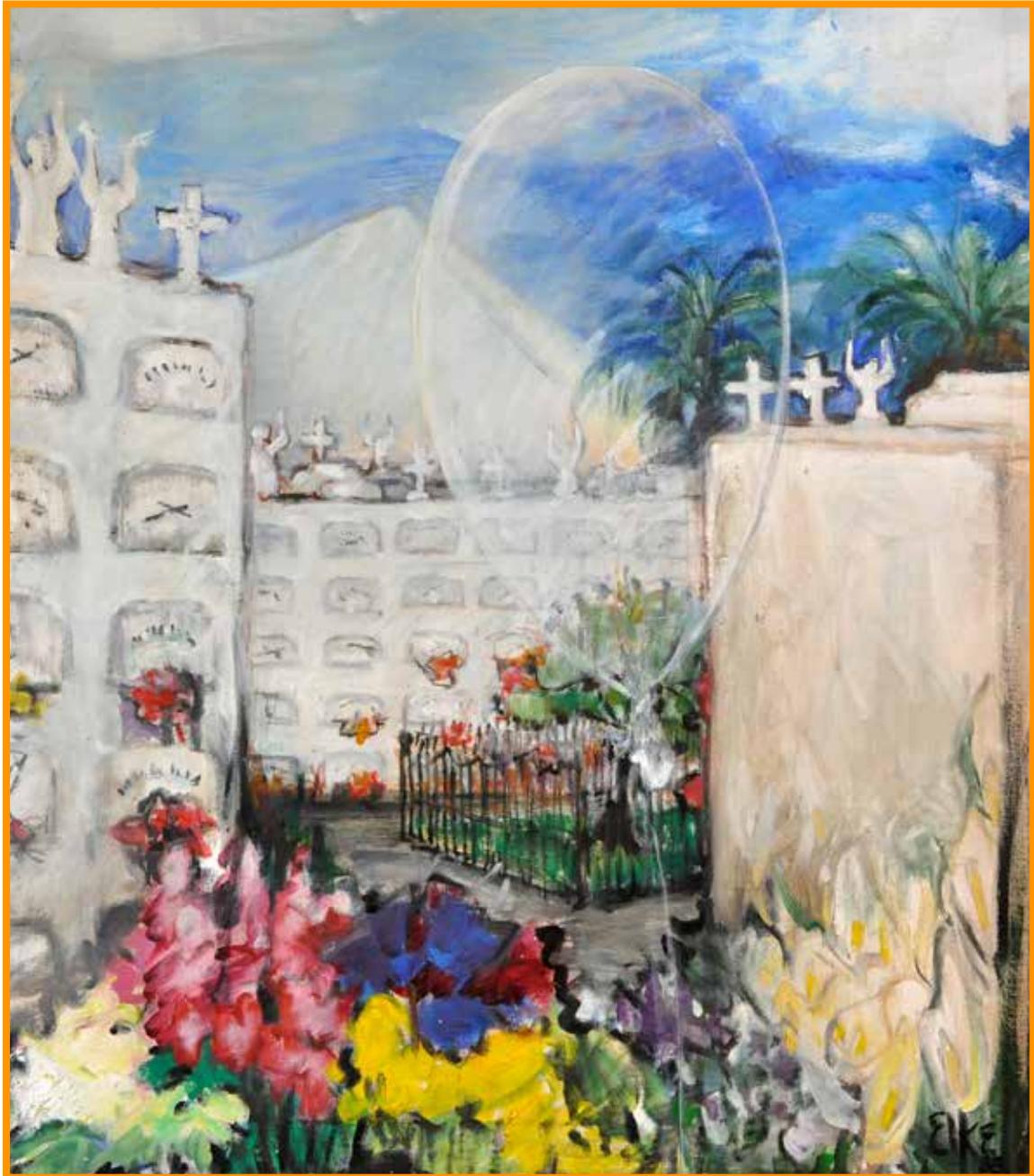


*Reflexiones sobre el delito de tenencia y
portación no autorizada de armas*
*Reflections about the Offense of Unauthorized
Possession and Carrying of Weapons*

Roberto Guevara Elizalde*
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v13i16.851>

* Profesor de la Universidad de Guayaquil. Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho. E-mail: robertguevaracli@hotmail.com

Lex



Cementerio de Ica. Óleo (90x85 cm), año 1988. Elke McDonald

RESUMEN

Este interesante artículo nos introduce didácticamente a la problemática del delito de tenencia y portación ilegal de armas, presentándonos los antecedentes históricos y la evolución de la legislación pertinente en el ordenamiento jurídico del Ecuador. Para tal efecto, se analiza la evolución de la teoría respectiva, el juzgamiento de esta clase de infracciones y la posición de los jueces frente a los aspectos polémicos o discrepantes de la legislación vigente en ese país.

Palabras clave: *tenencia de armas, portación de armas, ordenamiento jurídico, política criminal, punición.*

ABSTRACT

This interesting article introduces us didactically to the problems of crime of illegal possession and carrying of weapons, presenting the historical background and evolution of the relevant legislation in the legal system of Ecuador. To this end, it is analyzed the development of the respective theory, the prosecution of such offenses and the position of judges from dissenting or controversial aspects of the law in that country.

Key words: *possession of weapons, carrying of weapons, law, criminal policy, punishment.*

I. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN

II. LAS REFERENCIAS A LAS ARMAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ECUADOR

Nuestro Código Punitivo, anteriormente en vigencia, tenía algunas disposiciones respecto de lo que se ha dado en llamar “EL ABUSO DE ARMAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA”¹, cuestión que no vamos a tratar por ahora; y teníamos así en el **Capítulo V. Del Abuso de Armas**, Art. 488, de entre los delitos (ahora lo encontramos en el Art. 359 del COIP) tema que no trataremos por ahora Y en los Arts. 604 # 15; 609 # 54, y en otras normas: Art. 605 # 12, de entre las Contravenciones de Policía Marítima, Art. 370, Sección II, # 6. Inclusive referencias a las armas, hallamos en el Código Civil en los Arts. 993 y 2236.

Atendiendo a la legislación de la época, el juzgamiento de esta clase de infracciones podía corresponder a su conocimiento y decisión aparte de los jueces penales, a un funcionario administrativo conocido como Intendente General de Policía² que reconocía la vieja jurisprudencia³, quien iniciaba el sumario, funcionario de policía que posteriormente perdió competencia para sustanciar sumarios o instrucciones fiscales.

Sólo abordaremos aquí, el estudio del delito de tenencia y portación de armas no autorizadas.

¹ Vid. Jaime Eduardo Toral Zalamea. *El abuso de armas en la legislación penal ecuatoriana*. Guayaquil, 1994.

² Aníbal Guzmán Lara. *Diccionario Explicativo de Derecho Penal*. T I (A .G). Segunda edición revisada, actualizada y aumentada. Quito: Editorial Jurídica, 1989.

³ Corte Suprema de Justicia. “Jurisprudencia”. *Prontuario de resoluciones de la Corte Suprema de Justicia*, 1 (1989). Sentencia de la Primera sala en febrero 23 de 1988: Recusación al Intendente General de Policía de Pichincha, en cuyo caso conocían los jueces penales quienes los subrogaban...

III. LA APARICIÓN DE LA LEY DE FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y TENENCIA DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS

Sin embargo, es mediante el DECRETO SUPREMO # 3757, publicado en el Registro Oficial # 311 de 7 de noviembre de 1980, se expide la nueva “LEY DE FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y TENENCIA DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIONES Y ACCESORIOS”. De esta Ley, la doctrina penal ecuatoriana se ha pronunciado de la siguiente manera:

Esta Ley, cuya inconstitucionalidad es tan palmaria que ha merecido la repulsa científica de muchos juristas, podría decirse, sin embargo, que apunta como objetivo jurídico a preservar la seguridad de los ciudadanos o de la colectividad.⁴

También en doctrina penal ecuatoriana ⁵ se ha dicho, respecto de la Ley de Armas, lo siguiente:

... es una Ley Penal en Blanco, su infracción está condicionada a la expedición de un Reglamento en el que se establece a qué personas y bajo qué circunstancias, se les concede autorización para portar armas de determinando calibre.

El Reglamento determina o delimita la imposición de la pena que está contenida en la citada Ley, este reglamento puede ser considerado como una norma de reenvío. Se alude en forma expresa al mismo y su remisión complementa el tipo penal en blanco contenido en la ley; sin esa complementación se estaría allí vulnerando la legalidad o reserva de la Ley Penal porque la arbitrariedad del juzgador al determinar los casos en que se aplicaría o no la Ley Penal, y se impondría la respectiva pena.

IV. SU REGLAMENTACIÓN

Sin embargo, es mediante DECRETO # 2063 que se emite el “REGLAMENTO A LA LEY DE FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y TENENCIA DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS”, que fuera publicado en el Registro Oficial # 520 de martes 6 de septiembre de 1994.

Los Arts. 5 literal f) y h); 6 literales a) y c), 52, 53, 59, 63, 63 y 64, y en especial el art. 94, establecen como mecanismo de disuasión o de evitación de peligro, a modo de sanción penal: ¡SOLO EL DECOMISO⁶ DE LAS ARMAS!

⁴ Véase Eduardo Zurita Guerrero. *Alegatos y estudios sobre materia penal*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil, 1991, p. 96.

⁵ Vid. Alfonso Zambrano Pasquel. *Manual de Derecho Penal*. Primera edición. Guayaquil, 1984, p. 129.

⁶ “La violencia con armas de fuego genera alarma”. Diario *Hoy*. 20 de junio, 2006, página 7A.

Ya Roberto Guevara Elizalde, en su libro *La política criminal en el Ecuador*, 2013, Guayaquil, páginas 136 Y 137, dice: "... hasta la primera quincena de junio del 2006, se habían decomisado en la ciudad de Guayaquil, unas 1 247 armas de fuego (carabinas, escopetas, cartucheras, recortadas y repetidoras, sin contar revólveres y pistolas; también 7 279 municiones, 29 accesorios y 7 607 explosivos, a los ciudadanos que las portaban sin permiso, no parece que puede ser alarmante, si nos atenemos a los datos de que en el mundo hay alrededor de 640 millones de armas pequeñas y se producen 8 millones anualmente.

Según el noticiero nocturno de Canal UNO del día 18 de agosto del 2015, se nos informó de las siguientes estadísticas de armas decomisadas, dadas por la Policía Nacional. El Ministerio del Interior informó que se incautaron aproximadamente 2 600 armas de fuego:

1 359	REVÓLVERES
794	PISTOLAS
380	CARTUCHERAS
34	SUBAMETRALLADORAS
2	AMETRALLADORAS
2	MINI USI

Lo más fácil de adquirir son los revólveres.

El 30,54 % fueron armas industriales.

Casi el 70 % fueron armas artesanales.

V. LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL Y LAS REFORMAS A LA LEY DE ARMAS DEL AÑO 2006

En el Código Penal, antes en vigencia, el delito de tenencia de armas sin autorización competente (Art. 162 CP) estaba comprendido en el Capítulo IV "De los delitos de Sabotaje y Terrorismo" (Arts. 156 y ss.), contenidas en el Título I de los delitos contra la seguridad del Estado. Mientras en el Título V "de los delitos contra la Seguridad Pública", Arts. 369 y ss. del CP, encontramos al delito la asociación ilícita y otras infracciones, es decir, la asociación ilícita es un delito contra el orden público de la comunidad en concreto. En cambio, el delito de tenencia de armas sin autorización competente, contenida dentro del epígrafe: dedicado al terrorismo, es un delito contra el Estado, como entidad abstracta.

