

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

El peligro abstracto y la subjetividad de la lesión del bien jurídico en el delito de tenencia y posesión de armas de fuego. Análisis y crítica al tipo penal.

Emilio José Hernández Carrillo

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Emilio José Hernández Carrillo
Código:	00124878
Cédula de identidad:	180399555-2
Lugar y fecha:	Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

El peligro abstracto y la subjetividad de la lesión del bien jurídico en el delito de tenencia y posesión de armas de fuego. Análisis y crítica al tipo penal.¹

Abstract danger and the subjectivity of the injury of the legal asset in the crime of possession and carrying of a firearm. Analysis and criticism of the criminal type.

Emilio José Hernández Carrillo²
emilio627@hotmail.com

RESUMEN

Existe una reciente ola preventista dentro del derecho penal, que se ha enfocado en tipificar conductas punibles por el peligro que generan, más no por un daño causado, con el objetivo de precautelar estándares sociales. Dentro de estos tipos penales encontramos la tenencia y posesión de armas, una conducta que presenta problemas desde su inepción como un delito de peligro abstracto que protege la “seguridad pública”. Así el derecho penal pierde su calidad como último método de resolución, volviéndose subjetivo poder determinar cuales son los estándares mínimos que se defienden, y como se pondera el daño a un bien de naturaleza no materializable. Mediante un análisis dogmático-teórico y normativo se considero una nueva forma de este crimen que brinde un acceso restringido, pero leniente de armas, como también que castigue su uso ilegal de acuerdo a la subjetividad del bien protegido, y que sea un juez que ejerza un juicio de valor que permita delimitar el daño que un individuo pueda causar y se imparta una pena acorde.

PALABRAS CLAVE

Peligro abstracto, arma de fuego, subjetividad, bien jurídico, daño, peligro.

ABSTRACT

There has been a recent wave in criminal law with a more preventive mindset, that shifted to typify those criminal actions punishable because of the danger that they generate, but not for a damage caused, with the objective of safeguarding social standards. Within these criminal types we can find the holding and possession of firearms, a conduct that present problems from its inception as an abstract danger crime that protects the legal asset “public safety”. By doing this the criminal law loses its quality as a last resort of resolution, becoming subjective the work of determining the social standards that are being defended, and how one can weigh the damage done to an asset that can't be materialized. Through a dogmatic-theoretical and normative analysis we considered a new form of this crime that stablish a restricted but lenient access to firearms, as well as punish its illegal use according to the subjectivity of the protected asset, and let it be a judge who exercise a value judgment, that allows to delimit the real damage that an individual could cause to impose a corresponding penalty

KEYWORDS

Abstract Danger, firearm, subjectivity, legal asset, damage, danger.

¹ Trabajo de Titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Abogado Vinicio Moreno

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 18 de diciembre del
2020

Fecha de titulación: 18 de diciembre del
2020

SUMARIO

1.Introducción. - 1.2 Delimitación del tema. - 1.3 Metodología. - 2. Principales Teorías. - 2.1 El delito. - 2.1.1 Delitos de lesión. - 2.1.2 Delitos de peligro. - 2.1.3 Delitos de peligro abstracto. - 2.1.4 Controversias de los delitos de peligro abstracto. - 2.1.5 El peligro. - 2.1.6 “El derecho penal de riesgo”. - 2.1.7 Delito de tenencia. - 3. Análisis del delito de tenencia y posesión de armas. - 3.1 Recuento normativo. - 3.2 Bienes colectivos como creación del imaginario social humano. - 3.2.1 Excepción al porte de armas de Ganaderos y Camaroneros. - 3.3 Problemas con los limites de la punibilidad y ponderación del peligro. - 3.4 Como afecta a la Seguridad Pública el delito de tenencia y porte de armas. – 3.5 Derecho a la protección y la seguridad humana. - 3.6 Principios de última ratio y mínima intervención. - 3.7 Una nueva categoría de delitos en contra de la seguridad pública. 4. Conclusiones

1. Introducción

El derecho penal es una rama de las ciencias jurídicas que mediante normas regula el poder punitivo de un determinado estado, con el fin de poder ejercer la tutela de bienes jurídicos. Para los cuales se determinan medidas de seguridad y penas para cuando estos se ven afectados, efectivamente tipificando delitos, que generalmente se dividen entre aquellos que causan una lesión y aquellos que generan un peligro, siendo la diferencia primordial entre estos el daño cuantificable que causan a un bien jurídico. La mayoría de estos bienes son de naturaleza corporal, es decir perceptible a los sentidos de manera física, por lo que cuantificar el daño en estos no trae mayor inconveniente. Pero así también sucede que otra gran cantidad de bienes protegidos son de naturaleza incorporeal e inmaterial, y existen dentro de un rango más amplio de subjetividad conceptual, y pueden ser bienes como la seguridad pública o la paz pública.

