

La simple tenencia de arma de fuego.

Su inconstitucionalidad múltiple.

Verificación en casos puntuales de delitos que lejos están de superar un test de lesividad, o cómo faltas administrativas aparecen contenidas en la ley penal de fondo

**Autor: Alejandro Javier Osio,
Defensor Oficial en lo Penal y de Faltas,
Santa Rosa, La Pampa.**

“La elemental racionalidad de cualquier decisión judicial exige que no se prohíba una acción que no lesiona a otro”
(Eugenio Raúl Zaffaroni)

Introducción.

Para comenzar a hablar de que una cosa tiene determinadas características o efectos, es de perogrullo decir, que lo indicado es comenzar por definir la cosa sobre la cual predicaremos tales cualidades. En este caso nos ocupan dos tipos penales que aunque vigentes en la actual ley punitiva, no superarían un test de constitucionalidad por varias razones, básicamente por dos, primero porque se tratan de leyes penales en blanco que son completadas por un decreto emanado del poder Ejecutivo mediante el uso de facultades que no le pertenecen, y segundo, porque violan el principio de reserva ya que no sólo no exigen daño alguno para su castigo sino tampoco peligro concreto, bastándole el peligro abstracto.

Debemos confesar que la idea que desarrollaremos no nos pertenece, pero sí compartimos plenamente y nos ha sido actualizada por el Dr. Lorenzetti en su voto en el reciente fallo “Arriola”¹ de la CSJN, por lo que nos ha despertado el interés por escribir al respecto, trasvasando los argumentos sostenidos por ese Ministro en relación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal a otros tipos penales, en este caso la tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189bis, cuarto párrafo, del Código Penal) y la tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal (mismo artículo, quinto párrafo) y radiografiar tales figuras zaffaronianamente –si se me permite el término-.

Disposición legal de los tipos penales en cuestión y relación con otros.

El cuarto párrafo del antiguo artículo 189bis del Código Penal, punía la simple tenencia de armas de guerra o de materiales que definía en su primer párrafo –bombas,

¹ CSJN. Fallo del 25/08/2009: A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO: Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.

materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, sin la debida autorización legal, pero el 14 de abril del año 2004, en pleno auge del blumbergismo -léase panpenalismo, punitivismo, campaña de ley y orden- se modificó todo el artículo 189bis, avanzando aún más en el adelantamiento de la punición de conductas que no llegan a ser lesivas ni peligrosas en términos concretos, ya que incluyó la tenencia de arma de fuego de uso civil, quedando en definitiva los párrafos primero y segundo del inciso 2º de dicho texto legal redactados de la siguiente manera por la Ley 25.886: “La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000) a DIEZ MIL PESOS (\$10.000)” y “Si las armas fueran de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión”, respectivamente.

Como podrá verse la pena que se prevé para estas figuras que, a nuestro criterio, no causan siquiera peligro concreto, en el caso de la tenencia de arma de fuego de uso civil supera a la prevista para las lesiones leves y algunas graves (arts. 89 y 90 del C.P.), el hurto (art. 162 del C.P.), los delitos contra el honor de las personas (arts. 109 a 117bis del C.P.), el daño (art. 183 del C.P.) y la misma que para los delitos de violación de compromisos internacionales (art. 220 del C.P.), violación de inmunidades (art. 221 del C.P.) y los fraudes al comercio y a la industria (arts. 300 y 301 del C.P.), por tomar algunos ejemplos al azar.

Ello da cuenta que al legislador actual le da lo mismo que alguien tenga un revólver con terminado artesanal, calibre 38, heredado como reliquia familiar, y que un funcionario en representación del estado viole un tratado internacional suscripto por Argentina con otro país soberano, por ejemplo, sobre derechos humanos; o que una persona tenga una carabina en su campo para ahuyentar a las comadrejas y zorros que le comen los animales de granja y los huevos de los cuales obtiene su sustento familiar y otra que ingrese a una casa aprovechándose del descuido de los dueños al cerrar la puerta principal y se lleve todo lo que está en su interior; pudiendo así ejemplificar con miles de ejemplos irrisorios.

