente destinada a combatir plagas agrícolas.

f) Dispositivos adosables al arma para dirigir el tiro en la oscuridad, tales como miras infrarrojas o análogas.

g) Proyectiles envenenados.

h) Agresivos químicos de efectos letales.

i) Armas electrónicas de efectos letales.

4) Materiales De Usos Especiales: Los vehículos blindados destinados a la protección de valores o personas. Los dispositivos no portátiles o fijos destinados al lanzamiento de agresivos químicos. Los

- armas de uso exclusivo para las instituciones armadas,
- armas de uso para la fuerza pública,
- armas, materiales y dispositivos de uso prohibido,
- materiales de usos especiales y
- armas de uso civil condicional”

Ya se ha mencionado, que por arma de fuego se entiende a aquella que: “utiliza la energía de gases producidos por la deflagración de pólvora para lanzar un proyectil a distancia”⁶ -dentro de esta definición-, quedan comprendidas aquellas fabricadas por una empresa específicamente dedicada y habilitada para la producción de estas; como también, las fabricadas de manera casera y que han sido denominadas vulgarmente como tumberas.

Las armas tumberas por su parte, son armas portátiles (art. 3, inc. 3 decreto 395/75), que para su operación requieren la acción ambas manos, aunque no sea necesaria apoyarla en el hombro para accionarla (art. 3, inc. 6 decreto 395/75).

Esta afirmación -acerca de las armas tumberas-, ha sido causa de debate por parte de la jurisprudencia, la que de manera reiterada ha entendido que tales armas, permiten el disparo de proyectiles mediante la compresión de los gases producidos en el interior del mecanismo de estas; y por tal motivo, son armas en el concepto legal a los fines prescriptos por el art. 189 bis inc. 2 CP.

Así lo ha entendido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero, en el fallo N°15.840/2006, H.C.S.; L.J.A. y Otros s.d. Homicidio Simple; Homicidio

cascos, chalecos, vestimentas y placas de blindaje a prueba de bala, cuando estén afectados a un uso específico de protección.

5) Armas De Uso Civil Condicional: Las armas portátiles no pertenecientes a las categorías previstas en los incisos precedentes. Pertenecen también a esta clase las armas de idénticas características a las comprendidas en los incisos 1º, 2º párrafo, y 2º del presente artículo, cuando carecieran de los escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de las instituciones armadas o la fuerza pública. Asimismo, son de uso civil condicional las armas que, aun poseyendo las marcas mencionadas en el párrafo anterior hubieran dejado de ser de dotación actual por así haberlo declarado el Ministerio de Defensa a propuesta de la institución correspondiente y previo asesoramiento del Registro Nacional de Armas. Este último mantendrá actualizado el listado del material comprendido en la presente categoría.

⁶ Art. 3 inc. 1 Decreto 395/75.

Simple en grado de Participe Primario, frente a la pretensión de que dichos elementos no sean considerados como armas de fuego, dicho tribunal entendió que las denominadas tumberas son armas de fuego de fabricación casera, que se encuentran incursas dentro de los elementos del art. 189 bis inc. 2 C.P.⁷

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Provincia de Santa Fe, cuando dictamino en el fallo N° 1837/04 N° 328/03 del Juzgado en lo Penal de Sentencias N° 2, que, el art. 3° inc. 1 del decreto 395/75 prevé que arma de fuego es la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia.

Esta definición, permite afirmar que las denominadas tumberas son armas de fuego, que conforme su calibre y largo de cañón podrán entrar en cualquiera de las subcategorías legales.

Se debe considerar que en ningún lugar la ley dispone que las armas caseras no puedan ser armas. Puede entenderse que se está ante un arma de guerra, correspondiendo subsumir la conducta de los encartados en la tenencia del art. 189 bis del C. P.⁸,

Debe tenerse en cuenta, que se está frente a una relación de género a especie: el género es armas de guerra, las especies son: a) de uso civil condicional; b) de uso exclusivo de las instituciones armadas y c) de uso prohibido”, esta misma posición también ha sido tomada por parte del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.⁹

⁷ S.C.J.S.E., Sala Criminal, Laboral y Minero. Serie B. N° 242, Causa “N°15.840/2006, H.C.S.; L.J.A. y Otros s.d. Homicidio Simple; Homicidio Simple en grado de Participe Primario, etc. - e.p. de M.J.R. - Casación Criminal. Recuperado el 05/10/2018.

⁸ C.C.C.R.R. Sala III Causa N° 1837/04 N° 328/03 del Juzgado en lo Penal de Sentencias N° 2, 2808/1983.

⁹ T.C.B.A., Sala II, Causa N° 17.834 V.J.O. s/recurso de casación. 03/05/2007.

1.4 Conclusión parcial del capítulo 1.

En el presente capítulo se ha tratado de establecer, con la mayor precisión posible los conceptos, términos, definiciones y clasificaciones que se utilizarán durante todo el desarrollo de este trabajo. Los mismos serán necesarios para que se comprendan con mayor facilidad y celeridad ciertos puntos que se abordarán más adelante.

Las mencionadas definiciones son provistas por la Ley N° 20.429 - Ley Nacional de armas y explosivos - y también por el decreto reglamentario de la mencionada ley. Este último, es el que establece las diferencias más importantes, ya que a través de su redacción indica que armas serán consideradas de uso civil, y cuáles se encuadrarán dentro de las llamadas de guerra o uso civil condicional.

La necesidad de establecer de manera clara y cierta los límites de la tenencia y portación de armas, tanto para los ciudadanos comunes, como así también para quienes son los encargados de administrar justicia.

Es por ello, que más adelante se podrá verificar la importancia de la clasificación de las armas de fuego, en virtud de las penas que se aplican para la tenencia y/o portación ilegal de las mismas, dependiendo de la categoría en la que se encuadren dichos elementos.

Capítulo II

El bien jurídico protegido

El presente capítulo habrá de referirse al bien jurídico protegido por el art. 189 bis C.P., el precedente artículo se ubica entre los llamados delitos contra la seguridad pública, ya que este ha de ser el bien jurídico tutelado por dicha norma.

Es necesario, para dar precisión al término, entender qué es la seguridad pública, qué tipo de bien jurídico atañe, y por último qué tipo de normas sancionan las determinadas conductas que lo afectan.

Por su parte, también se hará referencia a la distinción entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro presunto; y, por último, se hará una valoración personal del presente capítulo.

2.1 La seguridad pública

A lo largo del tiempo, se ha discutido acerca de este tipo de bienes jurídicos, los cuales tienden a la protección de situaciones de equilibrio social, sin tener una incidencia directa en los derechos individuales de una persona determinada.

La mayoría de los tipos penales, que propenden a la protección de esta clase de bienes jurídicos tienen una estructura que se denomina de peligro abstracto, el contrario de los delitos de lesión directamente vinculado a los bienes jurídicos individuales.

No se pretende aquí, descalificar a los llamados bienes jurídicos colectivos, sino que se intenta poder concretar una definición que lo ligue a la necesidad social de su existencia; y a partir de allí efectuar un análisis de los diversos tipos penales previstos para su protección. Como se ha señalado doctrinariamente, de aceptarse simplemente el concepto de bien jurídico que se consideran más importantes para subsistencia del hombre en sociedad, o los que parecen más fácilmente vulnerables antes ciertas modalidades de los ataques que pueden sufrir, reciben la protección del sobre seguro. (Lascano, 2005)

Como ejemplo de lo antes dicho, respecto del riesgo que representa la falta de delimitación de los conceptos, puede mencionarse el caso de quien afirmase que mientras la vida social sea pensada, por la mayoría, como válidamente plena a través de una idea trascendente, la defensa del valor religioso podría ser asimilado como un bien jurídico colectivo, y como ataque abstracto al mismo la utilización, o falta de utilización, de determinados atuendos en los hombres y mujeres.

Todas las normas que se vinculan a la protección de la seguridad pública, han de constituirse como normas de peligro, ya que la protección directa de este bien se encuentra vinculada a la tutela de bienes personales que pueden ser objeto de lesión.

El peligro, como tal, es la seguridad de la comunidad, esto no significa que la acción prohibida tenga que poner en riesgo a la comunidad en su conjunto o a un grupo importante de personas, sino que la misma puede estar encarnada por una sola persona, que resulta ex ante indeterminada y que a su vez es parte de la colectividad protegida. (Schröder, 2013).

Resulta fundamental la comprensión del concepto bien jurídico colectivo, y la vinculación de este con el conjunto de los bienes jurídicos protegidos por el concepto colectivo, y en particular con las acciones que allí se reprimen.

En otras palabras, la norma de peligro abstracto debe ser interpretada como de lesión con relación al bien jurídico colectivo, para que a su vez se comporte como de peligro frente al bien jurídico concreto de un individuo que forme parte del conjunto social protegido por la norma.

El peligro, no representa una verificación del estadio previo en el iter de la lesión al objeto, sino que afecta -per se- el derecho a la libre disposición de los derechos individuales del conjunto. Para esto toma, por ejemplo, que la conducción en contramano por una ruta no tiene que ser entendida como signo de un peligro consecuencial con la conducción peligrosa; sino que, importa la negación del derecho del otro a conducir por esa carretera, de forma independiente de que alguien efectivamente condujera por la misma, puesto que es ese derecho social el lesionado. (Schiavo, 2008)

Son cuestiones bien diferentes, la prohibición de conducir por la mano contraria de una ruta que sancionar a un conductor por utilizar una determinada prenda de vestir mientras lo hace. La autonomía absoluta, convierte toda acción en una trasgresión autónoma a la

norma impuesta por el estado, dejando de lado cualquier otra consideración, este enfoque ni siquiera es compartido por una teoría normativista del derecho penal.

Dentro del concepto de peligro nos encontramos que, la doctrina ha diferenciado los llamados delitos de peligro concreto, de aquellos denominados delitos de peligro abstracto.

En los delitos de peligro concreto, el tipo penal exige una efectiva puesta en peligro del bien jurídico que importa el resultado típico de la acción, por su parte en los llamados delitos de peligro abstracto el injusto queda representado por la peligrosidad en abstracto de la acción sin requerir esta puesta en peligro efectiva. (Schiavo, 2013).

Los delitos de peligro concreto requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar, ha de haberse creado un concreto peligro de resultado en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido. Este peligro, conforme a los criterios de imputación, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable, aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. (Roxin, 2002)

Por su parte, los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto, la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo. (Roxin, 2002)

La diferenciación entre la abstracción del peligro, por un lado, y la concreción por otro, no puede pasar por alto que ambas condiciones requieren peligro, y tal cual se ha mencionado en los párrafos anteriores no se pueden dar por cumplidas con la mera infracción formal del deber contenido en la norma de prohibición.

Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el derecho penal, otorga su protección; no es un concepto estático; sino que, dentro del marco de las finalidades constitucionales, esta abierto al cambio social y a los procesos del conocimiento. (Lascano, 2005)

Por lo que se podría decir, que las llamadas infracciones formales no pueden constituirse como delitos, sino que, como máximo pueden constituir contravenciones, y en

tanto se establezcan diferencias entre unas y otras categorías, su inclusión en diferentes cuerpos normativos resulta dogmáticamente independiente de la voluntad del legislador al momento de la redacción de la norma.

2.2 Naturaleza de las normas que la tutelan.

Los delitos de peligro abstracto son, ante todo, valoraciones relativas, un conocimiento anticipado de la peligrosidad de determinadas conductas, sujetas a un estereotipo, en el curso causal de lesión a un bien.

Dicho así, toda tentativa es un curso de acción de peligro concreto en la medida en que tiende a la afectación de un bien determinado, cuyo titular es un sujeto en particular. Esta concreción del tipo de daño y del titular del bien, trae aparejada una concreción de la fuente de peligro que, bajo supuestos determinados, puede ser castigada de manera autónoma sin aguardar que se produzca la efectiva lesión a ese determinado bien. (Aguirre Obarrio, 1986)

Al contrario, cuando se hace referencia al peligro abstracto no se señala una abstracción que atienda a la fuente de peligro, sino que dicha referencia se expresa sobre los contornos de este, vale decir, de un modo u otro la conducta tiene que ser peligrosa.

En dicho sentido se ha expresado el autor Aguirre Obarrio E. (1986), al decir que:

...los libros de Derecho Penal se fijan solamente en dos puntos del proceso del peligro (en general definido como probabilidad de daño): son, casi, dos extremos o piensan en el primer momento a veces casi equivalente a una simple posibilidad (le llaman peligro abstracto) o piensan en uno de los últimos momentos, en los cuales es natural afirmar que es más posible que se produzca el daño y no que pase de lado (peligro concreto). (p. 47)

En una perspectiva semejante, y haciendo referencia al concepto de antijuridicidad material, se refiere Donna, E. (2011) al decir que, “No se puede dejar de decir que hay un bien jurídico y que es la seguridad pública, de manera que, si esta no está, ni siquiera potencialmente puesta en riesgo, no debería ser típica la conducta” (p. 107).

También esta posición fue tomada por el magistrado Gustavo Mitchell, en el fallo Wasiluk, donde se dijo que, aún en los delitos de peligro abstracto considerados de mera actividad (peligrosa) es necesaria la preexistencia de un peligro (aunque remoto), pues siempre y en todos los casos es menester, como mínimo, ese peligro potencial para el bien jurídico protegido¹⁰.

Con respecto al principio de antijuridicidad material, vale decir que exista una firme potencialidad de peligro de un bien, aunque sea de manera abstracta, el autor Creus, C. (1990) ha afirmado:

...las armas tienen que ser utilizables, ya que sólo así pueden amenazar la seguridad común; los que estructuralmente tienen defectos que no permitan su empleo o los que han perdido sus propiedades de modo que se hayan transformado en inocuos no constituyen objetos típicos (p. 31).

