

Tenencia y portación de armas en el Código Penal*

La ley 25.886 y la “fiebre” punitiva

Por Matías Bailone

1. La lucha por el derecho a comienzos de siglo

La furia punitiva de comienzos de siglo implica el aumento indiscriminado de penas, en vulneración directa del principio de racionalidad penal y de proporcionalidad, es decir del principio republicano de gobierno, y que además extiende el brazo penal del Estado a áreas antes desprovistas de ese tipo de control.

El expansionismo penal se manifiesta, por ejemplo, en la ligereza con que se sanciona con pena criminal el incumplimiento genérico de disposiciones legales administrativas, pero con una gravedad más atendible cuando se degradan las categorías esenciales configurativas de presupuestos de punibilidad, o la anticipación punitiva en la protección de bienes jurídicos, o en la laxa apreciación de los mismos. Todos motivos válidos para que quienes propiciamos un derecho penal liberal y respetuoso de los derechos fundamentales dentro de un Estado social de derecho, demos alertas a las agencias punitivas sobre el camino que emprenden tan alegremente al son de amorfos y maleables clamores populares¹. Recordando a Ihering: la “lucha por el derecho” es un deber hacia nosotros mismos y hacia los demás.

Sgubbi ha advertido sobre la llamada “espiritualización” del bien jurídico², donde ya no sólo hablamos de la consabida confiscación estatal a la víctima del conflicto penal, sino de la estatización del bien jurídico a proteger –en muchos casos se provee directamente a la creación de bienes jurídicos artificiales cuyo monopolio queda en cabeza del Estado–, y de como se diluyen los límites y las configuraciones del objeto de la protección penal. El Estado moderno incapacitado para solucionar conflictos sociales por medio de políticas públicas no penales recurre cada vez menos solapadamente al brazo punitivo. Se violenta así uno de los principios lógico-constitucionales de todo Estado de derecho: el derecho penal es la última ratio en el esquema de sanciones estatales (con mucha más razón en el esquema de políticas públicas).

Zaffaroni nos dice que se ha producido una “transformación regresiva” en la política criminal, pues “del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo”³. Lo cual no deja de ser caratulado como un “avance contra el derecho penal liberal”, que consiste en “la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Bailone, Matías, *Rivacoba un iluminista en el siglo XX*, en Zaffaroni, Eugenio R. (dir.) - Terragni, Marco A. (coord.), “El derecho penal del siglo XXI”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.

² Sgubbi, Filippo, *El delito como riesgo social*, tr. de Julio Virgolini, Bs. As., Ábaco, 1998.

³ Zaffaroni, Eugenio R., *El enemigo en el derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2006. Ver nuestro comentario bibliográfico en www.matiashailone.com.ar o en Revista General de Derecho Penal www.iustel.com, España.

de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor... [pero también] a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las leyes penales en blanco, etcétera”.

Este deterioro de la arquitectura institucional de un sistema penal en un Estado constitucional de derecho que es común a casi todo Occidente, con matices que se tornan caricaturescos en los países de la América latina, es una señal de alerta para el iuspenalismo liberal, que hasta ahora es el único que ha acusado recibo de este estado de cosas. La doctrina mayoritaria de nuestros países de habla hispana es unánime en el diagnóstico y mayoritaria en la necesidad de volver a códigos penales básicos alejados de la artificialidad de bienes jurídicos colectivos y de peligros abstractos, y del uso político social de la pena: “la responsabilidad penal –decía Sgubbi– está distribuida socialmente, y asignada artificialmente sobre la base de opciones políticas contingentes”⁴.

La República Argentina entre 2003 y 2005 fue víctima de reformas espasmódicas y oportunistas que expandieron el horizonte punitivo a niveles de irracionalidad tan manifiesta como antirrepublicana. Lo conocido como el “fenómeno Blumberg” surgió como respuesta a un secuestro y posterior homicidio de un joven de clase media alta acontecido en Buenos Aires en el año 2003. El padre del joven asesinado inició una campaña de activismo social para influir en la legislación penal y procesal penal argentina, que logró multitudinarias adhesiones en marchas sobre el Congreso nacional pidiendo seguridad y justicia. Los legisladores, que históricamente nunca cumplieron con el modelo de legislador racional que había imaginado la Ilustración, demagógicamente accedieron a incrementar penas, punir nuevas conductas desvaliosas y hacer todo ello con una celeridad cercana a lo irresponsable. Más adelante veremos las consecuencias de este tipo de legislación espasmódica y meramente coyuntural.