En el COIP, en actual vigencia sucede lo contrario: el delito de asociación ilícita se encuentra incluido en el Capítulo Séptimo “Terrorismo y su Financiación”; es decir, es un delito contra el Estado en abstracto. Mientras en el delito de Tenencia y Portación de armas (Art. 360) ahora está ubicado en el Capítulo sexto, sección única: delitos contra la Seguridad Pública (Art., 336 y ss.). ¡Qué cambios!

Sin embargo, el Código Penal consignó como delito específico de la tenencia de armas en el Art. 162 del Código Penal, cuya penalidad inicial antes de las reformas, era de “prisión de seis meses a un año...”, que se publicaron en el Registro Oficial No. 231 de viernes 17 de marzo del 2006. Hubo una agravación punitiva.

...por medio de estas reformas se incrementaron las penas hasta de “uno a cinco años y multa de nueve a cuarenta dólares”. Y más adelante... sólo “la actuación dolosa reiterada de este tipo de conducta será sancionada con una pena de reclusión de tres a seis años.

Anteriormente, el Art. 31 de la Ley de Fabricación... tenencia de Armas...” señala la tipicidad; empero, el art. 32, *ibidem*, señala las condiciones procesales para que se ordene la prisión preventiva; esto es:

- a) Debe de haber datos procesales que hagan presumir la EXISTENCIA de un delito...; y
- b) Que hayan indicios o presunciones graves de que el sindicado es autor o cómplice de la infracción.

Dado que las reformas citadas del año 2006, en el Art. 11 de las reformas DEROGA EXPRESAMENTE EL ART. 32 DE LA LEY DE FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y TENENCIA DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS, QUE HACE REFERENCIA A LA MEDIDA COERCITIVA PERSONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA ESPECIAL QUE ESTA LEY ESPECIAL DEBÍA DICTAR EN EL CASO DE ARMAS.

POR LO QUE ERA IMPROCEDENTE EN LA PRÁCTICA PENAL LA MANTENCIÓN DE DICHA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL, FUNDADA ORIGINALMENTE EN ESA NORMA JURÍDICA QUE QUEDÓ DEROGADA EXPRESAMENTE. Como ha señalado, en un fallo⁷ interpretativo, la propia CORTE NACIONAL DE JUSTICIA HA INTERPRETADO DE MANERA OBLIGATORIA Y VINCULANTE PARA EL SISTEMA DE JUSTICIA, que la tenencia de armas es un delito eminentemente de prisión.

⁷ “Jurisprudencia”. *Gaceta Judicial*, serie XVIII, 5.

VI. JUSTIFICACIÓN: UNA SOCIEDAD DE RIESGOS Y LOS DELITOS DE PELIGRO

La simple tenencia y aportación de armas sin autorización del funcionario competente hace sospechar de la conducta de quien evade ser identificado como propietario de arma, y es un motivo de alarma que puede y debe ser anulado antes de que tales fines se realicen.

a) Una sociedad compleja en la que la interacción individual por las necesidades de cooperación y de la división funcional del trabajo alcanza extensos niveles, lo que incrementa las posibilidades de que algunos contactos sociales produzcan consecuencias lesivas, por lo que se dice que *hay que controlarlos en estadios previos a la comisión de la infracción, adelantando así la imputación, apareciendo así una forma del derecho penal del enemigo*.⁸

VII. CONSECUENCIAS: LA ANTICIPACIÓN O ADELANTAMIENTO DE LA IMPUTACIÓN

El presupuesto de esta teoría⁹ de la anticipación o adelantamiento al daño es característica (síndrome) indiscutida que en la práctica ha sido concebida generalmente en las diferentes leyes penales (Parte especial del Código Penal) de varios países, legislación que protege contra actos de terrorismo, o contra organizaciones colectivas que realicen ataques a la seguridad exterior e interior del Estado; o que refieran a delitos colectivos contra la Administración Pública, o que traten de sanciones contra asociaciones ilícitas para cometer delitos comunes.

El problema se presenta al reflexionar si el Derecho Penal, dentro de un Estado de Derecho y más aun dentro de un Estado Constitucional de Derecho y Justicia que puede o debe aplicar una herramienta o instrumentos de control social para sancionar un delito consumado o intentado, acaso tiene este mismo Estado constitucionalmente la facultad de intervenir penalmente antes de que se inicie el *iter criminis*; o sea, punitivizar el peligro, antes de que empiece el recorrido del camino del delito.

Esta reflexión trae esta interrogante: ¿puede o debe un solo delito abstracto y de peligro lograr la intervención del aparato represivo del Estado, en nombre de un derecho penal simbólico, o de una determinada política criminal, más allá de las exigencias constitucionales de garantizar

⁸ Ver Ulrich Beck: *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 2006; Gunther Jakobs. *Estudios de Derecho Penal* (estudio No. 11). Primera edición. Madrid: Civitas-UNAM, 1997. (“Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. Trad. de Enrique Peñaranda.)

⁹ A favor de esta teoría: Hans Joachim Rudolph: “...con la publicación de dos “estudios decisivos” (FS Bruns, pp.315 y ss.; y ZPR 1979, pp. 214 y ss.) escritos en el contexto de las consecuencias jurídico-penales de la primera ola de actos terroristas de la Fracción del Ejército Rojo (Rote Armee Fraktion, RAF), puede decirse que este autor diseñó la aproximación teórica de la anticipación. Después de Rudolph, la teoría de la anticipación experimentó un crecimiento continuado de adhesiones, pero ha quedado estancada en el estatus de doctrina minoritaria en continuo crecimiento...”. Según testimonio de Manuel Cancio Melia. Op. cit., p. 125.

un debido proceso penal, por un resultado material y concreto y no por especulaciones? En otras palabras, ¿le será constitucional a un Estado sancionar punitivamente los actos preparatorios del delito, generalmente impunes en la doctrina del Derecho Penal liberal, anticipando o adelantando así la imputación? La realidad de la existencia en legislaciones penales más adelantadas a este respecto nos indica que sí.

El profesor Günther Stratenwerth¹⁰ ha llegado a sostener que:

Penalizar actos preparatorios parece defendible solo en caso extremo, a saber, cuando ellos ya anuncian inequívocamente el delito al que tienden y cuando la lucha eficiente contra la criminalidad correspondiente exige una injerencia prematura (tal como ocurre en los delitos monetarios o, también en la conspiración de alta traición... etc.) Incluso en estos casos excepcionales, la comprobación de que, en la conducta conminada con pena, se trata de meros actos preparatorios tiene consecuencias prácticas en dos sentidos. En primer lugar, la tentativa de realizar el tipo de un ilícito de preparación debería quedar impune independientemente de las reglas generales... en la medida que ella consiste en actos preparatorios más lejanos que los que la ley ya penaliza. En segundo lugar, el acto preparatorio, deja de ser punible autónomamente cuando la verdadera agresión al ordenamiento jurídico a que aquel corresponda ya ha ocurrido y, a su vez, es punible. Aquí se debe aceptar la existencia de un concurso impropio...; tomar en cuenta por separado diversos grados de desarrollo del mismo delito significaría hacerle al autor el extraño reproche...

Si el futuro bien jurídico a proteger estuviese claramente descrito o previamente delimitado (como ocurre con nuestra tenencia y portación de armas no autorizadas) dentro del catálogo de los delitos y de las penas, que eso es un Código Penal, o en las leyes penales (como ocurre con nuestra asociación ilícita para lavados de activos) de un determinado país, en el que se criminalice a dichas tenencia o portación de armas. Aun en esa excepcional intervención estatal de su control social sobre las conductas peligrosas, estaría limitándose o vinculado a ese ataque solo, únicamente, exclusivamente a un peligro abstracto y a un peligro concreto expresamente definidos y querido en el interior de la persona o en lo íntimo del sujeto agente miembro de nuestra comunidad social, de modo que queda la conducta que se presume peligrosa sujeta a control. En otras palabras, la intervención estatal en la esfera interna del individuo (por solo tener o portar un arma); en cualquier caso estaría sometido a un limitado control social.

¹⁰ Günther Stratenwerth. *Derecho Penal* (Parte General I). El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, p. 277. Parece seguir este criterio Patricia Ziffer, en su ensayo: "Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita". *La Ley* (24 de diciembre del 2001).

VIII. ¿ATAQUE A BIEN JURÍDICO COLECTIVO?

Alguna teoría¹¹ podía orientarse a concebir los delitos de peligro (abstracto o concreto, como los delitos de tenencia y portación de armas Art. 360 del COIP, como Delitos contra la seguridad pública Capítulo Sexto, Delitos contra la estructura del Estado: Sección única. Delitos contra la seguridad Pública Arts. 336 COIP); tema vinculado a la Seguridad Humana (Art. 393, Constitución del 2008), que puede analógicamente compararse con la seguridad pública, aunque de rangos totalmente diferenciados, la última de carácter constitucional y las anteriores exclusivamente penal.

En nuestra Constitución inmediatamente anterior de 1998, había normas que hacían referencia, por lo general más respecto de bienes jurídicos individuales; y muy pocos conceptos relativos a los bienes jurídicos colectivos a la seguridad jurídica;¹² empero a partir del 2008 hay normas que hablan de la seguridad ciudadana o seguridad urbana, *como seguridad individual del ciudadano; ora como seguridad humana*¹³, *pública y social*, contra la delincuencia o dentro del orden público interno, como se ha pedido por algún sector nacional que se las inserte, y que, casi no ha existido, anteriormente.

Como cuando actualmente se dice:

CONSTITUCIÓN del 2008: Sección Undécima: **Seguridad Humana**: Art. 393: El Estado garantizará *la seguridad humana* a través de políticas y acciones integradas, *para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones o delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno.*

Debemos, pues, entender que *el derecho a la seguridad ciudadana contra la delincuencia es un derecho subsidiario o residual de la existencia, defensa, ejercicio y aplicación, de los demás derechos constitucionales (sociales, civiles, laborales, administrativos y penales entre otros derechos) antes mencionados; o al contrario es un derecho específico, independiente o autónomo de la aplicación de las garantías constitucionales en general?*

Aunque muy bien ha sido considerada la seguridad ciudadana (seguridad pública-seguridad humana) desde una posición de la escuela de Fráncfort, ora por el profesor alemán

¹¹ Esta teoría es patrocinada, en diferentes trabajos, por Lenckner, Schimdhauer, Figueredo Díaz. En Francia, Malabat, según nota de página No. 43 en *op. cit* de Manuel Cancio Melia, p. 130.

¹² Constitución de 1998 Art.23#26.

¹³ En la Constitución actual del 2008, la seguridad ciudadana se la observa en su Art. 393 Sección Undécima, Seguridad Humana.

Winfried Hassemer¹⁴ como bien jurídico, ora también por el profesor Roland Hefendehl¹⁵, como un bien jurídico colectivo... es decir: aquellos que sirven a los intereses de muchas personas —de la generalidad— al que se unen criterios de que su uso por un individuo “no excluye” a los demás individuos; pues, no hay rivalidad en el consumo del mismo, al que no le cabe distributividad, pues, es conceptual, real y jurídicamente imposible dividir en partes y asignar una porción de este a un individuo¹⁶; sin perjuicio de que pueda ser tenido como un derecho o bien jurídico difuso¹⁷ sometido a protección constitucional. Aunque se haya advertido, en sentido contrario, por Bernd Schuneman.¹⁸

Sin embargo, reconociendo el profesor peruano Dino Carlos Caro Coria¹⁹ que es polémica esta posición de aceptación de la existencia de *los bienes jurídicos colectivos*; y que se debe estudiar aún más su relación para con los *bienes jurídicos difusos*, como referimos nosotros *ut supra*; que en todo caso, según Caro Coria, debe dejarse de lado, y “desterrar” la categoría del bien jurídico difuso, pues, con la categoría del bien jurídico colectivo se los puede también “abordar con eficacia y garantismo”, por lo que se puede ver que en la literatura jurídica penal latinoamericana se está aceptando esta concepción de los bienes jurídicos colectivos.