Por su parte, el autor Buompadre, J. (2004), ha establecido:

...la aptitud para el disparo o su idoneidad para afectar el bien jurídico constituyen presupuestos que la doctrina y jurisprudencia han exigido para la perfección del delito... De aquí la importancia que reviste en el proceso judicial la pericia técnica balística del arma, precisamente para determinar su idoneidad para afectar el bien jurídico tutelado. (p. 308)

La posición mencionada ut supra, referente a la necesaria peligrosidad de los delitos de peligro abstracto; ha sido considerada, desde tiempos lejanos como un requisito imprescindible para compatibilizar el principio de legalidad con este tipo de sanciones.

De tal modo, el autor Barbero Santos, M. (1973) se ha expresado al respecto al decir:

...preocupa a la dogmática moderna la posible incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de legalidad. La incongruencia puede producirse, no cabe dudas, si se niega la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar o la subsistencia de este. Si la acción es inidónea o el peligro no

¹⁰ C.N.C.P., Sala III, 17/05/2000. JA, 2001-I-323.

subsiste, no puede hablarse, ciertamente, de conducta peligrosa.
(p. 493).

De no tenerse en cuenta esta característica, la ley penal sancionaría la mera infracción al deber, o la transgresión a la pura obediencia de las normas del Estado, lo cual constituiría un verdadero despropósito, en la medida en que no puede hablarse siquiera de peligro abstracto cuando la conducta no contiene siquiera un elemento peligroso. (Schiavo, 2010).

Este punto, adquiere una gran relevancia para el presente trabajo, ya que sirve para contestar el interrogante relativo a si la peligrosidad de la tenencia o portación de armas debe considerarse acreditada *iure et iure*, o si la presunción legal es *iuris tantum* admitiendo, de este modo, prueba en contrario.

Es la ilegitimidad de la tenencia o portación la que admite deducir -legislativamente-, que la cosa se torna peligrosa, puesto que, si el peligro estuviera exclusivamente referenciado a las armas, el mismo sería equivalente con la registración o no del arma en cuestión.

Si a las armas registradas no se las considera fuente de peligro en los términos del art. 189 bis, inc. 2, C.P., es porque la cosa se reputa peligrosa en la medida en que se carezca de autorización para poseerlas, vale decir cuando ello se haga ilegítimamente.

Es este un aspecto central, ya que si es imperiosa la ilegitimidad para presumir el peligro se deben dar dos condiciones fundamentales. La primera es que el arma sea tal, vale decir que sea una fuente autónoma de riesgo, para lo cual debe funcionar apropiadamente. A su vez, y, en segundo lugar, debe verificarse efectivamente la ilegitimidad ante el correspondiente organismo registral. (Gómez Urso, 2005).

Como se ha expresado, en primer lugar, se debe constatar de manera efectiva que la cosa, en este caso el arma, sea una fuente de peligro; esto se debe realizar por vía pericial, y a su vez comprobar que la persona no estaba registrada para detentar la cosa, lo cual se debe acreditar por vía de informes. Aun cuando hayan sido cumplidos estos dos requisitos se hace necesario poder argumentar que la presunción, *iuris tantum*, no se encuentra invalidada por otro medio de prueba, dado que aún cumplidos estos requisitos podría advertirse, por otros medios, que esta presunción no es aplicable al caso concreto.

En los últimos tiempos se ha reeditado la discusión sobre la forma en que opera la presunción de riesgo en los casos de peligro abstracto, y ha sido el jurista alemán Jakobs quien formuló una división de los delitos de peligro abstracto.

Dicho autor, reconoce un primer conjunto de delitos de peligro abstracto en los que se registra un comportamiento externo y perturbador, en el cual el riesgo se establece mediante una generalización de la tendencia hacia producir el daño. En estos casos coloca al delito de falso testimonio, en el cual se pone externamente, mediante la declaración falsa, en riesgo (abstracto) la correcta administración de justicia. (Jakobs, 1997)

En el segundo conjunto ubica a aquellos supuestos en los cuales la criminalización está determinada no solo por esa generalización de la tendencia a la producción del daño; vale decir, debe existir este presupuesto, pero circunscripto a lo relativo a la perturbación externa. En otras palabras, la conducta se define como perturbadora en sí misma, porque en líneas generales es adecuada para causar efectos externamente perturbadores. Como ejemplo, menciona a aquel que conduce un vehículo bajo los efectos del alcohol. (Jakobs, 1997).

Como se puede observar en el primer supuesto, es requerida la realización por parte del sujeto de un comportamiento externo y perturbador; como lo es, en el caso de la declaración; mientras que, en el segundo supuesto, se presenta un estado de situación riesgosa, por ejemplo, la conducción en estado de ebriedad; pero en ambos casos es requerida una adecuada relación para producir efectos externos perturbadores.

Es decir, que en ambos casos se presenta una anticipación de la punibilidad, hacia estados anteriores al comienzo de ejecución de la tentativa de una acción lesiva.

Por último, se agrega un tercer conjunto de casos, en el cual se criminalizan conductas que no son peligrosas en absoluto, o bien sólo lo serían consideradas así en una cantidad muy limitada de supuestos, en aquellos casos en que concurra un comportamiento delictivo posterior.

En estos últimos supuestos se hallan los casos de tenencia o portación de armas, y en los cuales, a decir del autor Jakobs, G. (1997): “la conducta incriminada es, en sí misma, preparación del delito a título de autor o tentativa de complicidad y, en todo caso, no está ya completa por sí sola” (p. 309).

Al respecto de este último grupo de casos, se trata de una clase de problemática de delitos: tan evidente como es, por una parte, que la conducta puede dar comienzo a un curso causal peligroso, lo es, por otra que la realización del peligro sólo es inminente por hechos que quizá no hayan sido aún proyectados, y que, en todo caso, no pueden valorarse, según las reglas generales, como una perturbación externa. Expresado con un ejemplo: quien se procura un arma, se encuentra, como mucho, en el estadio preparatorio de un delito que se haya de cometer con ella y, a pesar de esto, incluso un estado de libertades difícilmente tendrá que tolerar que ciudadanos particulares hagan acopio en sus casas de rifles automáticos. En esta situación hay dos cuestiones que están necesitadas de justificación: en primer lugar, cuándo se puede responder, desviándonos de las reglas generales, por el peligro de un comportamiento futuro; propio o ajeno, y, en segundo lugar, cómo se ha de limitar esta responsabilidad para que no contravenga el principio del hecho. (Jakobs, 1997).

A fin de dar respuesta a estas preguntas, expone dos respuestas diferenciadas que hacen al concepto de antijuridicidad material.

En referencia a la primera problemática, el autor describe dos ámbitos diferenciados, el primero que afecta a los contactos sociales a los que cualquier individuo está llamado, y el segundo a los objetos que nunca pueden ser utilizados de manera privada para fines legales o que sólo pueden serlo en determinadas circunstancias de modo que constituyen prototipos de instrumentos delictivos.

Sobre el segundo interrogante, la respuesta depende de cuál sea el fundamento de la responsabilidad. Si constituye el injusto únicamente la conducta en su abstracta peligrosidad, la criminalización supone, desde luego, para el ciudadano una gravosa reducción de su privacidad, pero no se ve afectado ningún principio según el cual se ha de separar un ámbito interno de otro externo, pues con esta restricción sólo se puede criminalizar razonablemente una conducta que sin consideración de los proyectos actuales del autor no pueda ser ya tolerada. (Jakobs, 1997).

Resulta evidente que este no es el caso de las armas de fuego, ya que en la medida que existen supuestos de tenencia legal, la valoración de la conducta de tenencia en sí misma no produce una intolerable consideración por fuera de los planes que el autor pretenda desarrollar con la cosa peligrosa.

No se trata de crear un juicio interno y subjetivo de los planes del autor sobre la manera en que habrá de ser utilizada el arma, sino que de manera externa se debe considerar que existe un riesgo específico de realización de la conducta. Vale decir, la conducta abstracta peligrosa, debe generar una perturbación externa que impulse la realización del evento posterior.

En los supuestos que prescribe el art. 189 bis, inc. 2, C.P., la presunción externa del riesgo en los casos de tenencia y portación de armas se encuentra dada por la ilegitimidad de esas conductas; es decir, en la presunción de que aquel que carece de la autorización legal para tener o portar armas, las tiene con dicha finalidad.

Lo que no corresponde hacer en ningún supuesto, es llevar a cabo juicios de valor sobre la intención interna del sujeto, de allí se desprende la validez del término simple tenencia.

Siguiendo este lineamiento dogmático, la terminología simple tenencia debe ser interpretada como la simple presunción externa perturbadora que define a priori el riesgo por la sola circunstancia de no poseer la autorización legal para tener o portar el arma, sin cuestionar las razones internas que mueven al sujeto a realizar de dicha conducta.

Si no se respeta esta abstracción del contexto interno, ello conduce a la punición de autores peligrosos, de enemigos, no de hechos peligrosos. Expresado con un ejemplo: la prohibición de presentarse armado en reuniones públicas se puede fundamentar todavía por el peligro general del porte de armas ante una concurrencia numerosa de personas, incluso si el sujeto armado lo hace con la mejor intención, puede ocurrir un accidente y ocasionarse un daño a alguien por la intervención delictiva de terceros personas. La prohibición del llamado armamento pasivo sólo tiene sentido, por el contrario, si se da por supuesto en el pasivamente armado un dolo de cometer infracciones. Pero quien castiga por hechos futuros, no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos. (Jakobs, 1997).

Es por la situación del llamado armamento pasivo, que la tenencia o portación ilegal de armas no puede discutir las intenciones internas del sujeto, se presupone objetivamente por la ilegalidad misma de tal situación. De allí que el término simple constituye un límite a la potestad punitiva del estado de valorar las intenciones y pensamientos del sujeto imputado.

2.3 Diferencia de los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro presunto.

El tema aquí tratado se ha debatido en la dogmática alemana del derecho penal a lo largo de muchos años, de ella deviene la distinción entre los llamados delitos de peligro abstracto, por un lado, y por otro los denominados peligros presuntos.

Aquí habrá de observar, que si bien son muchas las veces que se han utilizado ambos términos de manera indistinta, dicha situación debe ser abordada por una específica solución dogmática.

A fin de diferenciar un supuesto de delito de peligro abstracto, de un caso de peligro presunto se hace necesario observar la circunstancia bajo la cual se considera a la peligrosidad como un disvalor de la acción iniciada.

Dentro de esta óptica se presentan dos posiciones con marcadas diferencias entre sí.

La primera posición sostiene el riesgo abstracto de una manera meramente normativa, pero en sentido negativo, y además implica la equiparación entre riesgo abstracto y riesgo presunto.

Así se sostiene, por cuanto afirma que en los delitos de peligro abstracto resulta irrelevante si un bien jurídico concreto es puesto en riesgo o resulta afectado, incluso si fuere colectivo como la seguridad pública; ya que el fundamento de la sanción tiene origen en la peligrosidad general de la conducta, y esta se basta a sí misma. (Schiavo, 2010).

Entre ambas posiciones existe una cuestión de importancia, ya que, por la vía de la presunción del riesgo, la cual es *iure et iure*, se convierte toda acción en una mera infracción del deber, la cual es desprovista de toda relación de antijuridicidad material en los términos indicados con anterioridad, de tal modo que aplicando tal perspectiva cualquier conducta podría ser sancionada como una mera infracción a los deberes impuestos por el Estado.

2.4 Conclusión parcial del capítulo 2.

Como se ha expresado a lo largo del presente capítulo, se puede apreciar que existe una falta de precisión en los conceptos que tienden a proteger la norma.

El riesgo de tal situación es dejar a la norma sin referencia con el contenido de la prohibición, lo cual conlleva a que la misma pueda adquirir una especie de vida propia y llegar incluso a confundir un delito con una mera falta a las regulaciones administrativas.

Tal situación puede llevar incluso, a que se confunda delito con contravención, con el riesgo que ello implica para la seguridad jurídica de la comunidad.

Se puede afirmar, que el bien jurídico tutelado por la norma es la seguridad o tranquilidad pública, la cual los autores reconocidos de nuestro ámbito, de este modo, tal situación nace de la confianza de poder vivir en un ámbito de paz social con apego a las reglas de convivencia fundamentales.

Se debe destacar que también se presenta un aspecto polémico, ya que los delitos de peligro abstracto pueden presentarse como una punibilidad anticipada al no existir daños o lesiones concretas; por más que dicha punibilidad tenga como función la prevención de esos daños.

Adhiriendo a la postura expresada por Soler, podemos concluir que este tipo de delitos son considerados preparatorios de otros, y se deberá acreditar que están dirigidos de forma directa a lesionar a otros bienes jurídicos. De tal manera que representan una señal de alarma para la ya mencionada convivencia pacífica de los integrantes de la sociedad.

Capítulo III

Diferencias entre tenencia y portación de armas

En el presente capítulo se hará referencia a la diferencia entre tenencia y portación en los términos de la ley, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han establecido criterios de diferenciación, los cuales exceden las definiciones contenidas por la ley nacional de armas N° 20.429 y su decreto reglamentario 395/75. De tal modo, se observará que los caracteres esenciales de la tenencia y portación difieren en uno y otro caso.

Otro punto que merece ser tratado en este capítulo, es el vinculado a si la tenencia y portación ilegal de armas de fuego constituye un delito que permita la imputación en calidad de coautores, vale decir, si es posible que el arma sea tenida o portada de manera conjunta por dos o más personas.

3.1 Diferencias establecidas por el decreto reglamentario N° 395/75

Como ya lo hemos expresado, la ley nacional de armas y su decreto reglamentario 395/ 75 no contienen en su texto, una definición específica y detallada de los conceptos de tenencia y portación.

Para formar el concepto de tenencia se debe realizar una aplicación integrada de lo dispuesto por el art. 57 y 102 del decreto 395/75.

El texto del art. 57 del decreto 395/75 expresa que:

“Las autorizaciones de tenencia del material clasificado como arma de guerra o de uso civil condicional y usos especiales, permitirán al legítimo usuario:

- 1) Mantenerlo en su poder.
- 2) Usarlo para los fines específicos a que se refiere la autorización en el lugar adecuado.
- 3) Transportarlo, de acuerdo a lo establecido por el Art. 86 de la presente reglamentación.
- 4) Adiestrarse y practicar en los polígonos autorizados.