En el supuesto de que la tenencia sea de arma de guerra, el desajuste punitivo con el resto de la normativa es aún más marcado, puesto que por ejemplo se prevé el doble de la pena para el que tiene un arma de este tipo sin permiso administrativo aunque la tenga colgada en la pared y no la use, que para el que la tiene con permiso y dispara con ella

hacia una persona, ver sino el artículo que describe el abuso de armas (art. 104 del C.P.). Así también la pena para el tipo cuestionado supera la prevista para la instigación o ayuda al suicidio (art. 83 del C.P.), el homicidio culposo aún con su agravante (art. 84 del C.P.), el aborto con consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2º, del C.P.), el abuso sexual (art. 119, primer párrafo, del C.P.), la privación ilegítima de la libertad (art. 141 del C.P.), el robo (art. 164 del C.P.), las estafas y defraudaciones de los artículos 172 y 173 del C.P., todos los delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación a excepción de la infidelidad diplomática (arts. 219 a 225 del C.P.), el cohecho (art. 256 del C.P.); y la misma que el homicidio en riña (art. 95 del C.P.), la privación ilegítima de la libertad agravada (art. 142 del C.P.), las defraudaciones agravadas (art. 174 del C.P.), el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268 (2) del C.P.), por tomar ejemplos al azar.

Ello da cuenta que al legislador actual le da lo mismo que alguien tenga en un exhibidor en el living de su casa armas de fuego o de lanzamiento disimuladas tales como lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc o miras infrarrojas capaces de funcionar, a que cuatro personas se enfrenten a golpes contra otros tres a la salida de un boliche a resultas de lo cual todos resultan lesionados y uno de ellos muerto, no pudiéndose materialmente precisar quien fue el autor del golpe letal; como también le da igual que una persona haya recibido a modo de regalo de su amigo amante de las armas una munición de proyectil expansivo con ranuras y la exhiba en su automóvil colgando del espejo retrovisor y que a una persona le rompan la ventana de su casa, le peguen a ella y al resto de la familia, los aten y amordacen, les sustraigan todos los efectos de valor y se los lleven en los dos autos lujosos también de su propiedad.

Excedería el objetivo de este trabajo abundar respecto del desfasaje producido por algunas reformas al texto legal penal que actualmente se encuentra vigente y que dista mucho de ser, no ya un código sino un orden jurídico programático, al cual le falta precisamente un programa de ordenamiento normativo, si se me permite el juego de palabras.

Delimitación conceptual de los tipos en cuestión.

Ya centrándonos específicamente en las previsiones normativas de los párrafos primero y segundo del inciso 2º del artículo 189bis del Código Penal, vemos que la “conducta” punible en ambos es la misma –tener- sólo que cambia el monto de la pena prevista en abstracto si cambia el objeto que se tiene –arma de fuego de uso civil o arma de guerra-, por lo que el desarrollo analítico lo haremos de manera conjunta como si se tratara de un solo tipo con dos montos punitivos diferentes de acuerdo a qué es lo que se tiene.

Creus y Buompadre² nos indican que la figura de la tenencia de arma de fuego de uso civil antes de que la ley 25.886 la insertara en el Código Penal, se encontraba prevista como una contravención en el artículo 42bis de la ley de armas y explosivos 20.429, y que la conducta típica de este delito como así también del caso del artículo 189bis, inc. 2º, segundo párrafo, del C.P., consiste en “tener” un arma que reúna las características propias de las que se encuentran descriptas en la categoría respectiva, dada en el Decreto 395/75; y tiene “el que corporal o simbólicamente puede disponer de ellos (los transporta o hace transportar, los mantiene almacenados, los introduce en el país, etc.), por sí mismo o en representación de terceros”³.

En relación a este aspecto, es decir a la “acción, hecho o conducta” punible Fontán Balestra sostiene que “La tenencia a que la ley penal se refiere es más amplia que el limitado concepto que surge del artículo 2352 del Código Civil. Por ello comprende también la posesión a la que alude dicho cuerpo legal y, para configurarla, se requiere un elemento material, el *corpus*, es decir una relación real con el objeto de que se trata y otro subjetivo, el *animus*, el conocimiento y la voluntad de tener”⁴, concluyendo en definitiva que lo exigible es que el autor se reconozca como dueño y pueda disponer de la cosa en cualquier momento.

Por su parte Nuñez nos dice en relación a los objetos que describe la ley que los tiene “quien los mantiene corporalmente en su poder, cualesquiera que sean el origen o la razón de la tenencia y su finalidad. Pero debe tratarse de una tenencia flagrante pues sólo si se está realizando actualmente se puede hablar de un peligro para la seguridad común”⁵.

² Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre “Derecho Penal Parte Especial” Tomo 2, 7ª edición actualizada y ampliada. Ed. ASTREA, Bs.As. 2007, pág 33.