¹⁴ Winfried Hassemer, en su ensayo: “El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho Penal eficiente”. En *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Bogotá: Edit. de la Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, 1997. Reimpresión de la primera edición, junio del 2002, en Lima, en cuya página 47 dice: “La seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico...”.

¹⁵ Ver la ponencia del profesor de Derecho Penal de la Universidad de Dresden, (Alemania) Roland Hefendehl, en su artículo “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?”, ofrecida en la facultad de derecho de la Universidad de Murcia, en el seno del Seminario de Derecho Penal “Sobre construcciones dogmáticas y su aplicación práctica”, organizado por el Departamento de Derecho Penal, en mayo del 2001. Se ha señalado de este autor, discípulo de Schunemann, que es el que ha desarrollado el “...más importante estudio sobre la estructura de los bienes jurídicos colectivos en Alemania”, según testimonia, el profesor Bernd Schuneman, en su ensayo “El Derecho Penal es la última ratio para la protección de los bienes jurídicos”, contenido en su libro *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad de Santo Domingo, 2007. Monografías: Módulo Penal No. 11, prólogo de Juan Fernández Carrasquilla. Coordinadora: Gloria Bernal Acevedo, páginas 251 y ss, especialmente en la página 265.

¹⁶ Cfr. Robert Alexy, en su trabajo: “Derechos individuales y bienes colectivos”, contenido en su libro *El concepto y la validez del Derecho*. Traducción de J. M. Seña. Barcelona: 1994, pp. 179, 186, 187.

¹⁷ Ver Hernán Salgado Pesantes, en su libro *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tercera edición. Quito: Editorial Corporación MYL, 2004, página 187, en la que dice: “En los derechos difusos el individuo no es propiamente su titular, incluso puede darse el caso de que la amenaza la lesión no le afecte realmente. El individuo es afectado en tanto que miembro de la sociedad y el bien jurídico reclamado no es susceptible de apropiación exclusiva por parte de un sujeto, aquí el goce y el ejercicio de un derecho difuso es concurrente con el de los demás miembros de la comunidad... En conclusión, los derechos o intereses difusos pueden ser defendidos por cualquier persona, la cual, en consecuencia, está legitimada para reclamar la tutela jurisdiccional. En los derechos colectivos no se daba el problema de la legitimación, por cuanto la agrupación —que podría ser una persona jurídica colectiva— tenía su representante legal o legitimado por la comunidad”.

¹⁸ Bernd Schuneman en su estudio “Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta”. En *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Prólogo de Fernando Carraquilla. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, 2007, pp. 160-161, en donde polémicamente dice: “Una teoría de los bienes jurídicos colectivos que conduzcan más allá de consideraciones generales y que asimile toda la completa y abundante materia que el legislador expone en los tipos penales no existe hasta hoy... puesto que el pretendido bien jurídico colectivo institucional no representa otra cosa que la clase de los bienes jurídicos individuales...”.

¹⁹ Dino Carlos Caro Coria, en su artículo: “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, contenido en el libro *Estudios de Derecho Penal*. Lima: ARA Editores, 2005, pp. 31 y ss., especialmente en las páginas 38, 52, y 56.

IX. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA SEGURIDAD PÚBLICA O EL ORDEN PÚBLICO

Dada la naturaleza de este breve ensayo, no vamos a entrar en la polémica académica, ni seguir algún escepticismo²⁰ al respecto, de lo que se está suscitando en el mundo científico jurídico sobre: “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos²¹ o la vigencia de la norma?”²² Damos por entendido que el Derecho Penal (más aún el Derecho Constitucional) además de la protección de la personas, está al servicio de la protección de bienes, que por ello se denominan bienes jurídicos. Sin desconocer que este didáctico concepto del bien jurídico plantea algunos problemas por resolver²³, que no los abordaremos por ahora.

El poder penal del Estado garantiza intereses y bienes colectivos e individuales jurídicamente tutelados por la *Norma Penal*, y cuya vulneración está sancionada por la *Ley Penal*.

El Orden Público ha sido definido²⁴ como:

Observación de un conjunto de normas jurídicas cuyo cumplimiento es indispensable para preservar el mínimo de conclusiones necesaria para una convivencia normal. Parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la colectividad.

Empero este orden público debe ser resguardado, asegurando que no se lesione. De aquí que en los casos que se pudiere causar un menoscabo a la estabilidad política, institucional y funcional de un Estado, el evitarlo es asunto propio de la seguridad pública, que corre a cargo de ciertos órganos del Estado y cuya punición está previsto en las leyes penales especialmente.

Estas diferentes clases de delitos de tenencia y portación de armas son esencialmente cometidos por individuos o colectivos de personas, criminalizando verdaderos actos preparatorios permanentes, conforme a lo acuñado en el Art. 360 del COIP.

Los atentados permanentes contra la Seguridad Pública, que es atinente a la seguridad de los ciudadanos y al orden público, no se pueden ni deben confundirse con otras formas colectivas de intervención y participación delictiva transitorias, momentáneas, o políticamente

²⁰ Günther Estrañerwerth, en su libro *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 1. Navarra: 2000, p. 55 ha señalado: “A pesar de múltiples esfuerzos, hasta hoy ni se ha logrado esclarecer el concepto de bien jurídico ni siquiera de modo aproximado”.

²¹ A favor de seguir manejando la categoría de “bienes jurídicos”, ver: Bernd Schuneman, en su ensayo: “El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos”. En *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Prólogo de Juan Fernández Carrasquilla. Coordinadora: Gloria Lucía Bernal Acevedo. Bogotá: Edit. Librería Ibáñez, Universidad Santo Tomás.

²² En contra: Günther Jakobs, en su ensayo: *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Primera reimpression. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2002.

²³ Wolfgang Naucke. *Derecho Penal. Una introducción*. Traducción de la 10ª edición alemana, por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2003.

²⁴ Mabel Goldstein. *Diccionario Jurídico Consultor Magno*. Montevideo: Panamericana, Formas e Impresos, 2008, p. 400.

espontáneas, exteriorizados contra la seguridad exterior o interior del Estado, como en los casos de ciertos conciertos políticos para delinquir, como por ejemplo el *terrorismo*, y otros delitos en donde también se pueden utilizar armas.

X. LA SITUACIÓN DE LA TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS NO AUTORIZADAS EN EL ACTUAL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El COIP dice:

a) **Artículo 360.- Tenencia y porte de armas.-** La tenencia consiste en el derecho a la propiedad legal de un arma que *puede estar en determinado lugar, dirección particular, domiciliaria o lugar de trabajo*, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que tenga armas de fuego sin autorización será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

b) El porte consiste en llevar *consigo o a su alcance* un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que porte armas de fuego sin autorización será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

SEGUNDA PARTE

I. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS

Vamos a abordar un estudio dogmático, aunque muy breve dada la naturaleza del presente estudio.

II. EL CONCEPTO DE ARMAS DE FUEGO Y LAS CLASES DE ARMAS

El Diccionario²⁵ dice que ARMA es “Instrumento destinado a ofender o defenderse: arma de fuego”.

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO²⁶, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES RELACIONADOS (aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 13 de noviembre de 1997) nos da una definición de arma de fuego:

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, excepto las armas antiguas fabricadas antes del siglo XX o sus réplicas.

III. CLASIFICACIÓN DE ARMAS EN GENERAL

Las armas no de fuego pueden ser: contundentes, cortantes, punzantes, de las que no trataremos aquí.

²⁵ Ramón García Pelayo. *Diccionario Larousse. Diccionario práctico del español moderno*. Buenos Aires: Ediciones Larousse, 1987, p. 37.

²⁶ Ratificada por el Ecuador desde junio de 1999.

También se habla actualmente de armas químicas, biológicas y nucleares, de las que tampoco trataremos aquí por ahora.

Pero trataremos limitadamente el estudio sobre las armas de fuego.

IV. LA CLASIFICACIÓN DE LAS ARMAS DESDE LA CRIMINALÍSTICA:²⁷

Se han clasificado: a) armas pequeñas, b) armas livianas, c) armas de cañón largo, d) armas de cañón corto o cortas.

También se han clasificado como: a) armas automáticas, b) semiautomáticas; c) de tiro a repetición; y d) de tiro a tiro (cartucheras).

Otra clasificación puede hacerse por su calibre: a) de pequeño calibre, b) de mediano calibre, y c) de grueso calibre.

No entramos a detallar en este punto por lo breve de este ensayo, y porque mayores desarrollos se pueden encontrar en obras especializadas en balística.

El Reglamento de la Ley de Armas ha clasificado a las armas en:

Armas de Guerra de uso privativo de las Fuerzas Armadas, (definidas en el Art. 15 del Reglamento).

B) Armas de uso restringido (definidas en el Art. 16 del Reglamento).

C) Armas de uso civil (definidas en el Art. 17 del Reglamento).

Estas armas de uso civil a su vez se clasifican en:

c.1) Armas de defensa personal (definidas en el Art. 18 del Reglamento).

c.2) Armas de fuego deportivas (definidas en el Art. 19 del Reglamento).

c.3) Armas de fuego de colección (cuya definición consta en el Art. 20 del Reglamento).

Obviamente el uso de las armas de fuego de guerra y las armas de fuego de uso restringido²⁸ está totalmente prohibido por parte de personal civil.

²⁷ Para mayores detalles ver: VVAA. *Criminalística actual (Ley Ciencia Arte)*. México: Lexus, Ediciones Euroméxico S. A., 2012.

²⁸ Diario *Expreso*. artículo: "La Corporación avanza pese a las trabas", de miércoles 18 de mayo del 2006, en la página 13. Sin embargo de esta noticia, en otro diario, "*El Universo*", de fecha domingo, 23 de abril del 2006, en la pág. 2-B, se hablaba ya entonces de un desembolso previo de unos \$3 500 000. Por lo que se estima que la prensa nacional no está manejando bien las cifras dinerarias en juego o alguien de arriba no está dando las cifras exactas.

Por ejemplo, el Municipio de Guayaquil logró que el Gobierno asigne \$7 500 000 de los \$11 000 500, de los cuales se utilizarán \$2 790 000 para la adquisición de armamentos, para la policía nacional...3 725 pistolas, 250 subametralladoras y 250 fusiles con sus respectivas municiones. Que se realizará en un primer momento con fondos provenientes del presupuesto municipal con cargo a la partida presupuestaria denominada “Convenio Equipamiento Policía Nacional”. Existe un “Comité de Contrataciones” que se encarga de ello y además comprarán vehículos (230 motos) y equipos, de radios portátiles (335), camionetas (100), radios, balizas y equipos informáticos.

De modo que las armas de uso civil son las que previa autorización competente no tienen problemas de imputación penal por este delito.

V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la seguridad pública.²⁹

VI. EL ACTO O CONDUCTA PUNIBLE: EL NÚCLEO DEL TIPO O VERBO RECTOR

Es el “tener”, que el diccionario³⁰ asimila a “poseer...”.

Es el verbo “portar”, del que se deriva “portador”. El diccionario,³¹ cuando refiere al “portador”, dice: “Dícese de la persona que lleva consigo una cosa...”.