5) Adquirir y mantener la munición para el mismo. La venta de municiones se hará contra la presentación del permiso de tenencia respectivo y de acuerdo a lo especificado en la presente reglamentación.

6) Repararlo o hacerlo reparar, de acuerdo a lo especificado por los arts. 16 y 21 de la presente reglamentación.

7) Adquirir piezas sueltas, repuestos o ingredientes de acuerdo a lo establecido por el art. 9 de la presente reglamentación.

8) Adquirir los elementos o ingredientes necesarios para la recarga autorizada de la munición a ser utilizada exclusivamente en el arma.

9) Recargar la munición correspondiente al arma o armas autorizadas.

10) Entrar y salir del país transportando el material autorizado.”¹¹

De lo expresado por el mencionado artículo, se desprende una primera condición del concepto de tenencia el cual es el de la posesión del arma, es decir de la vinculación del elemento con el derecho real de propiedad.

Por su parte, el texto del art. 102 del decreto 395/75 establece que:

“Las autorizaciones de tenencia y portación de armas de uso civil otorgados por las autoridades locales de fiscalización, serán válidas en todo el territorio nacional.

La autorización de tenencia de un arma de uso civil permitirá a su titular:

1) Mantenerla en su poder.

2) Usarla en actividades de caza y tiro, conforme a las disposiciones en vigor.

3) Transportarla, de acuerdo a lo establecido por el artículo 86 de la presente reglamentación.

4) Adiestrarse y practicar en los polígonos autorizados.

5) Adquirir munición para la misma.

6) Repararla o hacerla reparar, de acuerdo con lo especificado por los artículos 16 a 21 de la presente reglamentación.

7) Adquirir piezas sueltas, repuestos o ingredientes del arma autorizada.

8) Entrar y salir del país transportando el material autorizado.¹²

¹¹ Art. 57 del Decreto Reglamentario 395/75

¹² Art. 102 del Decreto Reglamentario 395/75

En lo que hace a la forma en que se debe transportar un arma, se debe cumplir lo establecido por el art. 86; esto es, estando en poder del sujeto de la documentación del arma y de conformidad a lo prescripto por el art. 125, –ambos del decreto 395/75- el cual prescribe que el arma debe estar separada de su cargador y munición.

De esta forma, y luego de integrar todas estas normas en conjunto, se puede entender que la tenencia es la relación de posesión que tiene un sujeto para con el arma de fuego, la que conserva en su poder, ya sea en su domicilio, lugar de trabajo, o bien, transportándola de conformidad a lo previsto por el art. 125 -del decreto 395 /75-, o sea, separando el cargador y las municiones del arma.

En lo que hace al concepto de portación, nuevamente nos encontramos que, tanto la ley como el decreto, no hacen mención específica de tal definición conceptual. Para dar forma a tal definición, se debe integrar al concepto de tenencia y bajo los presupuestos establecidos por los arts. 88, 102 y 112 del decreto 395/75.

Es así como el art. 88 del decreto 395/75 dispone:

“La portación de armas de guerra por legítimos usuarios se ajustará al siguiente régimen:

1) Los legítimos usuarios previstos en el art. 53, inc. 2º, de la presente reglamentación podrán ser autorizados a portar las armas cuya tenencia se les hubiere acordado, por las autoridades allí mencionadas, cuando existieren razones que así justificaren.

2) Los legítimos usuarios previstos en el art. 53, inc. 3º, podrán ser autorizados por el Registro Nacional de Armas y portar las armas cuya tenencia les hubiere acordado, cuando existieren razones que así los justifiquen y previa conformidad para la portación de la jefatura del organismo al que pertenezca el solicitante.

3) El personal de embarcaciones, aeronaves, aeródromos, puertos e instituciones previsto en los vinculados 8, 9, 10 y 11 del artículo 53 de la presente reglamentación podrá ser autorizado a portar las armas de guerra cuya tenencia hubiere sido acordada por el Registro

Nacional de Armas, en forma, lugar y oportunidad, que expresamente se determine.

4) El Registro Nacional de Armas podrá autorizar a cualquier otro legítimo usuario de armas de guerra a portar aquellas cuya tenencia hubiere autorizado cuando existieren fundadas razones de seguridad y defensa.

El otorgamiento de tal autorización deberá considerarse con criterio restrictivo y su vigencia será de un (1) año renovable, si a juicio de la autoridad otorgante subsistieran las causas en que se fundara originalmente.

Sólo el Registro Nacional de Armas podrá otorgar autorización de portación de armas de guerra.

Lo dispuesto por el art. 102 del decreto 395/75 ha sido citado ut supra, por lo tanto, solo resta tanto exponer lo prescripto por el art. 112 del mismo texto legal, el cual establece:

...prohíbese la portación de armas de uso civil, con las siguientes excepciones:

1) Por funcionarios públicos en actividad, cuando su misión lo justificare y en el momento de cumplirla.

2) Por los pagadores y custodias de caudales, en el momento desempeñarse en función de tales.

3) Por otras personas, cuando concurran en razones que imprescindible la portación.”

De esta forma queda establecida la existencia de la relación de propiedad dada en la tenencia, con sus requisitos de autorización y formas de uso para definir a la portación, como el acto de llevar el arma de fuego adosada a su cuerpo, en un portafolio o vehículo, cargada y en condiciones de uso.

3.2 Diferencias establecidas por la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Al analizar este punto se observará que, a diferencia de lo que establece el decreto reglamentario, la doctrina y la jurisprudencia han efectuado una definición de forma positiva –y no por exclusión- del concepto de portación de armas.

También es destacable que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han llegado a tal definición de una forma casi pacífica, estableciendo que la portación es la situación de estar en posesión del arma en condiciones de inmediato.

De allí se desprende, que sean dos los elementos que se han considerados característicos de la portación, el primero de ellos es estar en posesión del arma, y el restante es que dicha arma se encuentre en condiciones de inmediato uso.

Tal definición podría resultar sencilla al efectuar un ligero análisis, pero la realidad del día a día al observar diferentes causas penales, indica que presenta no pocas dificultades en un amplio grupo de casos, Estas dificultades se presentan al discutirse el alcance del término posesión y también al intentar definir cuáles son las condiciones de inmediato uso.

3.2.1 Concepto de posesión en la portación de armas de fuego.

Al analizar este punto, se observa que no existen grandes discrepancias con la definición aportada por el decreto reglamentario 395/75, excepto en lo relativo a que, en tanto el mencionado decreto establece los requerimientos de legalidad de la portación; en el caso del delito tipificado tales requisitos no se conforman, vale decir, quien porta el arma carece de autorización legal para ello.

Se debe tener en claro que el término posesión utilizado en el derecho civil no es semejante al utilizado en el derecho penal, ya que mientras la cosa que se posee pertenece a aquel que la tiene, y tal posesión funda el título; quien tiene un arma sin autorización de la autoridad competente no es considerado siempre el dueño de la cosa.

En líneas generales y bajo la relación jurídica indicada, puede afirmarse que lo importante de la situación aquí tratada, es que se encuentra en posesión del arma quien, al momento de la constatación del hecho, se encontraba con la misma en su poder, detentando su tenencia.

La Corte de Justicia de Buenos Aires, en la causa N°67.724, rta. 11/6/2003, P., S. D. s/tenencia ilegal de arma de guerra, afirmo que:

...la acción prevista en el artículo 189 bis, tercer párrafo del C.P. consiste en tener armas de guerra... y tiene el objeto quien puede disponer de él físicamente en cualquier momento, de modo que no resulta imprescindible que el mismo se mantenga corporalmente en poder del sujeto, bastando que el arma se encuentre en un lugar donde esté a disposición del agente.¹³

3.2.2 Concepto de uso inmediato del arma.

Tal como se ha visto, el concepto de inmediato uso del arma, es lo que define a la portación de arma.

Lo antes dicho, involucra que el arma se debe encontrar en poder de un sujeto que tenga la capacidad de accionarla, y a su vez que el arma sea pasible de ser accionada para su fin específico; todo esto requiere que el mecanismo de acción funcione y que el arma cuente con las municiones aptas.

Un punto siempre en discusión, es si el arma tiene que estar adherida al cuerpo del sujeto para que se configure el supuesto de uso inmediato; o si, es suficiente que la misma pueda estar a su alcance, como por ejemplo en un maletín, la guantera de un vehículo, un bolso de mano o situaciones similares.

Es este punto donde radica la diferencia principal entre el concepto doctrinario y jurisprudencial, con el que brinda el decreto reglamentario.

En este aspecto, el decreto reglamentario prescribe que para que exista portación, el arma debe estar cargada, en tanto que, si el transporte del arma se realiza con las municiones por un lado y el arma por otro, la conducta se encuadraría como tenencia.

Para un determinado sector jurisprudencial y doctrinario, más cercano en su posición al decreto reglamentario, se entiende que, si el sujeto no posee el arma cargada, -aun si pudiere hacerlo inmediatamente- no comete el delito de portación.

¹³ S.C.B.A., Causa N°67.724, rta. 11/6/2003, P., S. D. s/tenencia ilegal de arma de guerra.

Con una visión diferente se ubica otro sector, el cual entiende que, a diferencia de lo establecido en el decreto reglamentario, -arma separada físicamente de las municiones- existe un supuesto de portación siempre que se tenga la posibilidad inmediata de cargar el arma y utilizarla. Esto entendido así, se perfeccionaría la portación ya que el arma se encontraría en la condición de inmediato uso requerida.

Es destacable que la doctrina y la jurisprudencia se han expresado de una forma mayoritaria abonando esta última posición, vale decir que las armas deban encontrarse efectivamente cargadas o que exista la posibilidad de hacerlo de manera inmediata, para que se configure el supuesto de portación.

La Cámara Nacional de Casación Penal, se inclinó por esta posición amplia de entender que se encuentra comprendido en el concepto de portación de arma, el hecho de que la misma pudiera ser inmediatamente cargada por el sujeto que la llevaba consigo junto a las correspondientes municiones, en tal sentido expuso que: “La portación ilegal de arma de fuego exige que se la lleve consigo, trasladándola de un sitio a otro y en condiciones de uso inmediato, aunque para ello deba montarse y, en su caso, cargarla”¹⁴

En el mismo sentido se expresó el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, cuando expuso que sólo se configura la portación de arma en los términos del artículo 189 bis del C.P. cuando dicho elemento es llevado o traído por el sujeto activo en condiciones de inmediato uso, es decir, cargado y apto para el disparo, o al menos bajo condiciones tales que impliquen la posibilidad inmediata de colocarlo en dicha aptitud¹⁵.

También lo ha hecho así, la Cámara en lo Criminal de la 4ª Nominación de la Provincia de Córdoba, al establecer que debe condenarse como autor del delito de portación ilegal de arma de uso civil, reprimido en el art. 189 bis, tercer párrafo del Código Penal, al imputado que tenía bajo el asiento de su auto una pistola calificada como de uso civil, si el arma se encontraba en condiciones de uso inmediato, con las municiones en el cargador¹⁶.

Por la posición contraria, es decir, requiriendo que el arma se encuentre efectivamente cargada para que se configure el inmediato uso y con él la portación, se ha expresado el autor Ochoa; para quien el arma debe que estar lista y dispuesta para ser disparada, lo cual no sucede cuando es necesario accionarla para cargarla. (Ochoa, 2000)

¹⁴ C.N.C.P., Sala III, 13/07/2007, DJ 09/01/2008, p. 77, Altamiranda, Walter S. y otros.

¹⁵ T.C.B.A., Sala III, 17/03/2005, Basualdo Juan C. s/recurso de casación.

¹⁶ C.C. 4ª Nominación de Córdoba, 29/10/2004, LLC 2005.

Utilizando ese mismo criterio doctrinario, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional expresó que, para que se configure el delito de portación de arma, se hace necesario que la misma se transporte bajo condiciones de inmediato uso, lo cual requiere que esté dispuesta para efectuar el disparo, y señalando que, de conformidad a lo dispuesto por el art. 125 del decreto reglamentario 395/75, aquel sujeto que separa las municiones del arma, en realidad tiene pero no porta¹⁷.

En esta diferencia de posiciones, es destacable mencionar que esta última es bastante rígida o estricta, ya que se vincula de forma casi exclusiva al texto del decreto reglamentario 395/75 y no correspondiendo a las definiciones del C.P.

Se podría afirmar que el art. 189 bis inc. 2 C.P. es un tipo penal en blanco, ya que en sus definiciones remite a los respectivos reglamentos, ya sea en lo que hace al concepto de arma de fuego y a la clasificación de los tipos de armas.

Pero esta falta de definiciones concretas –y necesarias-, también se hace notar en lo que hace a los términos de tenencia y portación que el mismo código utiliza, para ello se debe recurrir a la integración de diversos artículos, y no necesariamente solo a lo expresado por el decreto reglamentario; sino que se vincula a la naturaleza de la acción en sí y al objeto de protección legal.

En este sentido se podría afirmar, que el castigo referente a la portación de arma no hace exclusiva referencia al decreto, sino antes al objeto de protección, el cual se compone de la posibilidad de cargarla y dispararla sin dilaciones, en la medida en que la munición está también siendo portada por el sujeto activo. (Reinaldi, 2004)

Por su parte, debe descartarse que una interpretación como la aquí mencionada - incluir como portación al hecho de llevar el arma junto a las municiones, con la posibilidad de cargar y disparar de forma inmediata- sea realizada de manera analógica, ya que esto se trataría de una libre interpretación de los elementos del tipo penal.

Por el contrario la posición más restrictiva, que sólo encuentra configurada la portación en el supuesto de llevar cargada el arma tal lo prescripto por el art. 125 del decreto 395/75, se excede en el marco de interpretación de la norma, convirtiendo ese elemento en uno de remisión a una norma que, adolece por la falta de una descripción específica del

¹⁷ C.C.C.N., Sala VI, 12/09/2003 LL, suplemento de jurisprudencia penal de marzo-04, p. 72, Bay, Sala VI, Causa N° 18.040, 19/04/2002

término, y esto a su vez, termina acotando marcadamente las razones de una mayor sanción penal para un supuesto -portación- que para otro -tenencia-.