Bienes que debido a una tipificación casi universal se ven “vulnerados” por el simple hecho de que exista el peligro o la posibilidad de que los bienes singulares que engloban se vean afectados, llamando a estas afectaciones delitos de peligro abstracto. Dentro de las acciones que pueden consumir los delitos de peligro abstracto podemos encontrar aquellos denominados como “delitos de tenencia y posesión”, infracciones que llegan a

constituir delitos por la posesión personal inmediata o no inmediata de determinados objetos, en razón de un juicio de valor “ex ante” de tipos penales que pudiesen ser consumados posteriormente con los mismos. En el Ecuador se han tipificado estos delitos, en específico en lo referente a la tenencia y posesión de armas con el objeto de salvaguardar la seguridad pública. Por lo que se requiere hacer un estudio desde un punto de vista teórico y legislativo, de cómo esta actuación del Derecho Penal busca lograr el objetivo de cuidar la seguridad pública en un país donde la delincuencia no obedece a estas normas y el ciudadano queda en indefensión. Así como también las fallas que presenta el sistema de tipificación en base al cuidado de bienes conceptuales e inmateriales como son los bienes colectivos.

1.2 Delimitación del tema.

Así nace una interrogante, el derecho penal en un estado de derecho constitucional como es el ecuatoriano, tiene la capacidad para aplicar herramientas de control social para poder sancionar un delito intentado (como tentativa) o consumado; ¿pero hace este estado bien en intervenir mediante su sistema penal antes de que se efectúe o se ponga en marcha el iter criminis con un arma?, y, ¿debe el estado establecer sanciones antes de que realmente empiece cualquier delito que pudiese ser cometido por los objetos de tenencia ilegal? Aquí es donde surgen las controversias que serán materia de análisis en este trabajo: al solo existir una mera posibilidad de que un bien colectivo se vea afectado mediante la tenencia y posesión de armas, mas no se lesiona el mismo de manera directa, ¿por qué estas supuestas lesiones abstractas pueden ser punibles de la misma manera que otras acciones tipificadas dentro de las cuales si se puede cuantificar físicamente un daño real?; y si es que la tipificación actual como delitos independientes es la correcta o se debería plantear un desarrollo legislativo que tienda a encapsular la acción de tenencia y posesión de armas hacia una nueva categoría de delitos en contra de la seguridad pública, que permita una cuantificación de daño mediante la ley, y que reduzca considerablemente las sanciones.

1.3 Metodología

Como se mencionó anteriormente en los delitos de lesión se puede cuantificar el daño de manera visible o perceptible mientras que en los delitos de peligro abstracto se incrimina al culpable mediante un análisis de mera experiencia, así el sistema de justicia

se desentiende de su labor de comprobación referente a la existencia legítima de un daño consumado por el sujeto. En específico en el delito de la tenencia y posesión de armas donde se busca proteger un bien colectivo, y se castiga de manera adelantada lo que pueda suceder en cuanto ilícitos referente a determinada arma. Por lo que se realizara un análisis doctrinario y normativo de los delitos de peligro abstracto de manera genérica; para luego realizar un estudio y crítica en conjunto acerca de la realidad dogmática-teórica, social y normativa, la naturaleza y creación de estos bienes del imaginario socio-jurídico denominados bienes colectivos, y cómo su inepción por parte del legislador es la razón de ser de los delitos de peligro abstracto. Sin dejar de lado un tema más que importante que es el de cómo se maneja la ponderación del peligro causado y sus teorías; para posteriormente efectuar un análisis de cómo la existencia de estos delitos, en especial el delito de tenencia y posesión de armas, vulnera ciertos principios fundamentales de la existencia del derecho penal, como el principio de última ratio o de intervención mínima por el cual el derecho penal solo debe actuar como una última medida de seguridad en contra de lo que sucede, que se utiliza para castigar situaciones de mero riesgo o peligro sin que este se consume. Por medio de este análisis se quiere dilucidar ideas sistemáticas que puedan ser utilizadas para el desarrollo del delito de tenencia y posesión de armas en el país, al igual que un sistema que pueda ponderar condenas más leves en base a factores más abiertos sobre la verdadera incidencia o “peligro” que puede causar una determinada persona al tener o portar armas.