Debemos señalar que en los delitos de peligro no cabe pregonarse la posibilidad de su tentativa; simplemente se comete el delito o no se lo comete.

VII. OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMAS

El objeto material de la infracción es aquella cosa o persona sobre la que recae la acción del sujeto agente de la infracción, objeto material que es representativo del bien jurídico protegido por la norma penal. Se puede decir que el bien jurídico lesionado generalmente es el objeto material del delito. En este caso es el delito de seguridad pública.

²⁹ Así también Eduardo Zurita Guerrero. *Alegatos y estudios sobre materia penal*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil, 1991.

³⁰ Ramón García Pelayo. *Diccionario Larousse. Diccionario práctico del español moderno*. Buenos Aires: Ediciones Larousse, 1987, p. 569.

³¹ Ramón García Pelayo. *Diccionario Larousse. Diccionario práctico del español moderno*. Buenos Aires: Ediciones Larousse, 1987, p. 448.

VIII. LOS MEDIOS DE LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN

Llamaremos *medios* a la vía, camino, sendero, mecanismo, maniobra, trámite, o forma por la cual se logra la consumación de una infracción. En todo caso, el *verbo activo* (*el verbo rector*) con que se expresa el núcleo del tipo (por ejemplo en el delito de violación) no reviste, a veces, indicio de antijuridicidad *sino se pone en relación con el medio* (violencia o amenazas en el delito de violación Art. 171 COIP). En otros casos, el medio califica una infracción (como *el veneno* en el caso del asesinato, Art. 140 No. 3 COIP) y no faltan ejemplos de delitos en los que el verbo asume el papel o la función de separar un delito de otro, el hurto (Art. 196 COIP) del robo (Art. 189 y ss COIP), aun dentro de infracciones de la misma especie (dentro de los delitos contra la propiedad). Igualmente, a veces un verbo que puede ser catalogado como medio para calificar un grado de participación criminal (Art. 41, 42 y 43. de1 COIP), o como medio de “la provocación”, puede ser tomado a veces como delito principal la instigación pública para delinquir (Art. 363 COIP), la incitación a la sedición (Art. 342, penúltimo inciso), la inducción al error de la administración aduanera (Art. 299 No. 6 COIP).

En otros casos, los tipos se hallan caracterizados de manera gravosa por el medio que se emplea. Ejemplos: violencia, intimidación, la fuerza, la coacción, el engaño, el fraude, etc. En otros casos se toma en cuenta la publicidad o la clandestinidad del medio.

Siempre es conveniente observar si los medios exigidos por el tipo penal tienen alguna significación jurídica definida por las leyes (elementos normativos) que precisen mejor su alcance material, formal, lógico y terminológico. Por lo que un elemento objetivo del tipo puede ser a la vez objetivo y ser también elemento normativo, sin que haya contradicción alguna en la concurrencia de sus diferentes sentidos jurídicos.

Finalmente, los medios hacen alusión a los instrumentos con los que se comete la infracción.

1. LOS MEDIOS EN EL DELITO DE TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS

Obviamente en esta clase de delitos sea en grado de tenencia o de portación, el medio de comisión de este delito es objetivamente el instrumentos que se ha denominado ARMA, la que tiene que ser idónea en sus posibles efectos lesivos o letales. De tal modo que si se está ante una arma que no funciona como tal, o de una aparente arma, como sucede con las armas de juguete, o ante una “arma de defensa personal” (debidamente autorizada como tal), diferente a las “armas de asalto” policial o militar (por lo general armas de gran cadencia de fuego), estamos ante la ausencia de medios idóneos para la comisión de la infracción de nuestro comentario.

IX. CONDUCTA POR ACCIÓN O POR OMISIÓN

Objetivamente estaríamos ante un delito de acción, pues es la REAL tenencia o la portación de arma no autorizada por funcionario competente. Pero debe señalarse que mientras en la *portación* de arma esta es *objetiva inmediata y directa*, en el caso de la tenencia de armas esta, por tratarse de una relación *mediata, indirecta y subjetiva*, requiere *probarse el_nexo causal, como lo ha señalado alguna sentencia*³², entre la voluntad de tener el arma y la disposición de la tenencia. Precisamente como dice Maurach, “decisiva para la clasificación (en delito de peligro concreto y en delito de peligro abstracto) es la mayor o menor probabilidad de producción del resultado de lesión”,³³ así en la tenencia el delito es de peligro abstracto y en la portación es de peligro concreto.

Otros dirían que se trata de un delito de omisión, pues lo que se sanciona es la omisión de obtener la autorización del funcionario competente para que esa tenencia o aportación sea legítima. De modo que es la ausencia de la autorización lo que convierte al arma, que por sí sola no comporta el delito, sino la falta de autorización oficial.

Causas excluyentes de la conducta

Exclusión que es también una ley de reenvío a otras leyes y reglamentos.

X. CLASIFICACIÓN DE LA TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMAS NO AUTORIZADAS, EN ORDEN A LA CONDUCTA

Es de *acción*, por las razones ya expuestas *ut supra*.

Puede ser de *comisión por omisión*, por las razones expuesta *ut supra*.

³² Jurisprudencia contenida en Corte Nacional de Justicia. *Jurisprudencia Especializada Penal*. Tomo III. Quito: El Fórum, 2013, página 305 a 309. Proceso No.473-2009, en contra de Jimmy Omar Lucas López, Se lee: “...Es incontrovertible que las presunciones que el juez o el tribunal obtengan en el proceso deban estar basados en indicios probados, graves, precisos y concordantes; y para que en esos indicios se pueda presumir EL NEXO CAUSAL entre delito y responsabilidad deben encontrarse plena y absolutamente cumplidos los requisitos que de manera taxativa establece el Art. 88 del Código de Procedimiento penal, como no sucede en el presente caso. 3.- AL respecto, para establecer la responsabilidad penal del acusado se debe probar, como ya se manifestó, EL NEXO CAUSAL ente la infracción y su culpabilidad, en la forma determinada en el Art. 88 del CPP y de conformidad con el Art. 252 *ibidem* se lo obtiene de la prueba de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en la etapa del juicio, de tal manera que el juzgador tenga la convicción y la certeza de que el acusado es el responsable del delito por el cual se le acusa. Del texto de la sentencia recurrida, no se aprecia que el tribunal al valorar la prueba de cargo presentada por el fiscal se haya apartado de la ley, pruebas que le permitieron demostrar la existencia de la materialidad de la infracción mas no la responsabilidad del acusado Jimmy Lucas López, en los hechos ocurridos el 10 de enero del 2008 a las 19H50, aproximadamente en el Terminal Terrestre de la ciudad de Guayaquil, por tenencia ilegal de armas de fuego...”. Se rechaza la casación interpuesta del fiscal respecto de la sentencia absolutoria a Jimmy Lucas López.

³³ Reinhart Maurach y Heinz Zipf. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la séptima traducción alemana por Jorge Boffill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 359.

Es un *tipo simple*, pues protege solo un bien jurídico:³⁴ la seguridad pública.

Puede ser delito *instantáneo* en el caso del delito de portación de armas, pero se trata de un delito *permanente* que según ROXIN³⁵ está entre aquellos “en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”, como en el caso de la tenencia de armas.

XI. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS NO AUTORIZADAS EN ORDEN AL RESULTADO

Es un tipo **básico y fundamental**, pues la conducta está descrita en forma independiente, y, no se encuentra subordinada, referida o sujeta a ningún otro tipo penal.

Es un delito de peligro

Como se ha visto, la especie de nuestro análisis y reflexión es más bien de un delito de peligro³⁶ abstracto, dado que su sanción no depende de ninguna acusación de resultado, bastando solo la mera actividad del agente.

Es decir, “...para que el concepto de ARMA se verifique, es necesario que esté rubricado con un ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO DE DEFINICIÓN, un ánimo especial para causar graves daños a la persona sea atacándola o defendiéndose, con dicho instrumento”. O sea: “...SIEMPRE QUE SE HAYA ESGRIMIDO PARA QUE SE LLEVE A CABO LA INDICADA FINALIDAD”.

PERO AL SEÑALAR QUE SE TRATA DE UN DELITO DE PELIGRO, COMO LO RÉFERI ANTERIORMENTE, NOS INDICA QUE ESE PELIGRO DEBE DE SER IDÓNEO PARA CAUSAR DAÑO, EN EL CASO DEL ARMA DE FUEGO, que no sería tal, POR EJEMPLO, en el caso de estar DESCARGADA; O AL ESTAR VACÍAS LAS VAINILLAS CONTENTIVAS DE LAS BALAS, O DE NO SER APTA PARA PRODUCIR DISPAROS, O CUANDO “LOS MECANISMOS DE DISPARO ESTÁN EN MAL ESTADO”³⁷.

³⁴ Ver Hans Heinsrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen primero. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial S. A., 1981.

³⁵ Claus Roxin. *Derecho Penal Parte general*. Tomo I (Fundamentos, la estructura de la teoría jurídica del delito). Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal. Madrid: Thomson Civitas, 1997, p. 329.

³⁶ En ese sentido “como delito de peligro común”, Antonio Vicente Arenas. *Compendio de Derecho Pena*. Cuarta edición. Bogotá: Temis S. A., 1989.

³⁷ En esta especie, dentro de los juicios penales, puede constatarse en el instrumento denominado: “COMPROBANTE DE INGRESO DE EVIDENCIAS”, sobre todo ahora que es necesario someter las evidencias al sistema de la cadena de custodia y sobre todo al examen de balística. Ver: Leonardo Cruz Bolívar. “Delitos contra la seguridad pública”. En

XII. AUSENCIA DEL ACTO O CONDUCTA

Las clásicas y propias señaladas por la teoría del delito (sueño, sonambulismo, sugestión hipnótica, fuerza mayor, fuerza irresistible, actos reflejos).

XIII. EL TIPO PENAL Y SUS ELEMENTOS

En la constitución del tipo penal encontramos que, generalmente este está especialmente compuesto por elementos objetivos, elementos subjetivos, y a veces también por elementos normativos, como se verá a continuación.

Elementos objetivos o descriptivos: Tener o portar un arma.

Elementos subjetivos: Cualquier persona.

Elementos normativos: Los conceptos *arma de fuego* y *autorización de autoridad competente* del Estado.

1. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS NO AUTORIZADAS, EN ORDEN AL TIPO

Es tipo penal *simple*, pues a cualquier persona que realice el tipo penal, le corresponde una consecuencia jurídica determinada en la norma penal punitiva. Es un tipo penal *completo*, pues remite a la penalidad descrita en el antepenúltimo artículo anterior

Esta integración de supuesto de hecho y consecuencia jurídica en su completitud no se puede confundir con la naturaleza de la norma penal como norma penal en blanco, que se necesita ser complementada por la actividad autoritativa de la Entidad de Gobierno competente.

Es un tipo *básico y fundamental*, pues la conducta está descrita en forma independiente, y no se encuentra subordinada, referida o sujeta a ningún otro tipo penal.

Es un tipo autónomo³⁸ e independiente, pues tiene vida autónoma, por sus particulares

VVAA. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 505. “De acuerdo con nosotros sobre las armas inservibles que no pueden generar imputación por este delito...”.