Vale aquí hacer la aclaración que, si se opta, en la definición de un elemento del tipo por remitirse a una norma que no posee una definición específica, lo que se estaría haciendo es una diversa interpretación; y no una aplicación directa de un precepto legal. Cabe aclarar que en ninguno de los casos se viola el principio de legalidad, pero de lo que se trata es de definir cuál es el más razonable entre ambos.

Una interpretación diferente de lo contenido en el art. 125 del decreto 395/75 es la que expresa el autor Donna, al indicar que no todos aquellos sujetos habilitados para la tenencia de un arma, lo están para su portación, ya que las razones que expone el mencionado artículo están vinculadas a la restricción del riesgo del transporte del arma, elemento del que se extrae la portación pero que a todas luces no resulta equivalente. (Donna, 1999).

En adelante se analizará la forma en que debe ser llevada el arma para que se pueda considerar que se configura el delito de portación.

Como ya fue mencionado con anterioridad, existen dos posturas. Una considerada restrictiva, que sostiene que para que exista portación de arma, la misma debe estar adherida al sujeto, o aferrada al mismo con efectiva disponibilidad física.

Esta posición, ha sido asumida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, cuando expuso que:

...corresponde procesar al imputado por el delito de simple tenencia de arma de uso civil y no portación de arma de fuego si el acusado no portaba el arma en cuestión, puesto que no la llevaba sobre sí, sino que la misma fue encontrada por la policía en el interior de su automóvil como consecuencia de un procedimiento realizado en un lugar para constatar la identidad de los clientes¹⁸.

Tal posición se contrapone con otra, considerada amplia, la cual entiende que el arma no debe estar necesariamente adherida al cuerpo del sujeto, sino que puede estar en un lugar físico de inmediato acceso por parte del sujeto.

¹⁸ CC.C.N., Sala IV, LL 2000-F-853, Del Hoyo.

En tal sentido lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, al expresar que:

...es ajustada a derecho la sentencia que aplicó la figura de portación de uso civil sin autorización para ello basada en la base fáctica consistente en que personal policial vio salir al imputado de un domicilio llevando una bolsita azul, que la puso en el piso del auto bajo su asiento, y que en ella la policía encontró un arma de fuego de uso civil, en buen estado de mantenimiento, conservación y que funcionó correctamente, que el imputado no tenía autorización legítima para tener ni portar el arma en cuestión, y que su portador tenía inmediato acceso al arma.¹⁹

En relación con la dualidad de posiciones, se establece otorgar la razón a la segunda tesis, es decir, a la posición amplia, ya que pregona la concurrencia de los elementos del tipo penal de la portación, cuando el individuo tiene el arma a su inmediata disposición, y ésta se halla en condiciones de uso, de esta forma, dicha conjunción es equivalente al inmediato uso.

La ley al considerar el concepto de portación, se refiere a que el sujeto no disponga en un lugar público de la posibilidad de utilizar un arma, para lo cual, además, carece de autorización legal; dicha acción pone en un riesgo mayor el objeto de tutela de la norma.

En tal sentido se ha expresado la CSJN cuando expuso: “El peligro no es la portación de arma de fuego de uso civil sin autorización en sí misma, sino la modalidad violenta que por el uso de tales armas ha adquirido la comisión de delitos en los últimos tiempos” (Leguiza, 2006, p. 1128).

También se debe mencionar que la situación de hecho debe ser juzgada al momento de la constatación, teniendo en cuenta que la portación requiere un inmediato acceso, tal situación no ocurre cuando el arma está en un auto y el sujeto se encuentra dentro de un bar como cliente de este, como es el caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional mencionado anteriormente.

Pero en tanto el sujeto tenga sobre el arma, una relación de inmediato acceso para su utilización, y el objeto -arma- cumpla su fin específico, se puede asegurar que se encuentran dados los presupuestos de inmediato uso requeridos por el tipo penal. Esto en modo alguno

¹⁹ S.C.J.M., Sala II, 03/03/2003, LL, Gran Cuyo, 2003 (agosto), p. 550, B.E.R.D, s/recurso de casación.

violenta el principio de legalidad como han sostenido algunos críticos de esta posición, tal es el caso del autor Villada, ya que como se ha mencionado con anterioridad la definición de los conceptos no viene dada por otras normas, sino que debe ser interpretada con relación al objeto de protección de la norma. (Villada, 2004)

Como ya se ha mencionado con anterioridad, para que se configure la portación no sólo es requisito poseer el arma en condición de inmediato uso o con la posibilidad de accionarla inmediatamente, sino que también se requiere que tal conducta se lleve a cabo en un lugar público, ya que solo de esta forma se pone en riesgo el objeto de protección de la norma.

Tal conducta no se configura como portación, aunque el sujeto este con un arma -sin autorización legal- en la mano, pero dentro de su casa, en un campo de su propiedad, o incluso en la casa de un amigo o familiar.

Al respecto, la jurisprudencia ha sido ampliamente mayoritaria al requerir que el ámbito para considerar la portación como tal, debe ser público. En tal sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional al afirmar que no incurre en el delito de portación de arma de fuego quien guarda un arma cargada en el comercio de su propiedad, ya que no se trata de un lugar público o acceso público²⁰.

En el mismo sentido se expresó la Cámara de Apelaciones en lo Criminal N° 2 de Santa Rosa, Provincia de la Pampa, cuando resolvió que:

...corresponde encuadrar en el delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización -en el caso, en concurso real con el de homicidio simple- y no en el de portación de arma de fuego, la conducta del imputado que en ningún momento trasladó el arma fuera del predio rural en el cual realizaba sus actividades laborales, pues esta última figura requiere, por parte del sujeto activo, que exista una traslación y que ella sea realizada en un lugar público o de acceso al público, ya que la figura reprime la posibilidad de la existencia de un peligro común para la sociedad.²¹

²⁰ C.C.C.N., Sala V, 16/04/2007, Castronuovo Matías y otros.

²¹ C.C. N°2 de Santa Rosa, 26/10/2006, LL Patagonia 2007 (junio), C. A. M. s/recurso de apelación.

3.3 La tenencia y portación anterior.

Habiéndose establecido ambos conceptos -tenencia y portación-, se debe señalar que la imputación de cualquiera de esas conductas debe ser actual, no es viable imputar la tenencia o portación ocurrida con anterioridad, también llamada, pretérita.

Así se ha expresado el autor Núñez, R. (1971) al decir que: “debe tratarse de una tenencia flagrante, pues sólo si se está realizando actualmente se puede hablar de un peligro para la seguridad común”. (p. 70).

También se debe señalar que el delito no admite tentativa, ya que las acciones desarrolladas por el sujeto para tener o portar un arma que aún no se tiene, no integran una acción prohibida por el ordenamiento jurídico. Dicha acción comienza con la tenencia o portación de arma y finaliza cuando dicha acción cesa, de este modo es permanente mientras dura tal situación.

La razón de que la imputación no sea adecuada, resulta diferente según se trate del caso de tenencia o de portación.

En el caso de la tenencia, al riesgo generado que pone en peligro la seguridad común, está dado por la posibilidad de poseer un arma de fuego -sin autorización para ello-; mientras que en la portación lo constituye el hecho de estar con un arma de fuego -también sin autorización-, en un lugar público y con la misma en condiciones de uso inmediato.

Si ya ha cesado la acción de la portación, o no se tiene un dominio sobre el arma en el caso de la tenencia, se puede afirmar que no existe una relación actual de riesgo que deba ser reprimida por la norma que se encuentra en estudio.

Dicha situación adquiere especial relevancia cuando resulta evidente que el sujeto activo ha portado el arma de fuego, esto se desprende de la forma de comisión de determinados hechos o porque sin necesidad llevar a cabo un hecho ilícito, se ha podido comprobar que tenía en su poder un arma de fuego en condiciones de inmediato uso. Un ejemplo de tal situación sería el caso de quien sale a la calle y efectúa disparos al aire.

Esta situación ocurre en el caso de la tenencia, cuando el agente ha dejado de tener la relación de posesión sobre cosa, ya sea porque la ha destruido, vendido, regalado o

simplemente la arroja en algún lugar. Cabe aclarar que estas situaciones podrían llegar a configurar otro hecho delictivo distinto, pero no son parte del presente trabajo.

En aras de ampliar lo mencionado ut supra, es relevante mencionar el supuesto de la constatación de que en un vehículo existe un arma de fuego, pero dicho automotor fue entregado a un sujeto que desconoce plenamente la presencia del objeto.

Quien era dueño del auto y el arma perdió su relación de señorío al entregar la cosa, aunque se debe aclarar que tal situación puede ser interpretada así, en el caso que el sujeto se desprendió definitivamente de la cosa -vendió el auto-; no se daría tal interpretación si solamente ocurre un préstamo del auto, ya que tal situación solo implicaría un alejamiento temporal que no elimina la disponibilidad del arma por parte del sujeto.

Se puede observar que esta posición tradicional no ha sido suscripta por todos, ya que existen pronunciamientos contrarios a lo antes expuesto, y que entienden que, si existe la posibilidad de imputar la tenencia anterior, así se ha resuelto que la tenencia pretérita de armas de guerra se adecúa al tipo del art. 189 bis C. P., en tanto ha puesto en peligro el bien jurídico seguridad pública, y la cesación de tal peligro no implica que el delito no haya existido.²²

Dicha argumentación no sería correcta, ya que, por lo general, los delitos de tenencia buscan reprimir una relación actual de la cosa riesgosa, anticipándose al inicio de ejecución de un delito lesivo en el que dichas armas son utilizadas. Una situación anterior, que ya ha cesado, demostraría por un lado que, en la medida que fuera usado en un hecho ilícito, respecto de que la represión no hace foco en una situación de peligro abstracto, sino que se ha avanzado hacia la lesión efectiva por la realización de un delito de esta clase, en el cual que se utilizó el arma.

El segundo lugar, se vincula al hecho de que, si efectivamente se ha constatado por otros medios que un sujeto tuvo o portó un arma de fuego, y tal acción ha cesado, no existe antijuridicidad material para sostener que existió un peligro, cuando en los hechos esta situación no aconteció.

Si se tiene en cuenta la consideración, de que los delitos de peligro son una ponderación estadística de una serie de hechos pasados, los que permiten afirmar que en un

²² C.C.C.N.F., Sala II, 06/07/1987, LL, 1988-B.

caso particular podría suceder algo grave a futuro, no sería lógico exponer que se puso en peligro el bien jurídico, ya que se trató de un hecho pasado que fácticamente no se adecuó a las ponderaciones del riesgo típico.

3.4 La tenencia y portación participada.

En el presente apartado se analizará la cuestión relativa a la coautoría y participación criminal, en los delitos de tenencia y portación de arma de fuego.

De la misma forma que son diferentes los supuestos tenencia y portación, también son diversas las soluciones en cada uno de los casos.

En los supuestos de portación, es necesario tener en cuenta que el mencionado es un delito de propia mano, ya que solamente puede ser cometido por quien posee la posibilidad del uso inmediato del arma. No menos cierto es que, en algunas ocasiones resulta particularmente dificultoso determinarlo, ya que dicha condición se presenta en forma similar para más de un sujeto.

Son sumamente puntuales los casos donde se presenta tal situación, en los cuales es requerida una delimitación especial. Si el arma se halla junto a un determinado sujeto, o en sus manos; la posibilidad para otro de hacerse de la misma se equipararía con la chance que el primer sujeto -quien la tiene en su mano- se la preste. Si bien el arma está a su alcance, quien la posee en condiciones de inmediato uso es aquel que la tiene en su mano. (Villada, 2004)

Distinto sería el caso si un arma se encuentra a igual distancia o posibilidad de acceso para más de un sujeto, en la medida en que ninguno de ellos tenga el acceso inmediato y exclusivo a la cosa, no se podría afirmar que se encuentran en condiciones de inmediato uso con dicha arma. Vale aclarar que cuando se refiere a uso en sentido estricto, significa que solamente puede ser realizado por un solo individuo.

De lo expuesto se desprende que estos casos deban ser encuadrados como tenencia de arma y no como portación de esta. Dentro de ésta visión se han entendido los casos en los que se ha dicho:

...para que se configure el delito de tenencia de arma de uso civil debe existir un poder de disponibilidad material entre el sujeto activo y el arma, de manera tal que su utilización resulte posible, no corresponde admitir la participación criminal llevada a cabo por el coautor²³.

Así también lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia. Dentro de la primera se ha expresado que: “sólo quien lleva el arma puede ser autor de este delito, ya que la conducta en principio, no admite formas de participación (delitos de propia mano)”. (Villada, 2004, p. 64).

Por su parte la jurisprudencia ha sido pacífica, y ha resuelto:

...la portación de un arma de uso civil consistente en llevar físicamente y en condiciones de inmediato uso un arma de fuego no es susceptible de ser compartida, por lo que no puede asignársele a ninguno de los imputados la comisión del injusto hasta tanto no se establezca quién portaba el arma en cuestión²⁴.

En el mismo sentido:

...a diferencia de la tenencia, la portación no es susceptible de ser compartida, pues si bien la primera sólo implica contar con la posibilidad de disponer del objeto, la segunda requiere llevarla corporalmente en condiciones de inmediato uso.²⁵

En esta última jurisprudencia citada se puede observar que la misma es concordante con la definición restringida de la portación, pero ello no obstaculiza el hecho que el acto de portar sólo puede ser llevado a cabo por un solo, al igual que en la tesis amplia.

Como se puede advertir en los fallos citados, la tenencia admite la posibilidad de que más de un sujeto tenga la posibilidad de señorío sobre el arma, y que tal situación se pueda transformar en una portación, vale decir que en tanto se tenga acceso al arma pueda aumentar el riesgo hasta llegar a la posible ejecución de un delito de resultado.