³ Ob. cit. en nota anterior, pág. 24.

⁴ Carlos Fontán Palestra “Derecho Penal Parte Especial”, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, decimosexta edición actualizada. Ed. Lexis Nexos Abeledo Perrot, Bs.As. 2002, pág. 617.

⁵ Ricardo C. Nuñez “Derecho Penal Argentino. Parte Especial - VI”. Ed. Lerner, Córdoba 1971, pág. 70

En la misma inteligencia Breglia Arias y Gauna comparten el criterio descriptivo de la tenencia de Nuñez y explican que algunos autores “sostienen que la tenencia debe ser actual (Nuñez, Laje Anaya, Parma); otros, consideran que la tenencia pasada está incluida (Sierra).Buompadre está con quienes requieren actualidad. Es suficiente la precariedad de la tenencia y la “compartida”, y la que se ejerce por un tercero ... Pero aunque la tenencia compartida por varios es perfectamente posible, en tanto todos ellos halan tenido un efectivo poder de disposición sobre ella, no cabe inferir la tenencia del solo hecho de pertenecer a una organización ilegal que dispone de armas, en la medida en que la disposición de éstas por cada integrante no dependa de su sólo arbitrio, sino de que le sea suministrada con motivo de una decisión que ha de adoptarse en una esfera que no sea la propia”⁶.

Todos los autores reseñados coinciden en que no importa a los efectos de la tipificación de la tenencia prohibida el origen del arma ni los motivos por los cuales llegó a poder del tenedor como así tampoco las razones de la falta de registro y/u obtención o renovación del permiso legal requerido para la tenencia, sino que basta con que éste no haya sido tramitado nunca o en la forma debida, o se encuentre vencido.

Ahora bien, siguiendo los estudios de Donna al respecto⁷ podemos ver que la jurisprudencia en esta materia ha sido conteste con la doctrina señalada, sosteniéndose por ejemplo que:

- “Por tenencia de arma de guerra ha de entenderse quien las mantiene corporalmente en su poder, cualesquiera que sea el origen o la razón de la tenencia y su finalidad sin que quepa asignar tal carácter a la mera y fugaz detención de aquélla aun concediendo que el procesado haya estado en contacto con la cosa por exhibición”⁸ esto dicho en relación a la tenencia precaria o fugaz;
- “Tiene el objeto el que puede disponer de éste físicamente en cualquier momento... y que ...la tenencia se la puede ejercer a nombre propio o a nombre de un tercero; a

⁶ Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna “Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado” Tomo 2, 4º edición actualizada y ampliada. Ed ASTREABs.As. 2001, pág. 383. Citando en esta parte el fallo de la CSJN del 24/12/80 publicado en LL, 1981-B-209; JA, 1981-II-662, y ED, 92-662.

⁷ Edgardo Alberto Donna, Javier Esteban de la Fuente, María Cecilia I. Maiza, Roxana Gabriela Piña “El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia” Tomo IV, arts. 186 30. Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2004, pág. 50 a 56 y 80 a 82.

⁸ Ob. Cit. En nota anterior Pág. 50. CFed.CCcorr, sala I, 22-3-84, “S., F. A. s/tenencia de armas de guerra”, SAIJ sumario N° 3000188.

su vez ... la mera existencia del arma con posibilidades de ser utilizada ya amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley”⁹, esto dicho en relación a la tenencia actual;

- “En el delito de tenencia de arma de guerra tiene el objeto el que puede disponer de él físicamente en cualquier momento, sea al mantenerlo corporalmente en su poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente ... Se trata de un delito de propia mano que lo comete no sólo el que de forma exclusiva y excluyente goza de la posesión del arma sino también quien, cuando la tenencia es compartida y conoce su existencia dentro de la dinámica delictiva, la tuviere indistintamente a su disposición”¹⁰, esto dicho en relación a la tenencia compartida;
- “El efectivo dominio de hecho sobre el material se encuentra indiscutido, pues para ello no se requiere el constante contacto físico con el objeto cuya tenencia desautorizada la ley veda. El efectivo conocimiento de su existencia por parte de los encausados, puede inferirse fácilmente del lugar preciso y oculto en donde se hallaban los elementos”¹¹; y
- “La tenencia de las municiones incautadas por parte del procesado es una conclusión lógica de su carácter de titular del domicilio, sin que lo ostensible de su ubicación torne dudosa su responsabilidad por tratarse de un delito de peligro abstracto que se configura por la mera tenencia del objeto prohibido”¹².