2. Los delitos de peligro abstracto

La ley 25.886, sancionada en abril de 2004 y promulgada de hecho por el Poder Ejecutivo en mayo del mismo año, modifica el art. 189 *bis* del Cód. Penal, ampliando la cuantía de las penas y tipificando nuevos delitos.

La redacción actual de dicho artículo es: “1º) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en

⁴ Sgubbi, *El delito como riesgo social*, p. 145.

la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de tres a seis años.

2º) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de seis meses a dos años y multa de mil pesos a diez mil pesos.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos a seis años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un año a cuatro años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres años y seis meses, a ocho años y seis meses de reclusión o prisión.

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.

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.

En los dos casos precedentes se impondrá, además, la inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años.

3º) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años.

4º) Será reprimido con prisión de un año a seis años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de tres años y seis meses a diez años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de dieciocho años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de cuatro a quince años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de diez mil pesos.

5º) Será reprimido con prisión de tres a ocho años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme la normativa vigente, o asignare a dos o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego”.

El art. 189 *bis* es necesario recordar que está ubicado dentro del primer Capítulo de “Incendios y otros estragos”, del Título VII del Código Penal, cuyo bien jurídico intenta absorber aquellas conductas que ponen en riesgo la seguridad pública o la seguridad común.

Lo más clásico de la doctrina iuspenalista argentina como Núñez o Soler coinciden en afirmar que el bien jurídico protegido por este título es un estado colectivo exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o personas en general, siendo el sujeto pasivo siempre indeterminado.

La situación de peligro común, entonces, es determinante para la tipificación. La doctrina moderna ha demostrado una ardua preocupación por estudiar los delitos de peligro, en sus variantes de peligro concreto y de peligro abstracto. Sobre estos últimos se ha sindicado su escaso apego a la legalidad constitucional de cualquier Estado de derecho que consagre el principio de lesividad.

En los delitos de peligro abstracto, el peligro es sólo la motivación que indujo al legislador a la tipificación, pero no es un elemento del tipo, es más, su acaecimiento y punibilidad no dependen ni siquiera de la realización de un peligro concreto. Son generalmente delitos de pura actividad, donde ni siquiera (como en el caso de la tenencia y portación de armas de fuego, art. 189 *bis*, inc. 2º) el legislador incluye la expresión “peligro” en el supuesto de hecho típico. Von Liszt dijo: “el derecho penal termina donde desaparece el peligro concreto”⁵.

Zaffaroni nos ha enseñado que ninguno de los criterios esgrimidos para justificar la punibilidad de los tipos de peligro abstracto son constitucionalmente admisibles: unos insisten en que el peligro se presume *iure et de iure* y otros en que se trata de la existencia de un peligro del peligro. En el primer caso estaríamos frente a simples infracciones administrativas –delitos de desobediencia como los llamó Binding– y en el segundo se presentarían consecuencias inusitadas con la tentativa –triplicación de peligros: riesgo de riesgo de riesgo–⁶.

Ferrajoli explica que los delitos de peligro abstracto presumen un peligro *in abstracto* y se pune una mera desobediencia formal con una acción inocua en sí misma.

⁵ Citado por Beristain, *Resultado y delitos de peligro*, Revista Universidad de Madrid, 1969, p. 457.

⁶ Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2002, p. 491.

Y alega que “estos tipos deberían ser reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión, o al menos peligro concreto, según merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro *concreto*”⁷. A la misma conclusión arriba Zaffaroni: “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”⁸.

Pero, para muchos delitos de peligro abstracto, como incluso la tenencia y portación de armas de fuego, es virtualmente imposible la transformación a tipos de peligro concreto sin caer en conceptos de derecho penal de autor.

3. Los tipos penales del artículo 189 “bis” del Código Penal

Como indicamos en el apartado anterior el art. 189 *bis* en su inc. 2° contiene los siguientes tipos penales: tenencia de armas de fuego de uso civil, tenencia de armas de guerra, portación de armas de uso civil y portación de armas de guerra.

El inc. 1° se refiere a la utilización por el sujeto activo de explosivos y otros materiales de elevado poder ofensivo, la reforma de la ley 25.886 ha incorporado a este inciso los materiales radioactivos, sustancias nucleares, sus desechos, isótopos radioactivos y materiales biológicamente peligrosos. La tipicidad de la tenencia de los mismos materiales –como novedad de la reforma– no sólo se define por ausencia de autorización legal, sino además –alternativamente– porque no pueda justificarse por razones de uso doméstico o industrial.