²³ C.C.C.N., Sala VI, 21 /10 /1998.

²⁴ C.C.C.N., Sala VI, 25/4/2003, Claus Rubén y otro, del mismo modo Sala I, Causa N° 19.145, 24/09/2002, P.J.N.

²⁵ C.C.C.N., Sala VI, 19/07/2002, Cela Días Raúl Claver.

En tanto tengan conocimiento de la existencia del arma en el lugar en que se encuentra, y tengan acceso a la misma, la tenencia puede ser establecida como compartida.

Cuando se menciona el hecho de tener acceso a la misma, debe interpretarse que el arma se encuentra en un lugar de acceso común, y no en un ámbito privado o de intimidad. A modo de ejemplo se puede mencionar el de una casa, no es lo mismo que el arma este en una habitación, -ámbito de intimidad- a que la misma se encuentre sobre la mesa de la cocina.

En estos casos, en la medida en que más de un individuo tenga acceso a la cosa, responden por la tenencia ilegítima del arma.

En tal sentido se ha expuesto en forma reiterada que: “Dado que la tenencia de armas no requiere su tenencia efectiva, sino sólo poder de hecho a su respecto, cabe considerar coautora a la cohabitante del inmueble dónde se halló aquella”²⁶.

3.5 Conclusión parcial capítulo 3.

A lo largo del presente capítulo se ha observado como la falta de definiciones concretas, ya sea por parte del C.P., como de la ley de armas; hacen que la interpretación del lo prescripto por el decreto reglamentario 395/75 sea muy amplia, quizás en demasía.

De igual modo, dentro del concepto de portación existen diferentes perspectivas respecto de si tal situación se configura cuando el arma se encuentra cargada, o si es suficiente que la misma pueda ser inmediatamente cargada y disparada.

Es destacable que también se produce otra fuerte controversia, con respecto a si la portación significa llevar el arma adosada el cuerpo o en algún lugar al alcance inmediato del sujeto, como por ejemplo dentro de un portafolios o dentro del automóvil en el cual se desplaza.

El no contar en el código de fondo con una definición detallada y concreta de cada concepto -tenencia y portación-, lleva a que una misma situación fáctica pueda ser considerada como una u otra conducta, dependiendo de la interpretación del tribunal que intervenga en el caso.

²⁶ C.C.C.N., Sala IV, 28/03/2000, H.P.J., JA-2001-I-330.

Se puede afirmar que se hace necesaria una revisión, tanto del C.P. como de la ley nacional de armas -o porque no, de ambas-; a fin de establecer una concreta definición todos los términos que a lo largo de los años han sufrido varias interpretaciones y de tal forma proceder a la -necesaria- actualización del ordenamiento normativo.

Capítulo IV

Tenencia y portación de armas de fuego.

Existe un conjunto de supuestos específicos que permite observar con mayor claridad las diferentes conceptualizaciones del delito de peligro abstracto que contiene el delito de tenencia y portación de arma de fuego.

En el presente capítulo se abordarán dos de los mencionados supuestos particulares, los cuales han provocado bastante polémica con relación a las previsiones establecidas en el art. 189 bis inc. 2 C.P. Estos supuestos son, por un lado, el de aquellas armas que carecen de proyectiles -armas descargadas- y por otro, el de las armas que no poseen aptitud para disparar por tener fallas en su mecanismo de funcionamiento -armas defectuosas-.

Se dará a conocer ambos supuestos, teniendo en cuenta que el primer grupo de ellas, es el que ha presentado un mayor debate al analizar los casos en que se presenta tal situación.

4.1 Diferencia entre la tenencia y portación de armas de fuego descargada y/o que no funcionan.

A fin de mantener un orden en el análisis del presente punto, se abordará en primer término el supuesto de las armas de fuego descargadas.

Cuando se hace referencia a las armas descargadas se quiere indicar que el arma se encuentra sin municiones en su interior, pero además que a su vez no existe posibilidad inmediata de cargarla. Esto quiere decir que el sujeto tiene en su poder de un arma de fuego descargada, pero no cuenta con munición que pueda modificar tal condición del arma.

Al encontrarse con el supuesto descrito anteriormente, se produce el inicio del debate entre las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales. Por un lado, se encuentra un sector que entiende que las armas descargadas no se encuadran en ninguna figura penal, ya que el delito de peligro exige que el arma se encuentre en condiciones de inmediato uso.

En otra posición, se ubica un grupo de autores que entiende que, independientemente de que el arma se encuentre descargada, de todos modos, existe un peligro para la seguridad común, ya que la norma no diferencia si las armas deben estar cargadas o descargadas. Finalmente se encuentra un tercer grupo, el cual se podría definir como intermedio, que expresa que cuando se está en presencia de armas descargadas y el sujeto no posee municiones; si bien no se configura la de portación de armas ya que no se encuentra en condiciones de uso inmediato, si se puede subsumir dicha conducta con la tenencia ilegal de armas.

En primer término, se analizará la posición que pregona como indistinto el hecho que el arma este cargada o no, debido a que la norma no diferencia dicha situación. Dicha posición incriminante de las armas descargadas ha sido expresada por la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual ha establecido que no es aceptable considerar que el arma de guerra sin proyectiles, es decir descargada o no cargada, pierda su condición esencial de ser arma de guerra y que no sea punible la tenencia de un arma en esas condiciones pues, entre la diversidad de armas de fuego existe una categoría especial que la ley denomina armas de guerra, cuya simple tenencia se penaliza en el art. 189 bis, párrafo tercero del Código Penal, mientras que en forma separada y con absoluta autonomía, se pena la tenencia de otros objetos que la ley denomina municiones, sin que exista grado alguno de dependencia entre ellos, ni exigencia de conjunción. El tipo delictivo de la tenencia simple de armas de guerra se integra por dos elementos, a saber: La simple tenencia y la carencia de autorización para esa posesión, resultando irrelevante la no detentación de proyectiles pues igualmente se encuentra afectada en forma efectiva la seguridad pública en cuanto este delito, en cuanto a su estructura típica, es de mera conducta²⁷.

Tal como se puede observar, este argumento se basaba en la anterior redacción legal, en la cual se encontraba incriminada de manera diferenciada la tenencia del arma y la de sus municiones.

Lo cierto es que, actualmente el texto no efectúa diferencia entre el arma y su munición, de tal modo que la base en la que se sustenta esta posición, que permite incriminar de manera equivalente el poseer un arma cargada o descargada, ha perdido su solidez normativa.

²⁷ C.N.C.P., Sala I, R.G. s/recurso de casación 23/4/2002 LL, 2002-F-59.

De igual modo esta posición también se basaba en la figura legal anterior, la que no establecía claramente una diferencia entre la tenencia del arma y la portación de la misma, de forma contraria a lo que actualmente hace el art. 189 bis inc. 2 C.P. Por tal motivo resulta difícil establecer el alcance del término tenencia que se verifica en cada caso. Vale decir, si con tenencia se está haciendo referencia a lo que hoy entendemos como portación, o si se lo utiliza como un término igual al actual.

Dicha esta aclaración, se debe indicar la posición incriminante de las armas descargadas ha sido asumida por un importante sector de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la cual en reiterados pronunciamientos ha dejado plasmado que tiene el objeto el que puede disponer físicamente de él en cualquier momento, sea manteniéndolo corporalmente en su poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente, la mera existencia del arma con posibilidades de ser utilizada, ya amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley.²⁸

La tenencia ilegítima de un arma de fuego se verifica con la sola acción de tener el arma sin autorización, independientemente de las motivaciones del agente y de su efectivo empleo. El hecho de que el arma -apta para disparar- haya carecido de proyectiles resulta irrelevante, por cuanto este delito, en cuanto a su estructura típica, es de mera conducta. Por tanto, sin perjuicio que el arma cuya tenencia detentaba el imputado se encontraba descargada, si aquél tenía en su poder las municiones correspondientes a aquella, se mantiene latente la posibilidad de lesionar la seguridad común, en tanto representa o importa la creación un peligro común. Con ello, corresponde confirmar el procesamiento decretado, modificando la calificación legal por la de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización. (Núñez Ortiz, 2005)

Del mismo modo se ha afirmado que, la tenencia ilegal de arma es delito que se verifica con la sola posesión del arma sin autorización, lo que permite caracterizarla como delito de peligro abstracto. No es indispensable que el arma posea los proyectiles en su interior, basta que sea apta para el disparo, pues amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley.²⁹

El argumento central esgrimido por esta posición -el primer fallo citado- no debe considerarse del todo incorrecto, ya que es evidente que aquel que tiene el arma y cuenta con

²⁸ C.C.C.N., Sala VI, Causa N° 23.469

²⁹ C.C.C.N., Sala V, Karagenzian Adriana N. y otros, 02/10/2002.

la posibilidad de cargarla, mantiene de forma latente el riesgo de su utilización, poniendo en peligro la seguridad común. El problema de tal afirmación radica en la parte incorrecta en la que se sustenta. Tal como se ha mencionado, el hecho imputado es la constatación determinada de la tenencia o portación del arma, realizada por un sujeto.

La afirmación de que la tenencia del arma es peligrosa, por el solo hecho de que puede ser cargada a futuro, no es del todo acertada en la medida que no integre el juicio de la imputación, vale decir, que el agente se dirija a cargarla. Si así no fuera no se estaría efectuando un juicio de subsunción sobre el hecho en concreto, sino sobre una hipótesis abstracta, la cual aplicada a cualquier supuesto daría como resultado una conexión normativa totalizante. Utilizando igual criterio podría argumentarse que un arma defectuosa podría ser arreglada, y fundamentalmente que toda tenencia conlleva en algún momento su capacidad de funcionamiento específico, de allí se desprendería que en sentido hipotético toda tenencia debería ser considerada una portación.

De esto se desprende que la parte del argumento basada en lo que el sujeto podría hacer en el futuro, en tanto no integre el juicio de imputación, no resulta correcta. Considerar el hecho tal cual lo hace la posición mencionada, transformaría el delito de peligro en un “delito de peligro de peligro”, y convertiría la norma penal en una mera infracción formal.

En tal sentido se ha expresado el sector jurisprudencial contrario que requiere la concreta comprobación de que el arma se halla cargada para realizar el juicio de subsunción legal.

Así se ha expresado otro sector de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo C.C.C.N., Sala VI, Causa N° 26.382, estableció que, el delito previsto y reprimido en el art. 189 bis del C.P. es un tipo penal de peligro abstracto y su punibilidad determina la peligrosidad que se supone que conlleva la acción. En un Estado democrático de derecho la antijuridicidad requiere, por un lado, la tipicidad penal (principio de legalidad) y por el otro, que los tipos penales partan de la descripción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), como resultados especialmente graves y/o peligrosos (principio de ultima ratio) que el derecho penal desea evitar si no concurre un interés prevalente que lo justifique. Si a ello se suma que debe respetarse el principio de culpabilidad, sólo se puede intentar impedir legítimamente tales resultados desvalorados prohibiendo las conductas voluntarias que aparezcan ex-ante como capaces de producir dichos resultados.

La antijuridicidad no se agota en la relación entre la acción y la norma, sino que posee también importancia por su contenido (antijuridicidad material) y en sentido material, una acción es antijurídica en atención al menoscabo del bien jurídico protegido con la correspondiente norma. En consecuencia, el revólver sin municiones en su tambor, hallado debajo de la alfombra del asiento del acompañante de un rodado, es una conducta que no contradice el tipo penal bajo estudio, toda vez que el bien jurídico tutelado (seguridad pública) no fue expuesto a ningún peligro. Los principios de lesividad, legalidad, igualdad y culpabilidad, exigen que los términos se utilicen restrictivamente y en relación con el peligro. En el delito de tenencia ilegal de arma de guerra es necesario probar el riesgo hacia el bien jurídico ya que, si bien esto podría conducir a una conversión de los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, surge como una de las respuestas más adecuadas si se respetan los mencionados principios. 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. Por ello, debe revocarse el procesamiento del imputado y dictarse su sobreseimiento”. (Caparros, 2005).

En igual sentido la misma Cámara expreso, al decir que, si el arma de uso civil portada fue secuestrada sin proyectiles, no se dan los elementos requirentes del tipo penal establecidos en el art. 189 bis, 3º párrafo, C.P., toda vez que no se advierte cuál es el peligro al que presumiblemente se expuso a la seguridad pública. La sola afirmación de que se trata de un delito de peligro abstracto no sólo no es suficiente, sino además carente de sustento legal. Para que exista el delito de peligro abstracto, o conducta peligrosa, es necesario que se den los elementos del tipo penal y, además, que la conducta sea antijurídica materialmente. Si no hay antijuridicidad material, mal puede hablarse de injusto. Además, el dolo del autor debe existir, de manera que debe querer y conocer que porta un arma, esto es, algo que funciona, que dispara balas. Si no es así, será otra cosa, pero no un arma, aun para los delitos de peligro abstracto. Si el autor ha tomado las previsiones del caso, a los efectos de evitar la peligrosidad del objeto, no aparece el injusto del acto, salvo que se afirme que los delitos de peligro abstracto no requieren elemento subjetivo alguno, lo que plantearía la cuestión en un regreso a la responsabilidad objetiva que no tiene posibilidad de subsistir en nuestro ordenamiento legal³⁰

³⁰ C.C.C.N., Sala VI, Zotarez Geraldine y otra, 14/2/2003.

Esta misma posición desincriminante, la cual exige la existencia de antijuridicidad material ha sido expuesta por el conjunto de las salas del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Fundado en razones de brevedad solo se citará un fallo del mencionado Tribunal, en el cual expuso respecto del delito de tenencia de arma de guerra, en cuyo ámbito -al igual que la portación- la ausencia de proyectiles hace que el bien jurídico quede ileso, y por ende, el ilícito no se configure.³¹

Corresponde a partir de ahora el tratamiento de la tesis o posición intermedia, la cual contiene algunos caracteres similares a la posición incriminante vista anteriormente, en lo relativo a la concepción formal del delito previsto en el art. 189 bis inc. 2 C.P., pero haciendo centro en la actual formulación del texto legal y en la diferenciación entre portación y tenencia.