³⁸ Jurisprudencia: Gaceta Judicial, serie XVII, número 12, juicio No. 157-2001, Segunda Sala Penal de la Corte Suprema. Resolución No. 612-2002, de fecha 20 de noviembre del 2002. Juicio penal por tenencia ilegal de armas contra Luis Rivas Guanuchi. Se lee: “SEGUNDO: Siendo el delito de tenencia ilícita de armas un delito especial...es diferente con el delito de asociación ilícita...de lo que se infiere que no puede juzgarse en la misma causa penal, si cada uno tiene su tipicidad y autonomía, no son concurrentes sino autónomos, merecen juzgamiento penal independiente por cada uno de ellos... pero no siendo un delito concurrente el de asociación ilícita con el de tenencia de armas, debe sustanciarse en otro proceso penal... aceptándose el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, se dispone que una vez ejecutoriada esta sentencia, el señor Secretario del Tribunal Penal tercero de lo penal del Azuay remita copias certificadas de las piezas procesales pertinentes... a uno de los fiscales de la provincia del Azuay para que se inicie instrucción

características, fácilmente diferenciables de entre otras de los delitos contenidos en el catálogos de los delitos y las penas que es difícil confundir con otro o diferente delito, dada su naturaleza. Por ejemplo no puede confundirse con la figura de delito del abuso de armas³⁹ (Art. 359 del COIP), diferenciándose dentro de los demás delitos contenidos en su “Sección”, o con las asociaciones armadas, propias del delito de terrorismo (Art. 366 OIP), pues se diferencia muy bien incluso de los delitos contenidos en otros Capítulos del COIP, como el terrorismo o la asociación ilícita (Art. 370 COIP).

Es un tipo penal *completo*, pues en la misma disposición (Art. 360.) está tanto la descripción o abstracción típica del acto de la tenencia como de la portación de armas no autorizadas por funcionario competente, como sus penas correspondientes.

Es un tipo penal *congruente*⁴⁰, porque hay coincidencia entre la manifestación de voluntad (tener o portar) y el peligro social asumido en la conciencia del agente. Así, por ejemplo, el agente quiere tener o portar armas, y su consecuente peligro social, el delito de tenencia o portación de armas no autorizadas. Si no hay dolo directo de cometer el delito de tenencia o portación de armas no autorizadas, este no se consuma.

2. CLASIFICACIÓN DEL TIPO POR EL SUJETO ACTIVO

Por sujeto no cualificado. Es un tipo penal que no requiere de sujeto calificados o cualificados. Cualquiera puede serlo. Un civil o un militar o policía que tenga un arma que no sea de su dotación oficial y para la cual no tengan autorización.

Es un tipo penal que puede ser *monosubjetivo* o *plurisubjetivo*, según intervengan en su realización una persona o muchas personas.

3. CLASIFICACIÓN DEL TIPO EN ORDEN AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es un tipo penal *propio*, pues tiene sus características claramente señaladas. Sus elementos

fiscal con respecto al delito de asociación ilícita en el mismo que están involucradas los procesados en esta causa penal. Notifíquese.

³⁹ Jurisprudencia: Así la Sentencia de casación de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Primera Sala Penal, de 23 de abril del 2009, a las 10H00, Juez Ponente: Dr. Milton Peñarreta Álvarez, juicio por tenencia de armas, en contra de José Corazón Yamasca Moína, que dice: “... De oficio casa la sentencia... rectificando el error de derecho que se ha cometido al tipificar el delito previsto en el Art. 162 del Código Penal, cuando el acusado incurrió en una conducta de uso ilegítimo y no necesario de arma de fuego mediante un disparo y, por tanto debió aplicar la norma del Art. 488 del Código Penal, cuya disposición era la que correspondía aplicarse, para dilucidar el presente conflicto...”. Este fallo se puede ver en Corte Nacional de Justicia. *Jurisprudencia especializada penal*. Tomo III. Quito: El Fórum, 2013, página 300 a 304.

⁴⁰ Mayor explicación sobre la congruencia del tipo del delito y su importancia práctica para el juez penal, ver: Reinhart Maurach. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo 1, prólogo de Octavio Pérez y Vitoria Moreno, y traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, pp. 272. Ver también Reinhart Maurach, Heinz Zopf. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo 1. Traducción de la séptima edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, pp. 354 y ss.

constitutivos destacan nítidamente de entre los otros delitos, incluso de entre los demás delitos contra la Seguridad Pública y especialmente diferenciada de otros delitos, como los de terrorismo y asociación ilícita.

Es un tipo penal de modalidad *cerrado*, pues no queda la posibilidad de que el juzgador tipifique así figuras análogas, interpretando extensivamente, utilizando en la práctica la analogía, sustituyendo al legislador, y remitiéndonos en los casos de aplicación de la analogía, así ante una libre creación judicial del Derecho.

4. ¿ES UN TIPO PENAL EN BLANCO? Si la ley en blanco describe la esencia de la conducta a reprimir y solo deja a la entidad administrativa, etc., el cumplimiento de ciertas cuestiones o circunstancias complementarias (Ley en blanco), previstas en la LEY DE FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y TENENCIA DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS, así como las condiciones señaladas en el REGLAMENTO. En este caso, las autorizaciones son, por ejemplo:

- Autorización del Ministerio de Defensa, previo Informe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (Art. 9).

- Permiso del Jefe del Estado Mayor del Comando Conjunto de acuerdo al informe del Jefe del IV Departamento del Estado Mayor del Comando Conjunto (Art. 9).

- Permiso concedido por las autoridades policiales o militares según corresponda a nivel de la provincia.

5. ELEMENTOS OBJETIVOS O DESCRIPTIVOS DEL TIPO PENAL

Tipo objetivo: hay que diferenciar la tenencia de la posesión

“La posesión es la tenencia con ánimo de señor y dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o bien por otra persona en su lugar y en su nombre. El poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifica serlo”.⁴¹

6. LA TENENCIA O MERA TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS HAY QUE ANALIZARLA BAJO EL CONCEPTO DE TENENCIA DEL CÓDIGO CIVIL, QUE DICE:

“Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño sino en lugar y en nombre del dueño.”⁴²

⁴¹ Código Civil, Art. 734.

⁴² Código Civil, Art.748.

Alguna jurisprudencia⁴³ analizó el argumento de la fiscalía, acerca de estas diferencias conceptuales del Derecho Civil, señalando el Ministro Fiscal las diferencias entre la tenencia y la aportación (directa e inmediata) del arma, criterio este último mantenido por el Art. 162 del Código Penal, criterio que no fuera recogido por la Ley de tenencia de Armas. Se señaló entonces que bastaba la portación sin que se requiera del sentido jurídico civil aparentemente contenido en la Ley de tenencia de la ley de Armas. En este caso que llegó en Casación, la Corte adoptó el criterio de que tenencia es en sentido amplio, más allá del sentido civilista, esto es, basta la simple portación punible de arma de fuego, ampliando en esa época una figura (de la portación que solo contemplaba el Art. 162 del CP) que ahora reaparece expresamente en el COIP (Art. 360).

En cualquier caso, no habría arma, descriptiva ni objetivamente, cuando lo que se presume herramienta idónea para causar daño o la muerte, no está técnicamente apta para producir el peligro esperado. Esto se comprueba con la pericia de balística que realiza la policía judicial. *Por ejemplo un revolver, pistola de juguete, un revolver o pistola inservible u obsoleta. No es propiamente un arma.*

6.1. Sujeto activo de este delito de tenencia o portación de armas no autorizadas

La expresión “La persona...” es una expresión indeterminada que implica que cualquiera persona, sin calificación especial de ninguna especie, puede ser el sujeto activo en esta infracción. En otras palabras, cualquiera persona.

6.2. El sujeto beneficiario

Por tratarse de un delito de peligro, no cabe encontrar, como en los delitos de resultado, beneficiario alguno.

6.3. Sujeto pasivo del delito de tenencia o portación de armas no autorizadas

Es la comunidad social y por ende al final el Estado, que es quien resguarda la seguridad pública.

ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO

7. ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

Elemento normativo del tipo: Básicamente hay dos elementos normativos: el concepto de *arma*, y la *autorización de autoridad competente*.

⁴³ Jurisprudencia: Juicio No 473-2009, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, primera sala de lo penal, Quito, 17 de agosto del 2011, las 11H15, en que el fiscal interpone casación por la sentencia absolutoria dictada por el Primer Tribunal Penal del Guayas. Puede verse este fallo en Corte Nacional de Justicia. *Jurisprudencia Especializada Penal*. Tomo III. Quito: El Fórum, 2013, pp. 305 a 309.

Debe tratarse de un arma idónea, apta, cuya definición que antes la tenía el Código Penal⁴⁴, ahora no la tenemos en el actual COIP, por lo cual, igualmente, no habría arma, cuando lo que se presume herramienta idónea para causar daño o la muerte no está técnicamente apta para producir el peligro esperado. Esto se comprueba con la pericia de balística que realiza la policía judicial. Por ejemplo, un revolver, pistola de juguete, un revolver o pistola inservible u obsoleta, no es propiamente un arma.

Las autorizaciones de la autoridad competente son diferentes según la actividad relacionada con el arma, y están señaladas en la Ley de la Materia y en su Reglamento.

8. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

Encontramos en la portación y en la tenencia de armas no autorizadas los delitos de *la tenencia mediata y la tenencia inmediata* respectivamente. Empero, cualquiera que fuere ese tipo de tenencia o de portación, de las armas no autorizadas, la tenencia o la portación de ellas, no pueden serlo a título precario⁴⁵ o circunstancial, pues en ese caso no habría el elemento subjetivo del tipo, denominado tenencia ni tampoco el de portación. Debe haber uno de esos ánimos a título propio, por lo que el hallazgo de un arma, el encargo momentáneo por un tercero, la oferta o promesa de compraventa, transferencia del arma que se deja como muestra para que la pruebe y examine, no constituyen el delito que nos ocupa.

EL fundamento de lo expuesto *ut supra* lo encontramos en el Derecho Civil en donde se ha dicho por el profesor Eduardo Carrión⁴⁶: “La tenencia implica un contacto de la persona con la cosa, deriva del *verbo tener* que, en su primera acepción *significa asir o mantener asida una cosa*. Si a la tenencia se le agrega *un elemento intencional* en virtud del cual la persona se comporta como dueña de la cosa, surge la posesión respecto de esa cosa.

Por si sola la *mera tenencia* no significa nada para el Derecho (civil) sin la adición del *animus domini*. Con este elemento subjetivo agregado deviene en posesión y produce consecuencias jurídicas de la más alta importancia.

Este elemento subjetivo permite constatar el nexo causal entre el acto o la conducta y la imputación penal de este delito.

⁴⁴ La definición de *arma* que trae el Art. 602 del Código Penal dice: “Se comprende por la palabra *arma*, toda máquina o cualquier otro instrumento cortante, punzante, o contundente que se haya tomado *para* matar, herir, golpear, aun, cuando no se haga uso de él.”

⁴⁵ Ramón García Pelayo. *Diccionario Larousse. Diccionario práctico del español moderno*. Buenos Aires: Ediciones Larousse, 1987, p. 452.

⁴⁶ Eduardo Carrión Eguiguren. *Derecho Civil (Los bienes)*. Tercera edición. Quito: 1979, p. 209.

Ausencia de tipicidad

Solo los casos propios de la teoría del delito: a) Falta de tipo; b) Atipicidad, cuando falta uno de los elementos especiales del tipo antes mencionados, y c) Error de tipo.

XIV.LA ANTIJURICIDAD

LA AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD, CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O LICITUD

1. **Estado de necesidad.** Las armas defensivas son precisamente para cumplir esa función de defensa.

2. **Legítima defensa.** La legítima defensa es una de las razones justificantes para la obtención de un permiso para portar armas.

3. **Acto ordenado por la ley.** Armas para uso del *Estado, instituciones bancarias, empresas de seguridad privada*,⁴⁷ previa autorización del Ministerio de Defensa Nacional (Art. 9). Esto hacen los importadores con fines no comerciales que están definidos en el Art. 1º 3 del Reglamento.