El inc. 3° pune el acopio de armas, piezas, municiones, tenencia de instrumentos para producirlas y la fabricación habitual e ilegal de armas de fuego. La premura y la poca atención prestada por el legislador en el momento de la sanción de la ley 25.886, provocaron que se derogara –sin intención de hacerlo– la tenencia de municiones de guerra⁹. Luego de la sanción de la ley, varios legisladores argentinos salieron a “pedir disculpas” por la omisión de aquel punto, que estaba en la anterior redacción del art. 189 *bis*. Otro ejemplo más de la poca racionalidad legislativa que rodea a la tipificación de delitos en medio de “clamores populares” de mano dura y tolerancia cero.

El descuido del legislador de dejar impune la mera tenencia de municiones de guerra, en realidad dejaría sólo fuera de sanción penal muy pocos casos, ya que generalmente quien tiene municiones de guerra, también posee un arma de guerra para utilizarlas, lo que sí está penado. O en todo caso, sólo estaría impune la tenencia de pocas municiones de guerra, ya que el acopio sigue conformando un tipo penal autónomo. La distinción entre tenencia y acopio (acumular armamento) nunca fue pacífica en la jurisprudencia argentina debido a la carencia de delimitantes objetivos entre ambos conceptos. Según Núñez la mera acumulación numérica de armas

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 479 (la bastardilla es nuestra).

⁸ Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, p. 492.

⁹ Al respecto ver Iriarte, Ignacio F., *Derogación de la tenencia de municiones de guerra (ley 25.886). Un hijo inesperado de la fiebre penalizadora*, LL, 2004-D-536.

de guerra no determinaría el acopio, sino que “significa tenerlas acumuladas en cantidad y modo que denotan que no se trata de uso personal o de colección”¹⁰.

Finalmente el inc. 4° del art. 189 *bis* del Cód. Penal tipifica la provisión ilegal de armas de fuego, y el inc. 5° la adulteración del número o grabado de armas de fuego¹¹.

Volviendo al inc. 2°, se incorpora un nuevo tipo penal como la tenencia de armas de fuego de uso civil, que antes era una contravención, una mera infracción de orden administrativo. La tenencia de armas de guerra, si bien se encontraba antes de la reforma, estaba ubicada junto a la tenencia de materiales explosivos. Ahora la tenencia de armas de guerra aparece vinculada al tipo penal de tenencia de armas civiles en una relación de especialidad y por el mayor poder ofensivo de las primeras como una especie agravada.

La simple tenencia de armas (civiles o de guerra) que aquí es conminada con una desproporcionada pena privativa de libertad es una “tenencia que no tenga finalidad específica, principalmente que no se encuentre relacionada con la comisión o su contribución a delitos contra la seguridad común (es decir) que no tenga una finalidad trascendente a la mera tenencia”¹².

La tenencia implica tener el arma de fuego bajo la esfera de custodia, ejercer un señorío de hecho sobre la misma. La portación implica llevar consigo el arma. Ambas –tenencia y portación– como requisito de tipicidad deben realizarse sin la debida autorización legal.

El concepto de “armas” es un elemento normativo del tipo, y como bien dice Figari, es preciso definirlo partiendo de la base de un sentido cualitativo. El mismo autor hace un interesante recorrido sobre las definiciones genéricas de “armas” que da la doctrina y algunas legislaciones¹³. Nuestro Código Penal en sus arts. 77 y 78 que receptan definiciones de términos utilizados en el mismo cuerpo normativo guardan silencio sobre el tema en cuestión.

Figari señala que el Proyecto Tejedor (primer intento sistemático de corpus punitivo local) contenía una definición de armas, remarcando el perfil vulnerante de aquellas. Dentro de las armas propias (en virtud de su propia estructura son útiles para la ofensa o defensa) tenemos las armas de fuego que 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 OEA (Organización de Estados Americanos) de 1997¹⁴ 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

¹⁰ Núñez, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. V, vol. I, Córdoba, Lerner, p. 76.

¹¹ No es la intención de este trabajo analizar en profundidad todos los tipos penales del art. 189 *bis* del Cód. Penal. Para ello remitimos a: Otranto, Guido S., *Armas y explosivos. El nuevo régimen penal del artículo 189 “bis” del Código Penal (ley 25.886)*, LL, 2004-E-1028.