Se entiende de tal modo ya que, si la portación exige que el arma se encuentre en condiciones de uso inmediato, la tenencia, por oposición no exige ello, motivo por el cual un arma descargada, en tanto es tenida de manera ilegal, debe ser encuadrada como tenencia en la medida en que afecta por el solo hecho de su constatación, la seguridad común.

Tal criterio ha sido seguido por todas las Salas de la Cámara de Apelaciones y Garantías del departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires.

En los mencionados pronunciamientos, el argumento central podría resumirse en los siguientes términos:

Un arma descargada, en tanto tenga la posibilidad de ser cargada, sigue generando un peligro para la seguridad común en los términos de la tenencia de armas; además, con un arma descargada aún se puede intimidar y cometer delitos, como por ejemplo los descriptos en el art. 166, inc. 2 párrafo tercero del C.P.; finalmente y como último argumento se utiliza un criterio meramente formal del término peligro abstracto, de manera equivalente al oportunamente analizado como constitutivo de una contravención.

Como ya se ha expresado anteriormente, cuando un sujeto se halla en un lugar público con un arma de fuego, lo que se debe analizar no es la relación del sujeto con la cosa, en los términos de la tenencia, sino el riesgo generado por la posible utilización de dicho objeto, base del riesgo abstracto de la portación. De allí que sea incorrecta la calificación de tenencia

³¹ T.C.B.A., Sala I, Causa N° 9533, 02/05/2006.

de arma, sobre la base de comprobar que un sujeto, en lugar público tiene en su poder un arma descargada, como consecuencia de una portación atípica; vale decir, sin estar en condiciones de uso inmediato.

Este criterio estipula la tenencia como una figura genérica, y a la portación como un supuesto agravatorio. Ciertamente es que, al ponderar los riesgos, la portación se encuentra más próxima al inicio de la ejecución de un delito de lesión, y de ello se desprende que tenga una pena superior; pero tal ponderación de ningún modo puede presuponer que una acción es un agravante de la otra. Es evidente que para portar un arma primero hay que tenerla, pero el juicio de reproche está claramente diferenciado entre ambas conductas. Tal cual se encuentran legislados, ambos delitos son autónomos, y como tales requieren elementos y exigencias específicas debido al riesgo que generan.

El sujeto que tiene en su poder un arma en un lugar público, pero la misma está descargada, realiza una conducta atípica en los términos de la portación que no puede retrotraerse hacia los componentes normativos de la tenencia.

Al decir de Jakobs, lo que corresponde evaluar es que tanto la tenencia, como la portación ilegal de armas, constituyen delitos de peligro abstracto que se encuentran criminalizados como casos de anticipación punitiva hacia estadios de preparación de otros eventuales hechos delictivos futuros; lo cual se justifica, cuando el objeto material de tenencia importa una fuente de peligro determinada, como lo es un arma. De tal forma que su punición se encuentra legitimada en tanto la prognosis del riesgo concreto se mantenga en vigencia, ya que el delito no se constituye en la mente del autor, sino en el riesgo que el mismo genera, o sea, lo que efectivamente pueda generar en un futuro. (Jakobs, 1997)

Dentro del marco de la abstracción, quien posee un arma de modo ilegítimo y avanza hacia estadios superiores, pero aún dentro del peligro abstracto, sin tener su conducta un significado delictivo -por estar el arma descargada-, quita toda significación jurídica tanto a la portación como a la tenencia. Regresar hacia ésta última -tenencia-, sobre la evidente atipicidad de la primera -portación-, es omitir que tal acción negó todo riesgo para el bien jurídico.

La tipicidad penal no es otra cosa más que la concreción de un riesgo no permitido dentro del ordenamiento normativo. Así se ha expresado Roxin, C. (2002):

...es posible salvar la tipicidad en una medida político criminal razonable...limitando la punibilidad al ámbito de lo que parece indispensable desde un punto de vista preventivo general, la creación y realización de riesgos que son insoportables para convivencia segura de las personas” (p. 8).

El tipo penal previsto originariamente por el art. 189 bis C.P., se limitaba a reprimir la tenencia de armas de guerra, ya que dicho elemento comprendía las conductas que hoy son tenidas como de portación. En las sucesivas reformas del mencionado artículo se fueron dividiendo los ámbitos de una y otra conducta, como también incorporando entre los objetos a ser tenidos, a las armas de uso civil. Al respecto se expresa el doctrinario Núñez, R. (1971) al decir que:

...la inutilización de las armas o de los materiales excluye la posibilidad de todo peligro, y de este modo, la adecuación de su tenencia al tipo legal, cuya existencia es incompatible con una tenencia frente a la que no exista razón para que se resguarde la seguridad común” (p. 71).

Dicha diferencia no es menor en la interpretación doctrinaria del elemento normativo, ya que en realidad “no se ha creado el tipo de portación”, sino que solo se le ha cambiado la denominación -antes era una tenencia-, para reservar esta última a otros estadios, los cuales antes no se hallaban tipificados como tales -simple tenencia- y que ahora si se encuentran incluidos en la legislación como conductas reprochadas.

De esta manera, se puede afirmar que la ley de reforma no vino más acá en el riesgo, sino que fue más allá; vale decir, generó más abstracción de riesgo y no logro mayor concreción de conducta

Es esta explicación la que permite dar sustento a que es típica de tenencia la conducta del sujeto quien justamente, tiene en su domicilio un arma -sin autorización legal-, en la medida en que subsiste el riesgo de que la misma sea cargada y se transforme en una portación típica, pero no para aquel que ha avanzado hacia una conducta descriminalizada -portación atípica por falta de munición-. Del mismo modo, se podría decir que a priori es atípica la conducta de aquel que tiene un arma rota o averiada, ya que la misma, por encontrarse en dicho estado, nunca puede transformarse en una futura portación.

Para quienes defienden la posición intermedia, el primer argumento de calificar la portación atípica como tenencia pasa por alto que la hipótesis futura de cargar el arma no forma parte del juicio de reproche, ya que el juicio hipotético no alcanza a explicar el curso real del acontecer.

Con respecto al segundo argumento, relativo a que aquel sujeto que lleva consigo un arma descargada puede realizar hechos ilícitos con ella, como por ejemplo el art. 166 inc. 2 tercer párrafo C.P., indica que resulta claro que si dicho sujeto, con un arma descargada apunta a otro, produce una intimidación superior en la intención de hacerse de parte o todo del patrimonio ajeno. También está más que claro que no cabe interrogar a la víctima acerca de la verificación de las condiciones de funcionamiento del arma. Por su parte se debe aclarar que, de esta afirmación, desprovista de todo análisis, no puede extraerse ninguna consecuencia jurídica.

Quien posee un arma descargada no produce un mayor riesgo para la seguridad común, incluso si tuviere intenciones dañinas, que aquel que tiene consigo un palo, un fierro, o un cuchillo. Incluso podría asegurarse que alguno de estos últimos tres elementos resulta más peligroso que un arma descargada para agredir a alguien. Por lo tanto, mantener la sanción más allá de la ponderación concreta de riesgo, por la simple afirmación de que el elemento es un arma, y que el imputado no tenía autorización legal para portarla, transformaría en delito una mera contravención.

En este caso, a diferencia de la polémica que se presenta con las armas descargadas, la doctrina y jurisprudencia es prácticamente unánime al considerar que dicha conducta no se subsume en el delito de tenencia o portación de arma.

En este sentido se ha dicho que, corresponde sobreseer al imputado, acusado del delito previsto en el art. 189 bis del Código Penal, si del peritaje efectuado sobre el arma surge que el revólver incautado al menor, que lo había sido sin municiones, resultó no apto para producir disparos en las condiciones en las que fuera recibido, debido a que carece del martillo completo, pieza directamente vinculada con su ciclo de disparo, pues la falta de idoneidad en el objeto referido impide tener por satisfechos los requisitos del tipo objetivo de la figura en cuestión y, por ende, se revela como falta de aptitud para provocar una afectación al bien jurídico que protege la norma.³²

³² C.C.F.B.A., 22/09/2006, Alcaraz Marcelo A., LL, 2007-B-187.

El principal fundamento en que se basa este argumento casi unánime, es en la absoluta imposibilidad de poner en riesgo cualquier bien jurídico con un arma cuyo accionamiento es defectuoso, ya sea por fallas del mecanismo o faltantes de piezas.

Dicho argumento, si bien puede ser correcto, no es del todo equiparable con la imputación a título de tenencia de las armas sin municiones en la vía pública, ya que de igual modo que un arma puede ser cargada, también puede ser arreglada. También es posible intimidar a alguien con un arma que tiene defectos de funcionamiento o faltantes de piezas, ambas situaciones no determinables a simple vista para la víctima. Estos últimos argumentos, en realidad, indican la incorrección de seguir ese camino en todos los casos, pues a falta de antijuridicidad material, un supuesto es semejante al otro.

4.2 La ausencia de fines ilícitos en la tenencia y portación de armas de fuego

Nuestro ordenamiento jurídico establece, a través del párrafo quinto del inc. 2 del art. 189 bis C.P., una reducción en la escala penal aplicable para aquel sujeto que portare armas de fuego pero que resultare evidente que carecía de voluntad de utilizarla con fines ilícitos.

El texto normativo citado dispone que: “La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos”.

4.3 Tipicidad de la conducta

Tal como se viene analizando a lo largo del presente trabajo, respecto de las figuras de peligro abstracto, y en particular la de la portación de armas de fuego, se puede advertir que este párrafo del C.P., resulta ser casi una paradoja, ya que se presenta como una reducción en la escala lo que debería ser considerado atípico, puesto que quien no tiene una finalidad delictiva no puede poner en riesgo el objeto de protección de la norma.

Como ya ha sido expresado anteriormente, el delito aquí tratado no se vincula con la administración pública y la capacidad del Estado de ejercer el debido control de las armas de

fuego que se encuentran en poder de la sociedad. De allí se desprende que no se debe confundir el concepto de ilegitimidad de la tenencia con el objeto de prohibición.

Lo anteriormente mencionado resulta evidente al tener en cuenta que, si se considera al delito como la defensa de la potestad del Estado de controlar las armas en manos de los civiles, ello haría necesaria la inclusión de norma dentro de los delitos contra la administración pública, y que la acción sea tendiente a afectar dicha potestad, lo cual no sucede con el mero tener.

Si fuera correcta la posición de incluirlo como un delito contra la capacidad de control de Estad, se reduciría la aplicación de la norma a un grupo muy reducido casos, en los cuales quien tiene o porta un arma, a su vez le impide al Estado saber de quién es el arma, ejemplo de ello sería que el número de serie del arma este suprimido. Resulta evidente que no es el fin perseguido por la norma, ya que, si bien se refiere a simple tenencia, lo hace sobre la base de los delitos de peligro abstracto vinculados a la seguridad pública.

La razón de la figura atenuada, en el término simple tenencia también se ha fundamentado indicando que:

...esta paradójal fórmula (que prácticamente suprimiría un elemento constitutivo del delito mismo en circunstancias normales) es a nuestro entender, la situación de quien posee o tiene o transporta las armas útiles y operativas pero sin proyectiles, o las mantiene guardadas, o embaladas u ocultas por razones de seguridad de quienes conviven o trabajan con él, pero en aptitud de uso o de ser disparadas y, sin licencia o autorización legal correspondiente de tenencia o portación...efectivamente desde el punto de vista de la peligrosidad el arma tenida o portada es igualmente letal u ofensiva, independientemente de las condiciones personales del autor, que ya han sido tenidos en cuenta por la autoridad para conceder la tenencia. (Villada, 2004, p. 72)

Por otra parte, también se ha sustentado que: “La falta comprobada de intención, no torna atípico el hecho por falta de lesión al bien jurídico protegido porque, tratándose de un delito de peligro abstracto, aquélla ya se produjo con la portación no autorizada del arma de fuego”. (Reinaldi, 2004, p. 175)

Se debe hacer notar que a ambas posiciones le asisten argumentos, pero de todos modos no son totalmente acertadas ninguna de las dos.

En primer término, se debe señalar que los delitos de lesión pueden ser cometidos con armas registradas y no registradas, de hecho, un caso muy conocido hace tiempo atrás, fue cometido por una persona que resulto ser inimputable, que tenía armas de manera legal, y a la cual el entonces Registro Nacional de Armas y Explosivos le había otorgado la correspondiente autorización.³³

Si de la ilegitimidad de la tenencia y portación se desprende que con ella se habrá de cometer un hecho ilícito, esta presunción no podrá ser *iure et iure*, sino que debe ser considerada *iuris tantum*.

El argumento utilizado en el primer párrafo transcrito *ut supra*, respecto de la tipicidad porque el arma tenida es ofensiva, omite que no es la ofensividad del arma el objeto de imputación, sino que lo es la conducta del agente -que se presupone *iuris tantum*- que se va a realizar con la tenencia no autorizada de la cosa.

Es justamente este argumento el que vale para dar respuesta a la posición expuesta en el segundo párrafo transcrito, pues la circunstancia de que se está en presencia de un delito de peligro abstracto no trae aparejada -per se- la posibilidad de entender que cualquier cosa es un delito.

Tal argumento resulta contradictorio si justamente se está en presencia de un delito de peligro abstracto y se reconoce que existen grados de peligro diferenciados -común, agravado y atenuado-. Si existen tales grados de peligro es porque la relación del agente y el arma no es equivalente en todos los supuestos.

En determinadas circunstancias, podrá argumentarse mayor peligro, hasta el punto tal que el peligro abstracto se concreta, y el peligro concreto se transforma en un delito de lesión, en tanto que en el otro extremo del supuesto el peligro cede a las circunstancias de hecho y atraviesa la línea inferior necesaria para seguir argumentando que estamos frente a un peligro.