En esta inteligencia vemos que, mas allá de los demás requisitos típicos de las figuras en estudio, lo que se pune es la simple tenencia, tenencia y posesión en la terminología del Código Civil, es decir el corpus u objeto que se tiene y el animus o intención de tenerlo, que también puede ser sólo conocimiento de la tenencia del objeto sin haber obtenido la autorización legal respectiva que autorice su posesión dentro de la esfera de custodia particular.

Ahora, las preguntas que inmediatamente aparecen ante esta conclusión es ¿dicho quehacer reúne los requisitos de la conducta, acción o hecho punible?, y concretamente ¿esa simple tenencia supera el test de lesividad u ofensividad necesario para que un tipo

⁹ Ob. Cit. En nota 7 Pág. 51. CFed.CCcorr, sala II, 19-12-97, “M., D. L. s/Inf. Artículos 292 y 189 bis, tercer supuesto del Cód. Pen.”, c. 13.576, SAIJ sumario N° 30006322.

¹⁰ Ob. Cit. En nota 7 Pág. 55. CNCCorr. Sala VI, 5-6-2003, “H. L., G. y otros” c.21.732.

¹¹ Ob. Cit. En nota 7 Pág. 81. CNCCorr. Sala V, 5-7-2002, “M., O. A.”, C. 19.328, bcncYc n° 3/2002, p.172.

¹² Ob. Cit. En nota 7 Pág. 82. TOCr.Fed. N° 2 de La Plata, 7-7-95, “V., P. J. s/ley 23.737” expte. 59/95, PJN Intranet

penal se ajuste a los cánones dispuestos en la Constitución Nacional?, en definitiva ¿con su punición no se está adelantando poder punitivo a hechos que no son conflictivos pues no producen lesión ni peligro concreto a terceros aún desde una doctrina subjetivista?

Pues, adelantándonos a las conclusiones a que arribaremos más adelante, diremos que sólo caben respuestas negativas para las dos primeras cuestiones planteadas, mientras que una gran y preocupante afirmativa para la tercera.

El bien jurídico afectado en estos delitos

A modo sintético, ya que no hay contradicciones importantes al respecto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina, diremos que el bien jurídico que se encuentra afectado con los tipos penales previstos en el título 7 del Código Penal, dentro del cual se encuentran los dos que hoy nos convocan, es la seguridad pública o común, es decir la integridad de los bienes y las personas que viven en la sociedad, y se hallan exentas de tener que soportar situaciones peligrosas que la amenacen. Las conductas peligrosas son aquellas que crean una situación de hecho que pueda vulnerar aquella seguridad jurídica¹³. Ergo, los titulares del bien jurídico son indeterminados, el peligro creado por las figuras previstas tiene como característica que es común o público, es decir que afecta a toda una comunidad o colectividad, por ende, el poder vulnerante del autor de las conductas punibles no puede limitar su poder vulnerante a bienes o personas determinadas, sino que puede extenderse a toda la población.

Sin perjuicio de que en algunos casos acciones que configuran tipos de este capítulo del Código Penal causen daños a particulares, como por ejemplo el incendio, en estos casos el legislador no previó ese accionar por su daño concreto sino porque mediante ese acto se creó un peligro también concreto para la comunidad, aunque en el caso de los tipos de peligro abstracto –como el caso de la simple tenencia de armas de fuego de uso civil o de guerra- el delito se configura con la sola acción, que recibe castigo porque su sola realización implica ya una actividad riesgosa¹⁴ por las posibilidades con que cuenta el autor para ocasionar daños y la impotencia por parte del estado para evitarlos. El legislador mismo, ante la violación al deber legal, presume una actividad riesgosa sin necesidad de

¹³ Creus y Buompadre Ob. Cit. Pág. 1.

¹⁴ Ob. Cit. en nota anterior, pág. 2.

comprobación ni otro tipo de requerimiento determinado o a determinar, la presunción es *juris et de jure* y abstracta, es decir, en relación a daños y destinatarios indeterminados.

El test de lesividad u ofensividad que deben respetar los tipos penales.

El artículo 19 de la Constitución Nacional dice textualmente “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, he aquí la enunciación fundamental del principio de lesividad, que es expuesto por Ferrajoli con el aforismo *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria*¹⁵, es decir, sin daño no debe existir ley penal, por ende tampoco delito, ni por supuesto pena.