¹² Tazza, Alejandro, *El delito de tenencia y portación de armas de fuego, entrega ilegítima de armas y adulteración o supresión de su numeración en el nuevo artículo 189 “bis” del Código Penal*, LL, 2004-F-1311.

¹³ Figari, Rubén E., *Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Córdoba, Mediterránea, 2006, p. 165.

¹⁴ Ratificada por Argentina por ley 25.449. Ver más información en Figari, *Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 171.

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, lanzacohete, misil, sistema de misiles y minas¹⁵. Diferenciar entre un arma de fuego de uso civil y un arma de guerra es una distinción normativa que surge del decr. 395/75 en su art. 4° para la segunda y art. 5° para la primera.

Con respecto a la portación de armas de fuego (ya sean civiles como de guerra) se han aumentado las penas con las que se conminan dichos eventos. En el caso de armas de uso civil de seis meses a tres años de prisión pasó a tener de un año a cuatro años de prisión, y en el caso de portación de armas de guerra que antes no era un delito autónomo sino punible junto a la tenencia, la pena privativa de libertad va de tres años y medio a ocho años y medio, una escala por demás exagerada.

Tazza habla de un desacierto en la ubicación sistemática de la tenencia de arma de fuego en los delitos contra la seguridad pública, y dice que cabría mejor en el Título VIII del Código Penal cuya rúbrica es: Delitos contra el orden público. Ello debido a la ausencia de afectación del bien jurídico seguridad común mediante las conductas del art. 189 *bis*, y su alteración del bien jurídico “tranquilidad pública” que ha sido definido por Soler como “la confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil”¹⁶.

4. Una ilegal agravante de la portación de armas de fuego y un fallo reparador

En la última parte del inc. 2° del art. 189 *bis* se menciona una agravante de la portación de armas de fuego de uso civil y de guerra en los siguientes casos: que el portador registre antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o que se encuentre al momento de portar el arma disfrutando de una excarcelación o exención de prisión.

Los antecedentes penales que hace mención la agravante son obviamente los condenatorios que se vinculen con cualquier delito contra las personas o con algún otro delito que haya sido cometido mediante el uso de armas, sin que resulte necesario que el uso del arma sea un elemento típico configurativo. En el segundo supuesto, podría parecer que todo procesado que se encuentre con excarcelación o exención de prisión puede resultar incluido en la agravante, pero como afirma Otranto, la ubicación de esta circunstancia junto a la anterior indica que sólo se trate de procesados por delitos contra las personas o cualquier otro delito mediando la utilización de armas de fuego.

Esta tipificación de portación agravada de armas de fuego de cualquier calibre se hace respecto de condiciones personales del autor, lo que choca fuertemente con los tipos penales de acto. Un fallo reciente del 16 de marzo de 2006 de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional declaró la inconstitucionalidad del inc. 2° *in fine* del art. 189 *bis* del Cód. Penal, es decir de la agravante

¹⁵ Ver cita completa en Figari, *Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 172.

¹⁶ Tazza, *El delito de tenencia y portación de armas de fuego, entrega ilegítima de armas y adulteración o supresión de su numeración en el nuevo artículo 189 “bis” del Código Penal*, LL, 2004-F-1311.

te mentada incorporada por la ley 25.886, en los autos caratulados: “Ramírez, Luciano N. s/procesamiento por robo”.

La Cámara resolvió que la portación agravada que estamos estudiando –más allá de reconocer que tiene una deficiente técnica legislativa– es contraria a la Constitución nacional porque establece mayor pena para el portador ilegítimo de armas en virtud de condena por delito doloso contra las personas o con utilización de armas, es decir, es una clara vulneración al principio de culpabilidad (art. 18, Const. nacional, art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Aquí no se castiga al autor exclusivamente por la gravedad del hecho cometido sino que, de forma inadmisibles para nuestro ordenamiento jurídico suprallegal, se lo pune además por registrar antecedentes penales. Como dice el fallo “el dispositivo castiga no sólo la portación ilegítima de un arma de fuego, sino también la posesión de condenas”.

Nuestro sistema jurídico adopta un derecho penal de acto y no de autor, resultando prohibido punir personalidades, formas de ser o estados peligrosos. El precepto reputado contrario al orden constitucional, además encontraba otro escollo insalvable: el principio *non bis in idem*, que impide que una persona sea condenada o juzgada dos veces por el mismo hecho. Dicho principio está además en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, 1966), en su art. 14.7: “nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y procedimiento de cada país”.

Editorial Astrea, 2007. Todos los derechos reservados.