Las *personas naturales o jurídicas* (armeros) que se dediquen legítimamente a *la fabricación o transformación* de armas en el país (Art. 10, 13).

Las *personas naturales o jurídicas* que se dedique a *la importación* de armas (Art. 11, 14), cuya definición la encontramos en el Art. 11 del Reglamento.

Los *comerciantes de armas* (no importadores) legítimamente registrados como tal (Art. 15 de la Ley), cuya definición encontramos en el Art. 12 del Reglamento.

Las armas de fuego cuya autorización se confiere a las *entidades deportivas, clubes de tiro y caza*, o personas jurídicas, son referidas en el Art. 17 de la ley de la materia. Esto hacen los importadores con fines no comerciales que están definidos en el Art. 1º3 del Reglamento.

El Art. 19 de la Ley de la materia establece *la prohibición general de portar armas* sin autorización oficial. Pero esa misma ley exonera a la fuerza pública, cuando dice:

“Se excluye de esta prohibición a personal de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Policía Nacional Aduanera, y demás organismos estatales cuyos miembros podrán utilizarlas en la forma que señalan las leyes y reglamentos de la materia.”

⁴⁷ Están reguladas por la LEY DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA, publicada en el Registro Oficial N° 130 de 2 de julio del 2003. Un estudio sobre esta institución se puede ver en Robert Guevara Elizalde. *La política criminal en el Ecuador*. Guayaquil, 2013, p. 141. Mayor exhaustividad puede verse en Luis Caicedo. *Marco institucional y jurídico de la seguridad privada en el Ecuador*. Documento no publicado. Quito, 2007.

Los *coleccionistas de armas de fuego* de cualquier tipo, previo cumplimiento de lo establecido en el Reglamento. (Art. 24)

Los *transportistas y almaceneros* de armas, debidamente autorizados en sus guías de transporte y en las seguridades de almacenamiento.

4. **Orden de legítima autoridad competente.** Los casos mencionados en el numeral 3 de este título, se reproducen aquí. Por ejemplo, “el Ex-Procurador General del Estado, Dr. José María Borja⁴⁸, emitió su criterio de que los guardias privados pueden detener a los delincuentes en caso de delito flagrante y ponerlos a órdenes de la autoridad competente. *Además, pueden hacer uso de sus armas de fuego* de ser necesario con las circunstancias previstas en los permisos.”

Que se realicen labores de guardianía, bajo relación de dependencia.

5. **Cumplimiento de un deber u obligación legal**

Los policías

Policía de tránsito

Militares

Los guardias privados

6. **Legítimo ejercicio de un derecho**

El ejercicio de la cacería.

La práctica del deporte del tiro al blanco.

7. **El tipo subjetivo o elemento subjetivo del delito**

TIPO SUBJETIVO: *Este delito solo es imputable a título de dolo*, como lo ha referido un distinguido Exministro Presidente de la Sala de lo Penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia. Lamentablemente ahora fallecido⁴⁹. *No cabe hablar de delitos de tenencia o portación de armas culposos. NO es que tales situaciones no se puedan presentar sino que en esos casos no estamos ante la figura del delito que estamos examinando.*

⁴⁸ Procuraduría General del Estado, con oficio # 0024448 de 27 de abril del 2006. (ver *Expreso*, página 13, jueves 11 de mayo del 2006).

⁴⁹ Véase: Víctor Manuel Almeida Sánchez. *Interpretaciones, interrogantes y aplicaciones penales*. Tomo 1. Guayaquil, 1991, p. 51.

XV. LA CULPABILIDAD

1. La imputabilidad

Solo las personas mayores de 18 años que tienen imputabilidad absoluta son sujetos de culpabilidad. En el caso de adolescentes infractores deben tener una edad entre más de 12 años hasta poco antes de los 18 años, y estarán sometidos a la justicia de los adolescentes infractores de la ley penal.

Los enfermos mentales, los niños, no son imputables.

XVI. EL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA O NO DEL DOLO EVENTUAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

En uno de sus libros, el querido profesor Zambrano Pasquel ha dicho que es suficiente el actuar con dolo *eventual*, no se requiere ni *dolo directo* o *dolo de primer grado*, ni un actuar con *dolo indirecto*, o de *consecuencias de necesarias*.⁵⁰ Este criterio lo ha reiterado en algún magnífico dictamen de consultorio, que adelantamos no es compartido técnicamente por nosotros.

Por nuestra parte, nos apartamos de ese importante criterio doctrinal, puesto que, en cualquiera de las corrientes que fundamentan el dolo eventual o dolo (sea esta la teoría del asentimiento o de la probabilidad, y/o la teoría de la voluntad o del consentimiento),⁵¹ dicho dolo está condicionado a una posibilidad o eventualidad que, aunque estadísticamente no sea probable, puede ser de pronóstico posible, y puede esperarse, por lo que finalmente es adoptada por la conducta del sujeto agente, lo cual descarta o excluye de antemano el concepto doctrinal del dolo.

Alguna vez fue observado por alguna sentencia penal de la Corte Suprema⁵² de Justicia del Ecuador, en donde se dijo:

No era procedente que el Tribunal del Crimen califique de homicidio a título de “dolo eventual”, la infracción imputable al sindicado, basándose en una teoría que no está acogida en el Derecho Penal ecuatoriano y que presenta distintas soluciones doctrinarias, siendo

⁵⁰ Cfr. Alfonso Zambrano Pasquel. *Manual de Derecho Penal*. Tercera edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 85 y ss.

⁵¹ Con mayores detalles, solo para citar la doctrina penal española, ver Luis Jiménez de Asua. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Tercera edición. Buenos Aires: Losada, 1976, pp. 574 y ss.; Francisco Muñoz Conde y Mercedes Gracia Aran. *Derecho Penal. Parte general*. Quinta edición, revisada y puesta al día. Madrid: Tirant Lo Blanch, Montevideo – Buenos Aires, 2009, pp. 168 y especialmente en la pp. 262 y ss.; Santiago Mir Puig. *Derecho Penal*. Octava edición, segunda reimpresión. Barcelona: Editorial I B de F., 2010, pp. 271.

⁵² *Gaceta Judicial*. Serie VII, Número 8. Tomado de José García Falconí. *78 años de jurisprudencia penal ecuatoriana*. Primera edición. Quito, 1981, p. 69.

considerada ya como una especie de culpa en algunas legislaciones, ya como un aspecto del dolo en otras ...

En consecuencia, descartamos que se pueda cometer, en el Ecuador, tenencia o aportación de armas con dolo eventual.

XVII. AUSENCIA DE CULPABILIDAD O CAUSAS DE INCULPABILIDAD

1. El error

Si alguien porta o tiene un arma de fuego que se le ha dado en dotación, creyendo que está su documentación permisiva en regla y está convencido de ello por el prestigio y seriedad de la empresa de guardia privada de reconocida trayectoria, no hay infracción por el error.

En nuestros campos es usual el tener por parte de nuestros campesinos escopetas cartucheras recortadas o no, para ahuyentar animales depredadores o para cacería.

2. La coacción

Si bajo amenazas, miedo, etc. una persona está obligada, presionada, forzada a portar, tener o encontrar un arma y llevarla a un determinado sitio, estaremos ante un caso de coacción que exonera de responsabilidad si se demuestra lo inevitable o lo ineludible de esa fuerza impulsora al ilícito que cumplió contra su voluntad personal.

XVIII. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Roxin nos ha dicho que “las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad se denominan condiciones objetivas de punibilidad”.⁵³ Por ello, Jescheck⁵⁴ ha señalado que “son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de culpabilidad. Cuentan todas ellas entre los presupuestos materiales de la punibilidad...”.

Para mayor claridad informa Jakobs⁵⁵ que “el tratamiento de ciertos elementos como condiciones meramente de la punibilidad se fundamenta casi siempre en que ya el comportamiento del autor es de por sí merecedor de pena, *pero solo cuando se añade la materialización del resultado está también necesitado de la pena* y su necesidad político-

⁵³ Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte general*. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito). Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, 2006.

⁵⁴ Hans Heinsrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción y adiciones de Derecho Penal español por S. Mir Puig y Fco. Muñoz Conde. Volumen segundo. Barcelona: Bosch Casa Editorial S. A., 1981, p. 763.

⁵⁵ Günther Jakobs. *Derecho Penal. Parte general* (Fundamentos y teoría de la imputación). Segunda edición corregida. Traducción de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A., 1997, pp. 407 y 408.

criminal. Justamente es misión de las condiciones abarcar una materialización del resultado con independencia de la relación subjetiva con ella, como elemento de un delito o de un crimen”.

En el caso del delito de tenencia o portación de armas, las condiciones objetivas de punibilidad estarían dadas por la falta del permiso o autorización que la autoridad competente debe dar para que esa portación o tenencia sea legítima.

XIX. LA PUNIBILIDAD

La pena: fundamento de la diversa penalidad. El peligro que se corre

La tenencia implica no llevarla consigo, pues simplemente tiene la disposición mediata. Mientras que en el porte implicar “cargarla”, llevarla consigo. No es el mismo peligro que se corre con un sujeto que pierde tiempo en ir a buscar el arma a su casa o trabajo o escondite, donde sus familiares, o amigos o vecinos pueden disuadirlo; en relación al que inmediatamente la puede usar por llevar el arma consigo, desahogando inmediatamente sus emociones lesivas, pues tiene la disposición inmediata del instrumento. Lo cual explica la diferencia de penalidad entre una situación de *tenencia* (entre seis meses a un año) y otra situación de *portación*: con una pena de tres a cinco años.

XX. LAS CONTRADICCIONES Y CONFLICTOS APARENTES EN CUANTO A LA PUNICIÓN DE LA TENENCIA DE ARMAS SIN PERMISO DEL FUNCIONARIO COMPETENTE

Aparecerían con la promulgación de las reformas al Código Penal por medio de la Ley No. 2006-31, publicada en el Registro Oficial No. 231 de viernes 17 de marzo del 2006, que reforman los arts. 149, 162, y sustituyeron los arts. 373, 374, 375, 488 y derogaron los numerales 15 y 45 del art. 604 y numeral 4 del art. 607 del CP, se sustituyó el Art. 624, todos del Código penal; y se sustituyó el Art. 31 de la Ley de Armas y se derogó el Art. 32 *ibidem*. Particularmente con el mandato del Art. 162 que imponía, en cambio, en general, a los portadores de armas una pena de uno a cinco años de prisión. Y solo la actuación dolosa reiterada de este tipo de conducta sería sancionada con una pena de reclusión de tres a seis años.

De conformidad con la Constitución, Art. 76 No. 5 de la Constitución del 2008 y de conformidad con los Arts. 2 inciso cuarto y quinto del Código Penal y Art. 2 inciso cuarto y quinto del Código de Procedimiento Penal, en vigencia; en caso de conflicto de dos normas que regulan la misma materia que contemplen diferentes sanciones se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará en sentido más favorable a la persona infractora.

Alguna “directriz” de la Fiscalía, sobre la materia, de manera inconstitucional recomendaba a los fiscales, so prevención de sanciones a ellos, que en caso de tenencia de armas, acusen por el Art. 31 de la Ley de Armas. Pese a las claras disposiciones de la Constitución y de las reformas al CP, instigando a los fiscales a la comisión del delito de prevaricato, por la existencia de leyes expresas benignas al procesado promulgadas con posterioridad a la ley de armas.