Este principio debe ser rector desde un derecho penal liberal como primera ratio para no permitir la punición de modos de vida, tipos morales o aspectos raciales, religiosos, sexistas, etcétera, que el poder de turno considere no adecuados a su propia moral o ética.

Como bien se señala en un documento de la Cátedra Hendler de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, “esa necesidad de dañar a un tercero será el denominador de la cultura penal formada desde Hobbes, Puffendorf y Locke, hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalado por la Ilustración”¹⁶, a lo que agregaríamos, y que deberá aplicarse a todos los hechos que se intenten castigar mediante el sistema penal en ese carácter de garantía limitadora para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino –parafraseando el preámbulo de nuestra Carta Magna-.

Como dice Roxin -siguiendo a Rudolphi- el moderno derecho penal no se vincula, como el antiguo, a la a la inmoralidad –subjetiva o religiosa- de la conducta para punirla,

¹⁵ Luigi Ferrajoli “*Derecho y Razón*”, Ed. Trotta (trad. P. Andrés Ibañez y otros). Madrid, 1989.

¹⁶ Documento de la Cátedra Hendler, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, titulado “Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho.” publicado en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=39

sino a su dañosidad social, es decir, a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común¹⁷.

Ahora ¿qué es una injuria o lesión a un derecho de otro, o sea, qué es un bien jurídico, sin cuya afectación no puede darse lugar a criminalizaciones?

Para Zaffaroni el bien jurídico cuya afectación castiga el sistema punitivo es la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto protegido por otras normas del ordenamiento jurídico, por lo que se debe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado y sólo corresponde sostener éste último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación. Es decir, se debe considerar a este principio un límite y no una legitimación para el programa criminalizante¹⁸.

Ahora, asumida que ha sido la idea de una necesaria afectación a un bien jurídico para que pueda habilitarse poder punitivo estatal, y cómo esa afectación es susceptible de grados, es necesario además aclarar a qué tipo/s de afectación se refiere nuestra constitución.

Pues nos parece claro que esta normativa fundamental cuando dice en el artículo 19 transcrito más arriba “que de ningún modo ofendan” y “ni perjudiquen a un tercero”, está significando que para que una acción deje de ser privada -por ende exenta de los magistrados- y pase a ser punible debe trascender a su autor y provocar en un tercero – particular u orden o moral pública- un daño concreto o un peligro también real, pues el receptor de la acción sólo se verá de algún modo afectado en su propia esfera si corre un peligro concreto, verificable, real, de daño y/o si sufre un menoscabo, lesión, o afectación determinada en su persona y/o derechos, donde la ofensa será ya palmaria y expresa. Véase que de esta conclusión está exento el peligro llamado abstracto, es decir el peligro de peligro, las circunstancias en que el legislador presume juris et de jure que una “acción” determinada es peligrosa y por lo tanto ordena sea castigada antes de que pueda ocasionar el peligro concreto o daño que se cree avisorar mediante una futurología irracional de imposible verificación.

¹⁷ Claus Roxin “Fundamentos político-criminales del Derecho Penal” Ed. Hammurabi, Bs. As. 2008, pág. 406.

¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Ed EDIAR, 2ª edición 2ª reimpresión. Bs.As. 2008, pág. 373

Zaffaroni con la claridad que lo caracteriza nos enseña al respecto que “En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al *peligro de peligro*, basta pensar en el caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea, de clara tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que *sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real*”¹⁹.

Resalta además este autor, que en la actualidad se inventan bienes jurídicos, se crean algunos intermedios, se clonan otros, etcétera, en miras al adelantamiento consumativo de las conductas propendiendo habilitar cada vez más poder punitivo, incluso con mucha antelación a la producción de daño alguno.

Así entendido el principio constitucional que abordamos, creemos necesario afirmar ahora que todos los tipos mediante los cuales se intente habilitar poder punitivo, contenidos en leyes penales manifiestas, latentes o eventuales, absolutamente todos, antes de ser aplicados y subsumir un hecho, conducta o acción en sus términos, debe primero superar el test de lesividad u ofensividad, es decir, que si el objeto de estudio reúne los requisitos de una acción y de que ésta se encuentra comprendida en un tipo penal deberá sometérsele al test aludido, que hace alusión sólo a la lesividad estricta, primera en el tiempo, pura, esencial, esto es, específicamente si la conducta puede de algún modo afectar a un tercero en su persona o derechos mediante lesión –daño- o peligro concreto –real-; y si no lo hace, y se trata sólo de la inexistencia de peligro o afectación alguna o la creación de un peligro abstracto, deberá declararse a la ley que lo contiene como inconstitucional por apartarse de las mandas fundamentales, que por otra parte se han visto reforzadas en el año 1994 con la introducción a su texto –art. 75 inc.22- de los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por nuestro país, pues se estaría vulnerando además el principio de reserva que surge del mismo articulado constitucional y es el anverso de la lesividad.