2. Principales teorías

2.1 El delito

El delito en teoría se trata de una conducta material causada por un ser humano que deriva en una infracción punible, tanto socialmente, como en el ordenamiento jurídico específico de una nación. Esta conducta puede tratarse de una acción directa o de una omisión de un deber de cuidado que es penalmente relevante, y que como resultado de esta acción o inacción se genere un resultado lesivo, descriptible y demostrable.³ Como en la teoría clásica, se recoge en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que un delito es una conducta típica, antijurídica y culpable⁴. La acción tipificada es uno de los elementos clave del delito, ya que toda acción por más culpable y antijurídica que fuese no puede

³ Artículo 22, Código Orgánico Integral Penal, [COIP]. R.O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014.

⁴ Artículo 18, COIP.

ser punible si no esta formalmente incluida en los tipos legalmente establecidos o “lo atípico” como menciona Von Beling⁵. Así cada acción tipificada tendrá como resultado una pena en contra del infractor, debido a su acción u omisión antijurídica y culpable, sin poder ser castigadas conductas que pese a que no pueden considerarse “éticas” si pudiesen ser legales. Por lo que para la imposición de sanciones penales es necesario que se deje de lado la forma de ser de una persona, y sus ideas en cuanto estas no se concreten en un acto lesivo hacia las normas.⁶ Como se mencionó, la conducta tipificada puede presentarse de forma activa o inactiva, pero siempre se ve entrelazada con otro de los elementos base del delito, la voluntad; que se presenta al momento de que un sujeto piensa en realizar u omitir una conducta y después en el momento en que pone en marcha este pensamiento. La principal clasificación de los delitos los divide en aquellos de comisión y aquellos de peligro u omisión, de los segundos nos ocuparemos para el presente análisis.

2.1.1 Delitos de lesión.

No se analizarán este tipo de delitos en el presente trabajo, pero se dará una breve descripción de los mismos para señalar el mayor punto de contraste. En estos tipos penales, el objeto que salvaguarda la acción punible se ve afectado con cuantificación física y se puede evidenciar claramente la lesión causada a los bienes jurídicos como el patrimonio de una persona, la vida o su integridad física⁷, debido a la naturaleza corpórea y materializable de los bienes que se protegen. Mientras que en los delitos de peligro que se estudiaran consecuentemente, el objeto que recibe la protección son bienes inmateriales que hacen mucho más difícil una ponderación del daño causado, a la par de que en los mismos no se castiga una acción directa que genere una afectación, pero se castiga la capacidad, o el “peligro” de que se pueda generar un hecho dañoso.

2.1.2 Delitos de peligro

Dentro de la amplia rama del derecho penal y de la teoría del delito nos encontramos frente a aquellos que al parecer no incurren en una conducta que directamente afecta un bien jurídico protegido. Aquellas infracciones son una categoría de tipos penales que se

⁵ Ver. Ernst Von Beling, *La Doctrina del Delito Tipo*, (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944), 129.

⁶ Ver. Edgardo Alberto Donna. *Teoría del delito y de la pena*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996), 20.

⁷ Ver. Alejandro Kiss. “Delito de lesión y delito de peligro concreto. ¿Qué es lo adelantado?”. *Revista para el análisis del derecho InDret*. (2015). 5-6

basan en la peligrosidad de los momentos previos a una lesión directa dañosa, es decir se espera que el infractor ejerza una conducta de peligrosidad sin consumir un daño directo. Por lo que simplemente se describe un comportamiento el cual incrimina a su perpetrador por medio de un supuesto de peligro en su conducta y la probabilidad de que esta pudiese afectar un bien jurídico que en si no existe dentro de una realidad material totalmente física, sino que es parte de una realidad social, como es el caso específico de los delitos de peligro abstracto cuando se desean proteger bienes jurídicos de la colectividad.⁸ Pero para entender a ciencia cierta la naturaleza de estos delitos es necesario entender el alcance de lo denominado como “peligro” y sus principales teorías que se plantean a continuación.