Y si alguna duda tenían las reformas al CP del 2006, en su Disposición Transitoria formulaba la solución al decir que con posterioridad a los 120 días posteriores a la promulgación de la reforma al CP, los tenedores de “cualquier tipo de arma de fuego...” sin el respectivo permiso se lo tendrá como ilegal y “...sus portadores se sujetarán a las sanciones señaladas en el Código Penal”.

Ergo, no hay conflicto o contradicción entre esas normas, dado que el legislador resolvió que en el proceso por tenencia de armas se decidió por aplicar la tipificación que contiene el Código Penal y abandonar la punición de la ley de armas.

Es decir, no había reserva de la ley para armas de bajo calibre, como pretenden suponer algunos jueces y políticos, sino que se ampliaba la cobertura para cualquier clase de armas de fuego. Y lo más claro es que quedaba proscrita la aplicación de la ley de armas, pues el legislador había elegido como vía sustantiva de juzgamiento la disposición del Código Penal, frente a la vía de la Ley de Armas. Y esto ya en el mismo año 2006.

Sin embargo, se seguía persiguiendo y denostando los jueces penales que por aplicar la Constitución y la ley se los apostrofaba como “amigos de los delincuentes”, cuando eso era un problema del legislador que promulgó una ley que debía respetarse. Los jueces se comenzaron a hacer de la vista gorda, y aplicar selectivamente la ley negando las solicitudes de cauciones excarcelatorias y la sustitución alternativa a la prisión preventiva cuando la tenencia era referente a armas de gran calibre y de gran cadencia de fuego, distinguiendo donde la ley no distinguía.

Obviamente que en los casos en que había sujetos que tenían antecedentes de haber sido juzgados anteriormente por tenencia de armas (Art. Inciso, segundo del Art. 162 del CP reformado), aunque no hubieren sido sentenciados condenatoriamente, al haber no reincidencia sino reiteración procesal (lo cual es problemático a nivel constitucional, pero entendible desde un punto de vista político criminal, aunque lo ideal es que la política pública criminal sea acorde con la constitución), la tipificación de prisión pasaba a la de reclusión, por mandato de la ley, en cuyo caso era improcedente la caución y la sustitución.

Sin embargo de que no había duda alguna en la aplicación de la reforma al CP, para mantener ese desorden crearon una aparente duda, como pretexto para combatir extralegalmente a la

delincuencia y así frenar la acción de los jueces, se mantuvo ese falso criterio hasta que la Corte Suprema de Justicia, en resolución plena dictada el 2 de enero del 2009, que se publicaría en la *Gaceta Judicial* serie XVIII, número 9, páginas 1697 y 1698, en donde analizando las dos normas en aparente conflicto, creando la Comisión Interna en Materia Penal de la Corte Suprema de Justicia, un informe con una aparente y confusa dualidad sobre la vigencia simultánea del Código Penal y de la Ley de Armas, por lo que se dijo vergonzantemente:

... Las dos normas se refieren a tipos penales de diferente naturaleza aunque ambas tengan el denominador común de referirse a las armas de fuego. No existe conflicto de leyes y deben de ser aplicadas de modo textual, con las secuelas que conllevan y sin ninguna interpretación; pues, cada una de ellas engloba peculiaridades del delito que independientemente tipifican y no es admisible no (ni) procedente entrar en lucubraciones de orden semántico que confundan sus designios. Atentamente, Dra. Pilar Sacoto S., Dr. Luis Cañar Lojano, Dr. Jaime Chávez y Presidentes de las salas de lo penal de La Corte Suprema de Justicia.

Pero, según la razón de 2 de febrero del 2009, sentada por el Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Isabel Garrido, este Informe aunque fue aprobado por el Pleno de la Corte Nacional en sesión del 28 de enero del 2009, sin embargo el pleno de la Corte Nacional acotó: “Con la recordación de que, en todo caso, debe aplicarse la norma más favorable al reo.”

De modo que si los jueces penales aplican el procesamiento por primera vez a un ciudadano por tenencia de armas, cualquiera que esta fuera, y el juez aplica la norma del Art. 162 del Código Penal reformado, está obrando conforme a derecho, así se ha pronunciado algún fallo de casación,⁵⁶ dentro de un juicio por tenencia de armas. De modo que quien se atreviere a procesarlo por prevaricato, sabiendo, o debiendo saber que no lo merece, sea juez o fiscal superior, estos serían más bien quienes cometan prevaricato sobre el juez que está aplicando la legalidad vigente. No se le puede exigir al juez dentro de un caso propio de la justicia *ordinaria* que viole la ley o que pase por alto lo dispuesto por el legislador.

Es penoso que Presidentes de Cortes y Salas Penales no conozcan estos pormenores y sigan procesando por prevaricato a jueces que aplican la ley.

La solución es obvia. Si quieren mantener en reclusión y sin opción de libertad a los procesados por tenencia de armas, que entonces se modifique la Ley a través de una reforma expresa y clara de la ley, que agrave la pena, o que imponga restricciones a la liberación de

⁵⁶ Jurisprudencia: Resolución No.269-2009, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, de 31 de marzo del 2009, casación interpuesta por Galo Vicente Quevedo Vicente, acusado por tenencia de cartuchera, a quien el Tribunal Penal de Loja le impuso una pena de 6 años de reclusión aplicando la Ley de Armas, y la Corte Nacional aplicó más bien el Art. 160 del CP, y rebajó la pena a cinco años de prisión. Puede verse este fallo en *Colección de jurisprudencia 2009-1*. Quito: Ediciones Legales, Corporación MYL, 2011, p. 221 y ss.

los procesados por este delito, por parte del legislador. Mientras eso no ocurra, debe seguirse aplicando el Código Penal reformado.

XXI. LA GRADUACIÓN DE LA PENA

Las graduaciones de la pena a imponer operarán según se presenten:

Las atenuantes (Art. 45 COIP).

Atenuante trascendental (Art. 46 OIP).

Las agravantes (Art. 47 COIP).

Las modificatorias de la pena (Art. 44 COIP).

XXII. EXTINCIÓN DE LA PENA, MODOS

Artículo 72.- Formas de extinción.- La pena se extingue por cualquiera de las siguientes causas:

Cumplimiento integral de la pena en cualquiera de sus formas.

Extinción del delito o de la pena por ley posterior más favorable.

Muerte de la persona condenada.

Indulto.

Recurso de revisión, cuando sea favorable.

Prescripción.

Amnistía.

XXIII. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD, CAUSAS DE IMPENABILIDAD O IMPUNIBILIDAD

XXIV. No hay causas de impenabilidad.

XXV. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DELITO

XXVI. **1. Consumación:** Solo cabe imputabilidad con la consumación de la infracción.

XXVII. **2. Tentativa:** No cabe tentativa en los delitos de peligro.

XXVIII. CUESTIONES PROCESALES QUE SE PUEDEN PRESENTAR EN LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

XXIX. **1. Acción pública:** Es un delito punible y pesquisable de oficio. Es decir, es una infracción cuyo ejercicio de la acción penal es público (Art. 410 inciso segundo).

XXX. **Titular de la acción:** Corresponde perseguirla al Ministerio Público (Art. 411).

XXXI. **Sustanciación:** Se puede aplicar uno de los procedimientos acelerados como es el *procedimiento directo* (Art. 640 del COIP).

XXXII. **2. Delitos de prisión y caducidad:** En los casos en que el delito de tenencia o portación de armas no autorizadas tiene una punición máxima no llega a los cinco años de privación de libertad. Ergo, de conformidad con lo previsto en el Art. 541 No. 4, estos delitos referidos en el Art. 360 del COIP, al no exceder los cinco años, deben tenerse como delitos de prisión, en orden a concordarla con las normas constitucionales para la caducidad de la prisión preventiva.

XXXIII. **3. No procede el principio de oportunidad:** Aunque por su escasa penalidad, para estos casos podría parecer que procede este principio; sin embargo, no es posible la aplicación de este principio, por cuanto el título sede de este delito es el denominado “Delitos contra la Seguridad Pública” (Art. 336 y ss. COIP) en los cuales está comprometido de manera seria el *interés social* (Art. 412 No. 1 del COIP).

XXXIV. **4.** Estas infracciones no pueden dejarse de investigar, ni cabe desestimación, pues están dentro de los delitos que excluyen de esta medida, según el Art. 412 No. 2 inciso segundo del COIP, como señalada dentro de los Delitos Contra la Estructura del Estado Constitucional.

XXXV. **5.** El fiscal previamente iniciada la investigación penal, no puede solicitar *el archivo provisional ni el definitivo de la investigación*, por tratarse de Delitos Contra la Estructura del estado Constitucional

XXXVI. **6.** Eso no significa que no se extinga la acción penal, de algún modo, la cual solo puede extinguirse por los casos expresamente señalados en la Ley (Art. 416 del COIP). Por ejemplo: amnistía, caducidad, prescripción, muerte de la persona procesada.

XXXVII. **7.** En la audiencia de formulación o en la audiencia preparatoria del juicio, de cargos puede acogerse al *procedimiento abreviado*. (Art. 635 del COIP).

XXXVIII. **8.** En el caso de la detención por *delito flagrante*, con reo detenido, si el

fiscal no solicita oportunamente al juez de garantías penales la convocatoria a la audiencia de flagrancia a efectos de legalizar la detención y pedir su prisión preventiva, el reo puede obtener su libertad.

XXXIX. 9. En estos casos puede —no debe— ordenarse la prisión preventiva pues la penalidad base excede el año de prisión.

XL. Por cuestiones de política criminal, atendiendo el bien jurídico protegido, siempre es preferible confirmar *la solicitud de prisión preventiva* que solicite el fiscal, en estos casos, solicitándole de que sea exhaustiva la motivación (Art. 76 No. 7 literal m) de la Constitución del 2008) de su solicitud de medida cautelar coercitiva de la prisión preventiva, bajo prevenciones de ley.

XLI.10. Por lo general, atendiendo el bien jurídico protegido, es políticamente preferible negar, en la audiencia de formulación de cargos, la solicitud de sustitución de la prisión preventiva o de caución, hasta un mejor y más detenido estudio del expediente en orden a ubicar en derecho y justicia la situación de los sujetos subjúdice. De la orden de prisión preventiva impuesta (negativa de otorgar libertad) al procesado por el juez de garantías penales cabe la solicitud ulterior de revisión de la medida cautelar personal dictada a efectos de que, ante *nuevos* hechos o evidencias *revise la medida cautelar con el fin de que la derogue*. De esta resolución cabe recurso de apelación ante la sala Penal de la Corte provincial (Art. 521 del COIP).

XLII. 11. **Apelación respecto de la denegación de revocatoria de la prisión preventiva:** Sin perjuicio de que en la misma audiencia, o dentro de los tres días después de la notificación oral en la audiencia, el encartado interponga recurso de apelación respecto de la orden de prisión preventiva impuesta, ante la sala penal de la Corte Provincial. (Art. 653 No. 5 del COIP).

XLIII. 12. En los casos de asociación ilícita cuya sanción es solo de prisión, y, en consecuencia legal ordinaria es regla general la procedencia *de la caución excarcelaría pues no la impide el art. 544 del COIP*, las medidas alternativas a la prisión preventiva (Art. 76 No. 11 de la Constitución del 2008); a imponer las encontramos en el Art. 522 del COIP (prohibición de ausentarse del País, obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad, arresto domiciliario, dispositivo de vigilancia electrónica, etc.).