¹⁹ Ob. Cit. En nota anterior, pág. 375

Al pasar a los tipos penales cuestionados por el test de lesividad resulta clara su inconstitucionalidad.

Ahora bien, en este estado del análisis sorprendería que en términos racionales se llegara a una conclusión distinta a la que arribaremos, esto es a la inconstitucionalidad de los tipos previstos en los artículos 189 bis, inciso 2º, párrafos primero y segundo, del Código Penal, es decir, la simple tenencia de armas de fuego de uso civil y la simple tenencia de armas de guerra sin autorización legal, respectivamente.

Sin entrar en detalles sobre los demás requisitos típicos de tales figuras, la conclusión del párrafo precedente surge precisamente al pasar por el test de lesividad u ofensividad a la acción que se enuncia como típica de esos tipos, la simple tenencia, en definitiva tener la cosa, en este caso un arma de fuego determinada, aún en la esfera de la intimidad, con más la relación de dicho “accionar” y el bien jurídico cuya afectación requiere todo el capítulo en el que se encuentran previstos, es decir, la seguridad pública o común.

Como se ha podido observar, a lo largo de este trabajo cada vez que se hizo alusión a la “conducta, acción o hecho” base de la tipificación de los dos tipos cuestionados, se lo ha hecho entre comillas, y precisamente ha sido así porque a nuestro criterio en estos casos el autor no realiza una acción, conducta o hecho entendiéndose por ello una actividad voluntaria final parafraseando a Welzel, con todos los requisitos necesarios de ésta, sino que simplemente se limita a tener una cosa determinada, que por su parte no es intrínsecamente dañina pues, por ejemplo, un arma si no es utilizada no emana gases tóxicos, no deteriora el ambiente o los bienes de otras personas, no ocasiona un riesgo concreto para quienes se muevan a su alrededor o en las cercanías, etcétera, etcétera, y que puede tenerse aún en la esfera de la intimidad de un ser humano y los demás desconocer por completo su existencia, no sólo por el hecho en sí mismo sino también por su carencia de efectos ya peligrosos en términos empíricos o ya dañinos.

Por ello ni siquiera se da el requisito general básico sobre el que luego deberían versar las características propias de un delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, pero aún concediendo que pueda considerarse que tener, entendido esto como la relación de disponibilidad de una cosa determinada, configura una acción, conducta o hecho con voluntad final, al pasarlo por el colador del test de lesividad u ofensividad que no es un

invento pretoriano nuestro sino una exigencia constitucional básica -art. 19 de la C.N.- vemos que en realidad se trata de una “conducta” o algo X que no causa lesión alguna, y eso es indiscutible desde cualquier punto de vista, ya que no hay afectación concreta de ningún bien jurídico, como así tampoco un peligro concreto –real-, debido a que la seguridad común o pública no se ve más o menos amenazada y en riesgo por el solo hecho de que una persona tenga en su hogar o vehículo un arma de fuego si aún no la ha utilizado en contra de bienes de terceros, o siquiera ha pensado en una utilización semejante; por lo que prever un castigo punitivo para alguien por el sólo hecho de tener una cosa que no es dañina en sí, ni en reposo ni en movimiento, y que necesita ser dirigida y accionada hacia bienes o personas para producir recién ahí peligro y/o daño, es adelantar la punición a estadios mucho anteriores a los que prevé la Constitución Nacional como base a partir de la cual se encuentra habilitado el poder punitivo estatal. Esta base se encuentra conformada por el daño y/o el peligro concreto, lo demás corresponde a la reserva individual y su juez sólo puede ser Dios según la Carta Magna.