³³ La muerte de Alfredo Marcenac en la Avenida Cabildo de la C.A.B.A., el día 6 de julio de 2006, hecho cometido por Martín Ríos cuando abrió fuego contra varios ocasionales transeúntes. El arma se encontraba registrada a su nombre y el RENAR le había otorgado la tenencia pese a que Ríos resultaba ser inimputable. Hasta ese momento se exigía un certificado psicofísico firmado por un solo profesional médico, luego del hecho se comenzó a exigir un certificado físico y otro certificado psicológico, cada uno firmado por un especialista en la respectiva rama de la salud.

Afirmar que, constituye delito que una persona tenga un arma no registrada con evidente intención de no llevar a cabo hechos ilícitos, porque estamos frente a un delito de peligro, es similar a decir que, aunque se haya constatado que no hay peligro alguno la acción es delictiva por ser peligrosa.

No es abundante la jurisprudencia sobre la materia específica de este atenuante, pudiéndose destacar lo resuelto por la Sala penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, al pronunciarse por la aplicación del precepto legal en el sentido de, si el imputado no portaba un arma de fuego para cometer otro delito, concurre la exigencia típica para la aplicación de la atenuante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, sexto párrafo, del Código Penal³⁴.

4.4 Situación de hecho de este supuesto

Independientemente de la posición que se adopte con relación a la atenuación de la portación de armas por el hecho de que la misma no es tenida con un fin delictivo, ya sea que se sostenga la validez constitucional de la norma, o que se la considere contraria al principio de reserva, se debe señalar que para cualquiera de los dos casos se deben configurar los presupuestos de hecho allí contenidos.

Debe resultar clara y evidente la situación de hecho, vale decir que, desde la óptica del que juzga, no debe quedar duda alguna de que el sujeto imputado no tenía intenciones ilícitas con el arma que portaba ilegalmente.

El primer conflicto que se presenta en este tipo de exigencias, es cómo se puede sostener el principio de presunción de inocencia del cual se deriva la llamada duda beneficiante.

Como se ha mencionado, la intención de no perpetrar fines ilícitos debe ser evidente, y no debe quedar duda alguna sobre ese aspecto, esto hace parecer que quedaría en cabeza del sujeto imputado acreditar la certeza de tal intención; y que en caso de no darse tal certeza no se daría la evidencia fáctica para incluir el caso bajo dicho supuesto.

³⁴ S.T.J.R., Sala Penal, 23/08/2006, Sagredo, Julio Alejandro.

También como se ha mencionado, aún no se han planteado en las máximas instancias judiciales este tipo de problemas, por lo tanto, no existe jurisprudencia que pudiera orientar específicamente en el punto objeto de análisis.

De todos modos, la CSJN se ha pronunciado en un caso análogo, sobre el art. 14 segundo párrafo de la ley N° 23.737 en materia de estupefacientes, cuando resulta evidente que la sustancia es tenida para consumo personal. En tal supuesto, la CSJN dispuso que el principio de duda beneficiante debía ser aplicado al término inequívocamente y que, en caso de no existir certeza para rechazar la figura atenuada, se tenía que optar por ella³⁵.

Cierto es que, incluso si se aplica el principio de la duda beneficiante a favor del término evidente, la opción por la figura atenuada será una situación de hecho que se deberá aplicar a cada caso en concreto, no habiendo situaciones preexistentes que obliguen en ese sentido. A su vez, y a diferencia de lo que sucede con la tenencia de estupefacientes para consumo personal -art. 14 segundo párrafo ley N° 23.737-, donde lo “evidente” debe concurrir con la “escasa cantidad”, no acontece lo mismo con la tenencia de armas, ya que en estos casos es suficiente que contengan una única munición para considerar al arma en condiciones aptas para el disparo.

Se puede mencionar que en el Juzgado de Garantías N° 5 de San Martín, por audiencia de flagrancia, en la I.P.P. 570.156, caratulada V.J.R. s/portación atenuada, el Ministerio Público sostuvo tal calificación legal en un hecho en el cual el sujeto imputado trabajaba como empleado de seguridad nocturna en una garita de barrio y al cual la empresa le había provisto un arma para realizar tal fin.

La consideración de hecho debe venir dada, en líneas generales por aquellos requisitos a los que hace referencia el decreto 395/75 para autorizar la portación, vale decir, vinculado a cuestiones de seguridad, y todo ello debe ser medido en el contexto del caso concreto.

4.5 La portación del legítimo usuario registrado

³⁵ C.S.J.N. in re Veva Giménez Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes. Causa N° 660 V. 1283. XL, 27/12/2006.

La nueva redacción del art 189 bis C.P., establece un nuevo tipo penal para aquél que portare armas de fuego de manera ilegal, pero siendo un tenedor registrado de la misma, vale decir un legítimo usuario habilitado por ANMaC.

Así se desprende del párrafo cuarto del inciso segundo del mencionado artículo, el cual expone: “Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo”³⁶.

El tema que se trata en este punto es bastante complejo, ya que, si se siguiera el criterio que se viene utilizando, queda suficientemente claro que esta normativa resulta contraria al principio de antijuridicidad material. Pero, además resulta muy relevante que incluso siguiendo la posición más extrema sobre la naturaleza del delito aquí tratado, de igual modo se llegaría a la misma conclusión, vale decir, que aquí se sanciona una mera trasgresión formal a ciertas normas administrativas, lo que de ningún modo puede ser considerado delito.

La reforma en el artículo fue introducida por parte de la comisión de la legislación penal de la Cámara de Diputados. Según se fundamentó en ese momento, se creó este atenuante para no tratar con idéntico rigor a aquel que porta un arma sin registro, que a quien efectivamente ha hecho el trámite necesario ante el organismo correspondiente, pero se excede, porque la autorización de la tenencia dentro del ámbito de dominio del agente en absoluto autoriza a portarla, y mucho menos en la vía pública.

La redacción de la norma no exhibe una cuestión fundamental relativa a los agravantes y atenuantes. Resulta claro que, de acuerdo con el decreto 395/75, aquel que tiene antecedentes penales desfavorables no puede obtener autorización para tener armas, pero podría pasar que aquel que tiene antecedentes penales, a su vez, y conforme un caso dado no portare el arma con fines ilícitos. De tal modo que debieran operar el agravante y la atenuante.

Tampoco se expone lo que sucedería en el caso de que el tenedor autorizado se encuentra portando el arma en lugar público, pero sin fines ilícitos. Podría considerarse que en este caso debieran concurrir ambos atenuantes, puesto que el motivo de atenuación resulta diverso, tanto en su conformación como en su fundamentación.

³⁶ Art 189 bis C.P.

Si se trata de sancionar el exceso en la autorización del Estado a tener, pero no a portar, no se comprendería en qué medida ello puede poner en riesgo la seguridad común. Es destacable que nos estamos refiriendo a personas a las cuales el Estado autorizó a tener armas, y la conducta criminalizada es, justamente un exceso en los límites de la autorización legal, lo cual bajo ningún concepto puede deducirse como un fin ilícito.

Es así que, los fundamentos brindados por la inconstitucionalidad de la punición en aquellos casos de atenuación por no tener fines ilícitos aquí se reactualizan, pues allí es el juez quien debe ponderar la situación de hecho que importa afirmar que resulta “evidente” que el arma no es portada con fines ilícitos, mientras tanto en este caso es el propio Estado el que realiza esa presunción, ya que ha otorgado tenencia legal del arma.

Se puede afirmar que, si la ilegalidad de la tenencia -base de la portación- es el fundamento que admite presumir el fin ilícito de la conducta, que a su vez da base a la afirmación de que nos encontramos frente a un peligro abstracto, y la que a su vez reconoce una base de juicio contra fáctica que reduce esa presunción al no tener fines ilícitos; aún más se pierde todo juicio de peligro cuando dicha presunción queda eliminada por existir la autorización del Estado para tener el arma.

Como se observa, una vez más, se procedería a sancionar meras infracciones administrativas, las cuales de ningún modo importan la asunción de conducta peligrosa ya que se carece de toda base de antijuridicidad material.

Lo que quiere significarse es que para sostener la validez normativa del precepto legal no deben formularse presunciones de riesgo, tal como sucede cuando el arma es tenida y portada de manera ilegal, sino que aquí debería acreditarse efectivamente la ulterior intención ilícita del agente que la porta excediendo la tenencia otorgada por parte del Estado.

En los casos de portación ilegal, donde el sujeto carece de autorización para la tenencia, la ilegitimidad es la base de la presunción del riesgo; vale decir que la tenencia ilegítima presupone un riesgo abstracto base, el que luego se transforma en una portación igualmente ilegal, aumentando el riesgo para la seguridad común. En estos supuestos de tenencia autorizada no existe esa base de riesgo, y la sanción de la portación se fundamenta en el exceso en el transporte de la cosa tenida legalmente.

Dicho así, este podría llegar a ser el fundamento para sustentar la sanción penal reducida de quien porta ilegalmente un arma que tiene legalmente, pero para ello debería demostrarse que efectivamente en el caso concreto el exceso tiene un fin ilícito.

Si no fuera así, desaparecería toda base de antijuridicidad material ya que no existiría riesgo abstracto en el caso de quien tiene legalmente un arma y se excede en la autorización del Estado al portarla, pero sin un fin delictivo.

Se puede decir que esta es la única forma de poner a salvo la constitucionalidad de la figura, que sería contraria a la carta magna, en los términos del art. 19, si se la interpretare en el sentido tradicional de los delitos de tenencia.

4.6 Conclusión parcial del capítulo 4

En el presente capítulo se han tratado diferentes supuestos, algunos de ellos con recepción expresan en el texto normativo del art. 189 bis C.P., los cuales buscan atenuar las figuras de la tenencia y portación de armas sin autorización legal.

Como se ha visto, en todos los supuestos hay diferentes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que se aplican a cada supuesto. Esta apertura, tanto en la interpretación como en la aplicación a cada caso en concreto, ha producido y sigue produciendo polémica no solo en el ámbito jurídico, sino que también en la sociedad en general.

Es innegable que la seguridad es uno de los temas que más preocupan a los ciudadanos, -y a la hora de mencionar los elementos que atentan contra aquella-, son las armas de fuego, uno de los primeros en esa lista.

A modo de ejemplo se puede decir que, la víctima de un delito con el uso de un arma de fuego, difícilmente pueda saber y/o distinguir si la misma se encuentra cargada o no; pero sea cual fuere la condición del arma, esta última se ve amenazado por la misma.

Con dicha reflexión no se intenta decir deberían eliminarse de plano tales atenuantes, sino más bien, que se debería legislar de forma más precisa en este aspecto, a fin de aplicar las atenuantes en aquellos casos que si lo ameriten.

Conclusión Final

El presente trabajo ha estado dirigido a analizar la diferencia existente entre el delito de tenencia ilegal de arma de fuego y el de portación ilegal de tales elementos; dicha tarea -que podía presentarse en un principio como una dificultad no mayor-, se ha visto ampliada y enriquecida, por la gran cantidad de matices jurídicos que se presentan en la temática.

Cuando se hace referencia a la diferencia entre tenencia y portación de armas de fuego se debe aludir, que en nuestro país se encuentra vigente la ley N° 20.429 conocida como Ley Nacional de Armas y Explosivos, la cual, si bien las nombra actividades diferentes entre sí, no proporciona una concreta diferenciación o delimitación entre una y otra.

Es el artículo 14 de la mencionada ley, en el inc. 8° último párrafo, el que establece con respecto a las armas de guerra que, el otorgamiento de permiso de tenencia no importará, en ningún caso, autorización para la portación de las armas que el mismo comprenda, que queda de tal modo prohibida.; y de similar forma se refiere a las armas de uso civil en el artículo 30, párrafo 2° cuando dice, el certificado de tenencia no autorizará en ningún caso la portación de arma a que se refiera, la cual únicamente se otorgará previo permiso, en los casos que con carácter excluyente esta ley o su reglamentación determinen.

Por lo antes dicho, se puede visualizar que se ha querido establecer una diferencia entre ambas actividades, pero se ha dejado librada la interpretación de estas, o al menos, la de los límites entre ellas, los cuales no han sido establecidos de forma clara y fehaciente por el legislador.

Por su parte el Código Penal de la Nación instituye una diferencia, realizada al momento de establecer las penas correspondientes -por un lado- a la simple tenencia de armas sin la debida autorización y -por otro- a la portación de armas sin la debida autorización, tal como se ha establecido en su art. 189 bis, segunda parte.

Alguna postura, se ha caracterizado por definir a la tenencia de arma de fuego por el sólo hecho de la permanencia de esta en el ámbito de custodia de la persona. También, se ha definido al límite -entre tenencia y portación- por la circunstancia de si el arma es llevada o no consigo.

Por otra parte, hay quienes afirman que la diferencia radica en que el arma debe estar cargada o en condición de uso inmediato para que se configure la portación; y otras opiniones indican que el arma debe ser apta para el disparo, independientemente de que la misma esté cargada o no.

En lo relativo a jurisprudencia, también podemos encontrar fallos contradictorios en lo que hace a diferenciar la conducta de tenencia con respecto a la de portación. Esto se exterioriza a raíz de la orfandad que el ordenamiento jurídico nos presenta al momento de definir, de manera clara y precisa, el alcance de cada una de las conductas.

Es dable destacar, que la redacción de nuestro Código Penal data de principios del siglo pasado, tiempo en el cual las realidades sociales y las conductas delictivas eran por mucho, muy diferentes a las actuales. Si bien se le han hecho numerosas modificaciones a lo largo de los años, es innegable que una norma de tal importancia debe ser objeto de una revisión integral.

La ley N° 25.886, mediante la que se reforma el art. 189 bis C.P., hace mención de dos categorías de armas: armas de guerra y armas de uso civil. Dicha clasificación procede del art. 3 de la ley N° 20.429 que, de conformidad al decreto 395/75; como se puede observar, no establece un calibre específico que produzca la diferencia entre una y otra categoría; ya que dicha diferenciación responde a varios factores como, por ejemplo: el calibre, el largo de caño, el tipo de armas, entre otros.