XLIV. 13. Si transcurren los tiempos de *caducidad*,⁵⁷ *de la prisión preventiva* sea para

⁵⁷ La Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 fue ratificada por el Ecuador, según R. O. No. 452 de jueves 27 de octubre de 1977, la misma que en su Art. 7 (derecho a la libertad personal), en su número 5, dice: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez, u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en

los casos de sanción de reclusión (un año) o de prisión (seis meses), que puedan aparecer del universo de tipos penales referidos en la figura del delito de asociación ilícita, no hay obstáculo, en teoría, para concederlo (Art. 541).

XLV. 14. La prueba material: Hay que tener cuidado y exhaustividad con el informe de balística, que podría contener contradicciones que harían incompatible la demostración de la prueba material, así ocurrió en algún fallo.⁵⁸ También hay que observar otros elementos de prueba de descargo o de defectos de la investigación material⁵⁹ que puede haber en los autos.

libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...”.

⁵⁸ Jurisprudencia: Tercera Sala de lo penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, juicio No.416-c-2007. De fecha 27 de septiembre del 2007, en donde se lee:

TERCERO: La materialidad de la infracción denominada tenencia de armas, no se encuentra demostrada conforme a derecho; puesto que la evidencia encontrada al encartado conforme al parte de aprehensión de fs. 1, señala que se trata de aprehensión de “...una pistola de *fabricación nacional*, color negro sin número con dos proyectiles sin percutar y una alimentadora color negro”; mientras que de fs. 63 a 67 consta el INFORME PERICIAL BALÍSTICO, entregado por la Subdirección Técnica Científica de la Policía Judicial del Guayas, quien ahora presenta un informe sobre una pistola de *fabricación industrial* marca **Browings**, sin serie, y dos cartuchos, calibre 9 milímetros con su respectiva alimentadora (ver foto de fs. 67). Además encontramos en autos otro parte de aprehensión que nada tiene que ver con el objeto de este procedimiento penal al incorporar indebidamente el parte de aprehensión de fs. 28, que señala a otra persona, Víctor Manuel Avilés Arroyo, y a *otra arma* marca **Smith & Wesson**, calibre 32, con serie No. 747266, y señala además seis cartuchos. Por lo que no hay consecuencia entre el objeto aprehendido, que es al que debe de hacerse el examen de armería y de balística, para conocer de su capacidad operativa y funcional y no otro objeto distinto al aprehendido, como ha ocurrido en la especie, por lo que, en conclusión, de autos no hay evidencia de que la prueba material haya demostrado técnicamente la existencia del arma aprehendida, por corresponder el informe pericial a una arma, es cierto, pero de distinta características a la aprehendida, por lo que no existe prueba material

Jurisprudencia Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, 138-C-2007, de fecha 28 de septiembre del 2007, a las 09H45, en que se lee: **TERCERO:** La materialidad de la infracción denominada tenencia de armas no se encuentra demostrada conforme a derecho, puesto que la evidencia encontrada al encartado conforme al parte de aprehensión de fs. 1, señala que se trata de aprehensión de “...un revolver de *fabricación nacional*, calibre 38, niquelado, un revólver marca **JAGUAR**, de serie **JG001062000**, calibre 38, *cache ortopédica de plástico color negro*, doce proyectiles calibre 38”; mientras que NO CONSTA INFORME DE BALÍSTICA REALIZADO POR EL DEPARTAMENTO DE CRIMINALÍSTICA DE LA POLICÍA JUDICIAL, NO OBSTANTE DE ESTAR ORDENADO POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO (fs. 9), por lo que, en conclusión, de autos no hay evidencia de que la prueba material haya demostrado técnicamente la existencia del arma aprehendida, por no existir el informe pericial a una arma, por lo que no existe prueba material. En conclusión, en este procedimiento no hay la existencia o la materialidad del delito.

⁵⁹ Jurisprudencia: Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Juicio No. 341-D-2007, de fecha diciembre 17 del 2007 a las 11 H, en que se lee:

... pero no se ha probado fehacientemente que dicha arma se la haya encontrado en poder del hoy procesado; así lo expresa el imputado en su versión y también las demás personas que fueron detenidas junto a él. Además, al cuaderno de la instancia se ha anexado, sin que ello sea considerado como prueba por esta Sala, el ejecutorial de los señores Ministros de la Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil (Drs.: Hernán Cabezas Candell, María Leonor Jiménez de Viteri y Ángel Vera Lalama), quienes conocían la causa principal conexas a la que nos ocupa por supuesto secuestro express, quienes dictan Auto de Sobreseimiento Provisional del hoy imputado porque en su considerando tercero indican que el chofer del taxi de placas GVC-778, donde fue aprehendido el hoy imputado, manifestó que “nunca fue amenazado por arma de fuego por parte de los acusados, así como tampoco los vio portando arma de fuego” (sic). Por todo lo expuesto, en virtud de la sana crítica y la duda razonable que se desprende del estudio de lo actuado en autos, esta Tercera Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, sin necesidad de recurrir al principio in dubio pro-reo, revoca el auto de llamamiento venido en

XLVI. 15. Las *diligencias (extemporáneas)* “practicadas por el fiscal después de los plazos previstos para la instrucción fiscal carecen de eficacia probatoria (592, inciso final del COIP).

XLVII. 16. El procesado puede *objetar durante la audiencia preparatoria del juicio* (Art. 569 del COIP), *de ser prueba ilícita* (ver: Art. 76 No. 4 CPR y Art. 444 No. 14, 454 No. 6, 476 No. 5, 476 No. 9, 470 inciso segundo, 569 No. 1, 601, 529 inciso segundo, COIP, que refieren a la prueba ilícita) a las evidencias que presente el fiscal, pudiendo obtener, tal vez, de ameritarlo, la atención del juez de garantías penales a su pedido. De modo que, pese a que el fiscal acuse la infracción de asociación ilícita, el juzgador puede sobreseer el delito o al procesado, o a ambos. Igualmente el procesado, a más de anunciar sus pruebas que va a realizar o desarrollar en la estación procesal del juicio oral y público, puede presentar prueba documental en esta estación audiencia preparatoria del juicio.

XLVIII. 17. De ser llamado a juicio, o de ser sentenciados condenatoriamente, el reo *tiene derecho al recurso de apelación* (Art. 653 COIP).

XLIX. 18. El llamado a juicio tiene la posibilidad de incrementar su pedido de anuncio de pruebas (Art. 617, incluso en momentos posteriores a que se encuentre ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio presentándolo ante el juez de garantías penales.

L. 19. Dictada la sentencia el condenado puede solicitar la suspensión de la penal de conformidad con lo previsto en el Art. 530 y ss del COIP.

LI. 20. El condenado goza de su derecho a interponer los recursos de apelación, casación y de revisión.

LII. 21. EL procesado no tiene acceso a la conciliación, pues están excluidos los delitos que afecten los intereses del Estado.

LIII. He ahí un breve esbozo de estos delitos.

grado y dicta en su lugar Auto de Sobreseimiento Provisional del Proceso y Sobreseimiento Provisional del Procesado
Javier Eduardo Quijije Valdez.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert. “Derechos individuales y bienes colectivos”. En *El concepto y la validez del Derecho*. Traducción de J. M. Seña. Barcelona: 1994.
- Almeida Sánchez, Víctor Manuel. *Interpretaciones, interrogantes y aplicaciones penales*. Tomo 1. Guayaquil, 1991
- Bernd Schuneman. “El Derecho Penal es la última ratio para la protección de los bienes jurídicos”. En *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Prólogo de Fernando Carrasquilla. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, 2007.
- Bernd Schuneman. “Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta”. En *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Prólogo de Fernando Carrasquilla. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, 2007,
- Caro Coria, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”. En *Estudios de Derecho Penal*. Lima: ARA Editores, 2005, pp. 31 y ss.
- Carrión Eguiguren, Eduardo. *Derecho Civil (Los bienes)*. Tercera edición. Quito: 1979
- Corte Nacional de Justicia. *Jurisprudencia especializada penal*. Tomo III. Quito: El Fórum, 2013.
- Corte Suprema de Justicia. “Jurisprudencia”. *Prontuario de resoluciones de la Corte Suprema de Justicia*, 1 (1989).
- Cruz Bolívar, Leonardo. “Delitos contra la seguridad pública”. En VVAA. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- García Falconí, José. *78 años de jurisprudencia penal ecuatoriana*. Primera edición. Quito, 1981.
- García Pelayo, Ramón. *Diccionario Larousse. Diccionario práctico del español moderno*. Buenos Aires: Ediciones Larousse, 1987.
- Goldstein, Mabel. *Diccionario Jurídico Consultor Magno*. Montevideo: Panamericana, Formas e Impresos, 2008.
- Guevara Elizalde, Robert. *La política criminal en el Ecuador*. Guayaquil, 2013.
- Guzmán Lara, Aníbal. *Diccionario Explicativo de Derecho Penal*. Tomo I (A. G). Segunda edición revisada, actualizada y aumentada. Quito: Editorial Jurídica, 1989.
- Günther Jakobs. *Estudios de Derecho Penal* (estudio No. 11). Primera edición. Madrid: Civitas-UNAM, 1997.

- Günther Jakobs. *Derecho Penal. Parte general* (Fundamentos y teoría de la imputación). Segunda edición corregida. Traducción de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A., 1997.
- Günther Jakobs. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Primera reimpresión. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2002.
- Günther Stratenwerth. *Derecho Penal* (Parte General I). El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, p. 277.
- Heinsrich Jescheck, Hans. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Volumen primero. Barcelona: Bosch Casa Editorial S. A., 1981.
- Heinsrich Jescheck, Hans. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción y adiciones de Derecho Penal español por S. Mir Puig y Fco. Muñoz Conde. Volumen segundo. Barcelona: Bosch Casa Editorial S. A., 1981
- Luis Jiménez de Asua. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Tercera edición. Buenos Aires: Losada, 1976.
- “Jurisprudencia”. *Gaceta Judicial*, serie XVIII, 5, pp. 1697 y 1698.
- “La violencia con armas de fuego genera alarma”. Diario *Hoy*. 20 de junio, 2006, página 7A.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Octava edición, segunda reimpresión. Barcelona: Editorial I B de F, 2010.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes Gracia Aran. *Derecho Penal. Parte general*. Quinta edición, revisada y puesta al día. Madrid: Tirant Lo Blanch, Montevideo – Buenos Aires, 2009.
- Reinhart Maurach y Heinz Zipf. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la séptima traducción alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994
- Reinhart Maurach. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo 1, prólogo de Octavio Pérez y Vitoria Moreno, y traducción de Juan Córdova Roda. Barcelona: Ariel, 1962
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte general*. Tomo I (Fundamentos, la estructura de la teoría jurídica del delito). Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal. Madrid: Thomson Civitas, 1997.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tercera edición. Quito: Editorial Corporación MYL, 2004.

- Toral Zalamea, Jaime Eduardo. *El abuso de armas en la legislación penal ecuatoriana*. Guayaquil, 1994.
- Ulrich Beck: *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 2006.
- VVAA. *Criminalística actual (Ley Ciencia Arte)*. México: Lexus, Ediciones Euroméxico S. A., 2012.
- Winfried Hassemer. “El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho Penal eficiente”. En *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Bogotá: Edit. de la Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, 1997.
- Wolfgang Naucke. *Derecho Penal. Una introducción*. Traducción de la 10ª edición alemana, por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de Derecho Penal*. Tercera edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de Derecho Penal*. Primera edición. Guayaquil, 1984.
- Ziffer, Patricia. “Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita”. *La Ley* (24 de diciembre del 2001).
- Zurita Guerrero, Eduardo. *Alegatos y estudios sobre materia penal*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil, 1991.

Recibido: 28/08/2015

Aceptado: 28/09/2015