La teoría subjetiva establece que el peligro es creación de la mente humana, y se pone a juicio subjetivo la determinación de la peligrosidad de la acción.

La teoría objetiva considera al peligro como su nombre mismo indica, como un ente objetivo y no depende de los juicios subjetivos de quien este encargado de juzgarla. Se determina la peligrosidad mediante un criterio de causalidad.

La teoría de la presunción del peligro menciona que el legislador, mediante una presunción de derecho subyace los delitos de peligro, de manera que el peligro se verifica mediante la conducta tipificada. De manera que para que la acción pueda ser punible deben juntarse las condiciones necesarias para que se entienda concretado el peligro.⁹

Otra de las teorías es aquella que toma a la peligrosidad como la razón de la acción del legislador, determinando que existen ciertas conductas que por su mera existencia son peligrosas y son consideradas como tales por el legislador, siendo está la razón de la creación y tipificación de estos tipos penales como estructuras de peligro; de manera que el comportamiento denominado como típico no está prohibido por que lesione o ponga en peligro efectivo al bien jurídico tutelado, sino porque pertenece a una clase de comportamiento que por lo general conlleva a determinadas consecuencias indeseables¹⁰.

⁸ Ver. Deisy Janeth Barrientos Pérez. “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”. *Nuevo Foro penal Vol.11, No.84*. (2015). 90 -135

⁹ Ver. Blanca Mendoza. *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstractos*. (Buenos Aires, Editorial Comares, 2002). 67.

¹⁰ *Id.* 68.

2.1.3 Delitos de Peligro Abstracto

La doctrina divide a los delitos de peligro en dos categorías principales, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, los segundos serán el objeto de nuestro análisis y se refieren a “que no es preciso que la acción cree un peligro efectivo”¹¹, como dice Cerezo Mir se trata de “figuras delictivas en las que se prohíbe la realización de una acción que lleve implícita la posibilidad de producir un determinado resultado”¹², Roxin menciona que los delitos de peligro abstracto se determinan en razón de que castiga una conducta que generalmente es considerada como peligrosa, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro.¹³ Para fomentar la existencia de esta clasificación de delitos se alude a realizar un juicio sobre la posibilidad de que un bien pueda ser afectado aún cuando este daño no se ha llegado a concretar. Este juicio de peligro va a la par de un estudio sobre previsibilidad objetiva y se efectúa de manera “ex ante”¹⁴ teniendo en cuenta todas las posibilidades de acción del autor y su saber ontológico y nomológico para determinar si se trata de una acción peligrosa, siendo la peligrosidad una cualidad que viene adherida a determinada acción. Así al hacerse un juicio “ex ante” acerca de la probabilidad se deja de lado la ponderación de el dolo o la voluntad como menciona José Cerezo Mir, “el dolo, al ser conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo, no va referido, sin embargo, al peligro del bien jurídico, ni siquiera tiene que abarcar necesariamente la conciencia y voluntad de la peligrosidad general de la acción”¹⁵. Por el contrario, cuando nos referimos a un resultado de peligro, es necesario que un bien jurídico haya entrado dentro del alcance de afectación de la conducta de determinado sujeto y que la lesión fuese no absolutamente improbable.¹⁶

De acuerdo a Roxin¹⁷ se debe hacer una distinción de los tipos penales abstractos: aquellos delitos donde se pretende proteger la integridad inherente y la vida de las

¹¹ Barrientos. Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro, 90-135.

¹² José Cerezo Mir. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo”. *Revista de derecho penal y criminología UNED*, No.10. (2002). 47 - 72

¹³ Ver. Enzo Finocchiaro. *Los tipos penales de peligro, el peligro abstracto y los delitos contra la seguridad pública en el código penal argentino*. (Santa Fe: Asociación Argentina de profesores de Derecho Penal, 2010), 3.