Es un error muy arraigado indicar que, el cambio entre una y otra categoría, sea determinado por el hecho que el arma sea de un calibre superior al .22LR -22 largo rifle-.

Por su parte, el art. 4° define a las armas de guerra -por vía de la exclusión-, estableciendo que son aquellas que no se encuentran dentro de la categoría de uso civil.

Es importante tener en cuenta que, en la Argentina existe un organismo oficial encargado del registro de armas y materiales explosivos, dicha entidad es la Agencia Nacional de Materiales Controlados, conocido bajo las siglas ANMaC.

Se debe mencionar, a fin de establecer una línea de tiempo, que esta agencia fue continuadora de las funciones desempeñadas por el Registro Nacional de Armas y Explosivos (RENAR), creado por la Ley N° 24.492 sancionada en el año 1995, la cual se dedicaba a

registrar, fiscalizar y/o controlar toda actividad vinculada con armas de fuego, pólvoras, explosivos dentro del territorio nacional.

Es así que en el año 2015, mediante la ley N° 27.192, se produce la creación La Agencia Nacional de Materiales Controlados -conocida bajo las siglas ANMaC-, ente descentralizado en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con autarquía económica financiera, personería jurídica propia y capacidad de actuación en el ámbito del derecho público y privado, cuya misión es la aplicación, control y fiscalización de la Ley Nacional de Armas y Explosivos 20.429, así como la cooperación en el desarrollo de una política criminal en la materia, el desarrollo e implementación de políticas de prevención de la violencia armada y todas aquellas funciones asignadas por ley que la creó.

Dicha entidad, tiene dentro de sus funciones registrar, autorizar, controlar y fiscalizar toda actividad vinculada a la fabricación, comercialización, adquisición, transferencia, traslado, tenencia, portación, uso, entrega, resguardo, destrucción, introducción, salida, importación, tránsito, exportación, secuestros, incautaciones y decomisos; realizada con armas de fuego, municiones, pólvoras, explosivos y afines, materiales de usos especiales, y otros materiales controlados, entre otros.

Es importante destacar que, esta última se conceptualizó a los legítimos usuarios como las personas físicas o jurídicas, que luego de cumplir las exigencias legales y reglamentarias; y, se encuentran autorizadas para acceder -conforme a sus categorías-, a los diversos actos que la normativa vigente prevé para las armas de fuego, como por ejemplo la tenencia, transporte, uso, portación, fabricación, comercialización en sus diferentes modalidades; Asimismo, se han establecido diversos requisitos que deben cumplir los ciudadanos a fin de acceder a la condición de legítimo usuario de armas, entre ellos: acreditar identidad, domicilio real y ser mayor de veintiún (21) años de edad, acreditar medios de vida lícitos, acreditar inexistencia de antecedentes penales, acreditación de estado de salud psicofísico y acreditar idoneidad en el manejo de armas de fuego

Estos requisitos deben ser cumplidos con una serie de formalidades que el organismo prescribe mediante el dictado de disposiciones internas. También se debe mencionar que dichas disposiciones han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo en lo que hace a cuestiones de forma, pero no de fondo.

Se ha visto que nuestro actual Código Penal, aun después de numerosas modificaciones, no cuenta con una definición de arma de fuego dentro de su redacción. La mencionada ausencia de definiciones se extiende también hasta los conceptos de tenencia y portación de armas de fuego.

Se puede observar, que no existe acuerdo en la doctrina acerca de la diferenciación conceptual entre la tenencia y la portación de armas, esto es así debido a que no han sido delimitados objetivamente cada uno de los conceptos.

Adhiriendo a la postura del Dr. Zaffaroni, se podría afirmar que la conducta típica es la tenencia, vale decir, la conservación dentro de un ámbito material de custodia o en un lugar, aun escondido, en el que se encuentre a su disposición, pero sin llevarla consigo; que se configura la tenencia de arma de fuego cuando el arma es hallada en el domicilio del imputado y que tratándose de un delito de mera conducta o de pura actividad, donde la acción se agota en ella misma y consume instantáneamente el delito, correctamente se reprime la tenencia pretérita, ya que mientras hubo tenencia comprobada, existió peligro, aunque luego se haya entregado el arma a otra persona o se la haya abandonado

Las definiciones de los mencionados términos han sido aportadas, en parte, el decreto reglamentario N°395/75 y la ley nacional N°20.429; y en parte, a través de la doctrina y la jurisprudencia, entendiéndose que arma de fuego es aquella que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia, sean estas producidas en una fábrica destinada a tal fin, o bien de manera artesanal. (art. 3 inc. 1 decreto 395/75).

Dentro de esta definición, quedan comprendidas aquellas fabricadas por una empresa específicamente dedicada y habilitada para la producción de estas; como también, las fabricadas de manera casera y que han sido denominadas vulgarmente como tumberas.

La polémica, sobre los conceptos tenencia y portación, también se traslada al momento delictivo, vale decir, si es posible imputar la constatación actual de la portación o tenencia, a aquella situación pretérita. Esta cuestión puede considerarse superflua o sin importancia en ciertos casos, en tanto que, imputada la constatación actual no tendría demasiado sentido preguntarse por la pasada. Pero existe un -no menor- grupo de casos, en que este interrogante es por demás oportuno, en particular los que amplían los sujetos objeto de imputación.

Se podría concluir diciendo que tal situación fáctica, conlleva una pluralidad de interpretaciones que producen, en no pocas ocasiones, que una misma acción pueda ser encuadrada dentro de uno u otra conducta típica, dependiendo de la aplicación que haga el juez o tribunal que interviene.

A modo de valoración personal, se observa que se hace necesario contar con una definición concreta y una delimitación -de las mismas características- para los conceptos de tenencia y portación, y que las mismas deberían formar parte del texto del Código Penal de la Nación.

Bibliografía

I) Doctrina:

a) Libros:

Aguirre Obarrio, E. (1986). *De paseo con el peligro, Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, N°3. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Baigún, D., Zaffaroni, E. (2009). *Código Penal T. VIII.*, Buenos Aires: Hammurabi.

Bidart Campos, G. (1995). *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar.

Bovino, A. (2005). *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Buompadre, J. (2004). *Derecho Penal, parte especial*, Tomo II. Corrientes: Mave.

Creus, C. (1990). *Derecho penal, parte especial*, T. 2. Buenos Aires: Astrea.

De Langhe, M. (2009). *Artículo 189 bis Armas y materiales peligrosos*, publicado en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. T VIII. Buenos Aires: Hammurabi.

Donna, E. (1999). *Derecho Penal Parte Especial*, T. II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Donna, E. (2011). *Derecho Penal, parte especial*, T. II-C. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Figari, R. (2006). *Robo, análisis doctrinaria y jurisprudencial*. Córdoba: Editorial Mediterránea.

Fontán Balestra, C. (2013). *Tratado de Derecho Penal Parte Especial Tomo IV*. Buenos Aires: La Ley.

Gavier, E. (1995). *Notas al C.P. Argentino*, T. II. Córdoba: Lerner.

Gomez Urso, J. (2005). *Fallos de la casación penal de la Provincia de Buenos Aires*, año I, N° I. Buenos Aires: Fabián Di Placido Editor.

Gomez, E. (1941). *Tratado de Derecho Penal*, T. V. Buenos Aires: Cía. Arg. De Editores.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, parte general*. Madrid: Marcial Pons.

- Laje Anaya, J. (1978). *Comentarios al Código Penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Maier, J. (2000). *Sistema penal y sistema contravencional, Actualidad en Derecho Público*, N° 13. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Núñez, R. (1971). *Derecho Penal Argentino*, T. IV. Córdoba: Lerner.
- Peco, J. (1936). *La reforma penal en el senado de 1933*. Buenos Aires: UNLP.
- Reinaldi, V. (2004). *Delincuencia armada*, 2ª edición. Córdoba: Mediterránea.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2º edición. Buenos Aires: Hammurabi.
- Schiavo, N. (2008). *El aporte marginal de la teoría del bien jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Fabián Di Placido Editor.
- Schiavo, N. (2010). *La tenencia y portación de armas de fuego*. Buenos Aires, Argentina: Fabián Di Placido Editor
- Schröder, F. (2013). *Fundamentos y dogmática penal*. Buenos Aires, Argentina: Ed. AD – HOC
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal argentino*, T. 4, 10º edición. Buenos Aires: Tea.
- Tejedor, C. (1871). *Curso de Derecho Criminal, Primera Parte, Leyes de Fondo*. Buenos Aires: M. Joly.
- Villada J. (2004), *Delitos contra la seguridad común, el nuevo art. 189 bis C.P.* Córdoba: Advocatus.
- Zaffaroni, E. Alagia, A. Slokar, A. (2000). *Derecho Penal, Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, R. (1998). *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia en A.A.V.V., Temas actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Zaffaroni, R. (2005). *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Buenos Aires: Ediar.

b) Revistas:

Ennis, J. L. (2007). La problemática de la sucesión de leyes penales en el régimen de la tenencia y portación no autorizada de armas de guerra. Revista Derecho penal online. Disponible en: <http://derechopenalonline.com/la-problematika-de-la-sucesion-de-leyes-penales-en-el-regimen-de-la-tenencia-y-portacion-no-autorizada-de-armas-de-guerra/>

Castelnovo, M. Torres, S. (2013). Art. 189 bis Tenencia y portación de armas y explosivos. Revista Pensamiento Penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37771-art-189-bis-tenencia-y-portacion-armas-y-explosivos>.

Jakobs, G. (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un Bien Jurídico, en Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas.

Prunotto Laborde, A. (2005). El concepto legal de arma y las nuevas figuras del Art. 189 bis CP. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. N°5. Enero 2005.

Barbero Santos, M. (1973). Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. ADPCP. Tomo XXVI. Fasc. 3. Septiembre - Diciembre 1973.

II) Legislación:

Constitución Nacional Argentina 1853-1860.

Código Penal Argentino.

Ley N° 20.429 de Armas y Explosivos.

Ley N° 25.449 - Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas. -

Ley N° 25.886 - Modificatoria del Código Penal.

Decreto Reglamentario 395/75 de la Ley 20.429.

III) Jurisprudencia:

C.C. 4ª Nominación de Córdoba, 29/10/2004, LLC 2005, Barrionuevo Julio D. y otros.

C.C. N°2 de Santa Rosa, 26/10/2006, LL Patagonia 2007 (junio), C. A. M. s/recurso de apelación.

C.C.C.N., Sala IV, 28/03/2000, H.P.J., JA-2001-I-330.

C.C.C.N., Sala IV, LL 2000-F-853, Del Hoyo.

C.C.C.N., Sala V, 16/04/2007, Castronuovo Matías y otros.

C.C.C.N., Sala V, Karagenzian Adriana N. y otros, 02/10/2002.

C.C.C.N., Sala VI, 12/09/2003 LL, suplemento de jurisprudencia penal de marzo-04, p. 72, Bay, Sala VI, Causa N° 18.040, 19/04/2002, Sánchez, Sala VI, 28/02/2003 LL, suplemento penal octubre-03.

C.C.C.N., Sala VI, 19/07/2002, Cella Días Raúl Claver.

C.C.C.N., Sala VI, 21 /10 /1998, Pucciarelli Federico S.

C.C.C.N., Sala VI, 25/4/2003, Claus Rubén y otro, del mismo modo Sala I, Causa N° 19.145, 24/09/2002, P.J.N.

C.C.C.N., Sala VI, Causa N° 23.469, Nuñez Ortiz, Juan Miguel, 16/05/2005.

C.C.C.N., Sala VI, Causa N° 26.382, Caparros, 28/4/2005.

C.C.C.N., Sala VI, Zotarez Geraldine y otra, 14/2/2003.

C.C.C.N.F., Sala II, 06/07/1987, LL, 1988-B, Mollo Mauricio O. y otro.

C.C.C.R.R., Sala III Causa N° 1837/04 N° 328/03 del Juzgado en lo Penal de Sentencias N° 2, 2808/1983.

C.C.F.B.A., 22/09/2006, Alcaraz Marcelo A., LL, 2007-B-187.

C.N.C.C.C., Sala II, “Villalba Aquino, Edgardo José s/ infracción”, Fallo 18438/2015/TO1/CNC2, (2018).

C.N.C.P., Sala I, A. H. R. s/ recurso de casación, Reg. 5670, causa N° 4428, (2003).

C.N.C.P., Sala I, R.G. s/recurso de casación 23/4/2002 LL, 2002-F-59.

C.N.C.P., Sala III, 13/07/2007, DJ 09/01/2008, Altamiranda, Walter S. y otros.

C.N.C.P., Sala III, 17/05/2000. JA, 2001-I-323, Wasiluk, Daniel.

C.S.J.N., in re Veva Giménez Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes. Causa N° 660 V. 1283. XL, 27/12/2006.

S.C.B.A., Causa N°67.724, rta. 11/6/2003, P., S. D. s/tenencia ilegal de arma de guerra.

S.C.J.M., Sala II, 03/03/2003, LL, Gran Cuyo, 2003 (agosto), B.E.R.D, s/recurso de casación.

S.C.J.S.E., Sala Criminal, Laboral y Minero. Serie B. N° 242, Causa N°15.840/2006, H.C.S.; L.J.A. y Otros s.d. Homicidio Simple; Homicidio Simple en grado de Participe Primario, etc. - e.p. de M.J.R. - Casación Criminal.

S.T.J.R., Sala Penal, 23/08/2006, Sagredo, Julio Alejandro.

T.C.B.A., Sala I, Causa N° 9533, 02/05/2006.

T.C.B.A., Sala II, Causa N° 17.834 V.J.O. s/recurso de casación. 03/05/2007.

T.C.B.A., Sala III, 17/03/2005, Basualdo Juan C. s/recurso de casación.

T.C.P.B.A., Sala 1, L., V. O. s/ Recurso de Casación, Fallo 27.715 (2011).

IV) Otros:

Página web de la Agencia Nacional de Materiales Controlados (A.N.M.a.C) disponible en:

<http://www.anmac.gob.ar/>