En esta inteligencia, y de acuerdo a las enseñanzas de Schmidhäuser²⁰, diremos que en estos casos se pune la sola infracción al orden, al deber de respeto ideal de los bienes jurídicos en general, coincidiendo con Sancinetti además en que lo que se pone en tela de juicio, mas allá del “tener la cosa” es la legitimidad de la norma mediante la cual el estado, de manera paternalista y en detrimento del derecho de las personas a determinar su propio modelo de vida, castiga “acciones” aún cuando en los casos concretos puedan tener totalmente neutralizada su peligrosidad sopesado esto a la luz del principio de reserva constitucional –art. 19 de la C.N.-²¹. Puede verse con esta cita que aún desde una postura subjetivista como la del último autor aludido, proveniente de una teoría de las normas al modo de Binding, Kaufman y Zielinzky, los tipos que tratamos son vistos como inconciliables con los postulados de nuestra Carta Magna.

Esta arbitrariedad por parte del legislador al sobrepasar el límite predispuesto por el soberano en la Constitución puede verse aún más de resalto con un simple dato de la realidad y una reflexión subsiguiente. Desde la práctica forense o tribunalicia y de la lectura de estadísticas específicas puede aseverarse sin temor a equívocos, que de los

²⁰ Schmidhäuser “Studienbuch”, 5/86

²¹ Marcelo A. Sancinetti “Teoría del delito y disvalor de acción”. Ed. Hammurabi, 2ª reimpression, Bs. As. 2004, págs. 217 a 220

delitos con daños efectivos para los bienes o aún la propia vida de las personas, entiéndase robos y atracos, homicidios simples y agravados, riñas con lesionados y/o muertos, secuestros extorsivos seguidos o no de muerte, etc., la mayoría en regiones -o por lo menos la mitad en otras- se comete con armas blancas y/o con armas impropias y la otra mitad -o en regiones la restante minoría- con armas de fuego de uso civil, siendo escasísimos -o inexistentes- la comisión de hechos violentos con armas de guerra, por lo que a un legislador como el actual que actúa movido por el clamor popular -léase por el clamor popular que vota-, compulsivamente -con fin proselitista legaliza la venganza-, sin reparar en congruencias sistemáticas y/o racionalizaciones respecto del poder punitivo habilitado -penas mayores para delitos inmensamente menos graves-, tranquilamente se le podría ocurrir tipificar en el Código Penal la figura de la simple tenencia de arma blanca sin la debida autorización legal, con fundamento en el peligro abstracto que se crea con su tenencia y/o portación con la posibilidad inmediata de ser utilizada -tal como parece ser el fundamento para punir la tenencia de las armas de fuego de uso civil y de guerra-. Pues, tendríamos que acudir todos los ciudadanos al RENAR a inscribir nuestros cuchillos de cocina, no hacerlo y rogar que no nos atrape la telaraña del sistema penal por esa omisión o simplemente prescindir de su utilización en cualquier ámbito -si es que esto fuera posible-. En suma, y para concluir, la idea que campea a lo largo de todo este aporte, nos la ha reforzado recientemente el Dr. Lorenzetti en su voto en el fallo Arriola de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²², quien en sus considerandos 10 y 11 dice lo siguiente: "...queda claramente configurado el conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño y por lo tanto en abierta contradicción con el artículo 19 de la Constitución Nacional. 11)... A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no

²² CSJN. Fallo del 25/08/2009: A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO: Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.

ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.”. En el considerando 13 sostiene ”El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados "de peligro abstracto", y en el 14) dice “Que la norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o partícipe de una gama innominada de delitos.”, nosotros diremos: que el tenedor de armas se transforme en autor o partícipe de una gama indeterminada de delitos.

Y por último, en su considerando 18) sentencia que “...debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto. Por aplicación de este criterio la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del artículo 19 de la Constitución Nacional y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad.”, nosotros diremos los párrafos primero y segundo del inciso 2º del artículo 189bis del Código Penal, debe ser declarado inconstitucional.

Como podrá verse, los tipos de simple tenencia de armas de fuego, tanto en su modalidad de uso civil como de guerra, sin la autorización debida, como ésta última es y debe ser dispensada por la administración, podrán ser en todo caso infracciones administrativas o hasta una contravención en algunos casos específicos, pero nunca un delito en un estado de derecho democrático con una constitución liberal como la nuestra que manda a que el estado no imponga una moral determinada ni conmine con pena lo que no daña a otro/s ni causa un peligro concreto –real-, o ¿será que es más fácil incluir con fines proselitistas una figura en el Código Penal mediante una ley por simple mayoría que instrumentar los medios adecuados para que el poder administrador reglamente específicamente la fabricación, tenencia, transporte, portación, venta, utilización, etc. de armas de fuego, la educación al respecto, y coordine el control de las armas existentes y la utilización que se les da?