¹⁴ Hans Joachim Hirsch. “Sobre lo injusto del delito imprudente”. *Revista de derecho penal y criminología*. 2ª época N°16. (2005). 207-231

¹⁵ Cerezo. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo. 47 - 72

¹⁶ Ver. Diego Luzon Peña. *Curso de derecho penal parte general vol. I*. (Madrid: Editorial Universitas, 1996) 378.

¹⁷ Ver. Klaus Roxin. *Derecho Penal – Parte General*. (Madrid: Editorial Thomphson, 1999) 122-123

personas abstractamente ya que se menciona que estos tipos están para garantizar una “seguridad”. La segunda subdivisión son las acciones masivas referentes a lo relativo a una seguridad de las vías terrestres donde se asegura la culpabilidad y la punibilidad del sujeto de la acción sin tener en cuenta que en la situación de las cosas no se pueda presentar un peligro directo, en nuestro caso nacional podría tratarse del delito tipificado en el artículo 385 del COIP¹⁸ de conducir un vehículo en estado de embriaguez, el cual se castiga en escalas. La tercera categoría son los delitos con un “bien jurídico intermedio espiritualizado” que Roxin¹⁹ relaciona a tipos determinados como el falso testimonio y el cohecho. En base a lo comentado se vuelve una pieza clave del trabajo hacer un pequeño análisis de lo que se considera como un “peligro” dentro de la doctrina legal.

2.1.4 Controversias de los Delitos de peligro abstracto

Se dice que este tipo de delitos son culpables de violar varios principios del derecho penal, entre ellos uno de los más importantes, el principio de legalidad, que incluye el de certeza jurídica respecto de su composición, o que generaría cierta incertidumbre sobre su correcta aplicación punitiva²⁰. El tomar al determinado “bien jurídico” como una referencia es bastante criticado. La primera cuestión que aparece es la naturaleza de lo que es el bien jurídico, pudiendo ser un derecho, una garantía o un objeto de gran importancia²¹. Al no detenerse a realizar un análisis a fondo de lo que son estos bienes se puede dar paso a diferentes acepciones e interpretaciones. Así también existe la incertidumbre de que estos delitos se han visto validados durante los años mediante la creación de bienes jurídicos determinados como “artificiales” que son excesivamente amplios en su alcance y son genéricos, entre los cuales se encuentran : la paz pública, la seguridad pública²².

Jakobs consideraba que en su gran mayoría no deberían ser legítimas en un estado democrático las acusaciones en la fase previa a la lesión del bien jurídico y con especial énfasis se refiere delitos de peligro abstracto. También comenta que la condena dentro de sus sustancia sólo puede ser justificada si la conducta que se determina como peligrosa

¹⁸ Artículo 385. Código Orgánico Integral Penal.

¹⁹ Roxin. *Derecho Penal – Parte General*. 203

²⁰ Ver. Francisco Figueroa. *Delitos de Peligro, el Regreso al Derecho Penal Inquisitivo*. (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2010) 1.

²¹ Pilar Sacoto. *Compendio de introducción al derecho penal*. (Quito: Librería Cevallos, 2013) 169.

²² Ver. Finocchiaro. *Los tipos penales de peligro, el peligro abstracto y los delitos contra la seguridad pública en el código penal argentino*. 4.

ha sido completada en su curso causal llegando a un claro resultado de peligro, pero no así en el caso que existe la conducta "sin otra conducta posterior y a su vez delictiva no sería en absoluto peligrosa o sólo lo sería de modo claramente restringido"²³.