Que quede claro, no es punible el que tiene, pero el estado debería dirigirse en todo caso con su aparato investigativo hacia los que ilegalmente fabrican, transportan, importan, exportan, venden y distribuyen armas de fuego sin autorización estatal, por ejemplo a niños y jóvenes en situación de emergencia –léase excluidos- o en situación de privilegio –léase poderosos-, o a terroristas –léase dealers, guerrilleros, políticos corruptos, etc.-. Nuestra postura no debe interpretarse como a favor de que las personas se armen indiscriminadamente.

Para cerrar, diremos que cuando aludimos a que la inconstitucionalidad de los tipos en tratados es múltiple, nos referíamos a todo lo dicho precedentemente, pero también a la circunstancia de que dichas figuras no se encuentran completas en el Código Penal, es decir en la ley del Congreso, sino que por ser de los llamados tipos abiertos impropios, deben ser completadas por una norma jurídica que no es una Ley Formal sino que es un Decreto del Poder Ejecutivo –administrador-, en nuestro caso el decreto 395/75, por lo que el poder para el cual la constitución asignó sólo facultades administrativas aparece en estos casos ejerciendo potestades legislativas que no le corresponden constitucionalmente, que, por otra parte, le pertenecen al Poder Legislativo y éste no puede delegar; tema que de por sí merecería un trabajo in extenso que excedería el marco planteado para el presente.

BIBLIOGRAFÍA

- Binder, Alberto “Introducción al Derecho Penal”. Ed. AD-HOC. Bs.As. 1993.
- Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar R. “Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado” Tomo 2, 4º edición actualizada y ampliada. Ed. ASTREABs.As. 2001.
- Creus, Carlos “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo 2, 6ª edición actualizada y ampliada. Ed. ASTREA. Bs.As. 1997.
- Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo “Derecho Penal Parte Especial” Tomo 2, 7ª edición actualizada y ampliada. Ed. ASTREA, Bs.As. 2007.
- CSJN. Fallo del 25/08/2009: A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO: Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.

- De Luca, J.A. “El delito de tenencia ilegal de armas de guerra”. Ed. AD-HOC. Bs.As. 1993.
- Documento de la Cátedra Hendler, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, titulado “Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho.” publicado en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=39
- Donna, Edgardo Alberto; De la Fuente, Javier Esteban; Maiza, María Cecilia I. y Piña, Roxana Gabriela “El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia” Tomo IV, arts. 186 30. Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2004.
- Estella, Oscar Alberto; Godoy Lemos, Roberto “Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular” tomo 3. Arts. 186 a 306. 2ª edición actualizada y ampliada. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2007.
- Ferrajoli, Luigi “*Derecho y Razón*”, Ed. Trotta (trad. P. Andrés Ibañez y otros). Madrid, 1989.
- Fontán Balestra, Carlos “Derecho Penal Parte Especial”, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, decimosexta edición actualizada. Ed. Lexis Nexos Abeledo Perrot, Bs.As. 2002.
- Nuñez, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino. Parte Especial - VI”. Ed. Lerner, Córdoba 1971.
- Jakobs, Günther “Fundamentos del Derecho Penal”. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Ed. AD-HOC. Bs.As. 1996
- Laje Anaya, Justo “Delitos con armas y abigeato”. Ed. Alveroni. Córdoba 2004.
- Marín, Jorge L. “Derecho Penal. Parte Especial”. 2ª edición actualizada. Ed. Hammurabi. Bs.As. 2008.
- Parma, Carlos “Código Penal Argentino Comentado”. Ed. Mediterránea. Córdoba 2005.
- Roxin, Claus “Fundamentos político-criminales del Derecho Penal” Ed. Hammurabi, Bs. As. 2008.
- Rusconi, Maximiliano y Kierzenbaum, M. “Teoría del delito y garantías constitucionales”. Monografías AD-HOC 25. Bs.As. 2009.
- Sancinetti, Marcelo A. “Teoría del delito y disvalor de acción”. Ed. Hammurabi, 2ª reimpresión, Bs. As. 2004.
- Schmidhäuser “Studienbuch”, 5/86

- Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino” Editorial Tea, 10ª reimpresión. Bs.As 1992.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Ed EDIAR, 2ª edición 2ª reimpresión. Bs.As. 2008.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Ed EDIAR, 2ª edición. Bs.As. 2002.

Alejandro Javier Osio
Santa Rosa, La Pampa