Enzo Finocchiaro, catedrático penalista de Argentina hace un análisis sobre la naturaleza de los delitos de peligro abstracto, exaltando principalmente sus ideas de que pretender prevenir un peligro antes de que el mismo se realice o afecte de alguna manera un bien es tipificar la tentativa de manera autónoma.²⁴ Siguiendo una tendencia que ha abarcado hasta la actualidad se han ido creando o dando personalidad a bienes jurídicos de una manera un tanto difusa que forman las bases de los tipos penales como el peligro abstracto, así por ejemplo se ven afectaciones a bienes como la "seguridad pública", tipificadas en el capítulo sexto del COIP. Así se pueden plantear inconvenientes con lo que se ha denominado "bienes jurídicos colectivos", ya que la gran mayoría de delitos de peligro abstracto se dirigen a proteger a estos con un claro objetivo de adelantar la punibilidad hasta antes de que se genere la situación que se vea afectado un bien jurídico individual.²⁵ Sucede que en este tipo de bienes suele ignorarse si la acción típica del sujeto sí constituye una afectación o si solo se trata de una puesta en peligro, puesto que el daño al bien jurídico colectivo nace de la supuesta afectación a un bien jurídico individual, pero aun así los denominados bienes colectivos cuentan con una autonomía normativa. Al momento que el peligro que es parte del tipo penal implica una lesión al bien colectivo de la seguridad pública mediante el peligro concreto de los sujetos individuales o únicamente pone en peligro esa seguridad colectiva, entonces como menciona Aguilar²⁶, se debe plantear si un bien jurídico colectivo en verdad tiene alguna función dentro del ordenamiento aparte de servir como una justificación político-criminal.

2.1.5 El Peligro

Dentro del derecho del peligro se pueden evidenciar 2 componentes esenciales para que se configuren los mismos, y son: que exista una grave probabilidad que suceda una afectación o riesgo previsible, y que este resultado tenga un carácter lesivo-dañoso. Si es

²³ Gunther Jakobs. *Delito Penal*. (Madrid: Editorial Martial Pons, 1985)

²⁴ Ver. Finocchiaro. *Los tipos penales de peligro, el peligro abstracto y los delitos contra la seguridad pública en el código penal argentino*. 4.

²⁵ Miguel Ángel Aguilar. "Delitos de peligro e imputación objetiva". *Revista del instituto de la Judicatura Federal* N° 23. (2007) 123.

²⁶ *Id.* 123

que llegase a faltar uno de estos dos elementos no se vería configurado un peligro real. Así también debe tomarse a la probabilidad como un juicio objetivo donde se determina el grado de posibilidad que suceda algo específico. Debido a esto existen diferentes grados de probabilidad y por lo mismo existen diferentes grados de peligro posible. Es así que al examinar dos situaciones que pueden presentarse distintas podremos explorar cuál es más peligrosa en base al criterio de cual tiene una mayor o una menor probabilidad de que suceda el resultado dañoso que no deseamos.

La dogmática se ha encargado de separar en distintas categorías al peligro por sus diferentes acepciones para poder entenderlo de manera correcta, empezando por el entendimiento más antiguo que se tiene: la teoría subjetiva del delito donde todos los fenómenos se ven sujetos a las reglas de la causalidad, siguiendo con la teoría objetiva que menciona al peligro como una probabilidad de que exista una lesión determinada y donde lo más importante es determinar si es que realmente existió la situación de peligro estableciendo un grado de probabilidad.²⁷ En cuanto a la concepción de la teoría normativa del peligro, se trata de poner en relación un peligro objetivo basado en la realidad, y el peligro objetivo ex ante, llegando a una definición un tanto universal, declarando al peligro como la probabilidad de que se lesione un bien²⁸, aunque esta supuesta lesión que se está llegando a causar al bien jurídico que se tutela (la seguridad pública) no represente una afectación con suficiente entidad objetiva²⁹. En cuanto al tratamiento del peligro se ha llevado a cabo una tipificación en base a la última teoría lo que ha resultado en que se de el origen de delitos que castigan el peligro por su probabilidad, y que se de la controversia en torno al tipo penal que estamos estudiando.

2.1.6 “El derecho penal de Riesgo”

Está claro que una de las metas del derecho penal es el poder prevenir los delitos y el “peligro”, pero esto no debe ser el principal objetivo. Debe desarrollarse un muy necesario equilibrio entre una prevención especial y una general, de manera que se puedan

²⁷ Ver. Javier Madrigal Navarro. “Delitos de peligro abstracto. Fundamento, Crítica, y Configuración Normativa”. *Revista Judicial N°115*. (2015). P.P 169 - 187

²⁸ *Id.* 169 - 187

²⁹ Ver. James Reátegui Sánchez. *Derecho Penal: Parte General*. (Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2009). Edición PDF.

ver satisfecho el interés “tanto social como el de la persona como un individuo”³⁰. que se tenga en consideración Con estos avances en cuanto a la doctrina sobre delitos de peligro abstracto la escuela alemana encabezada por Hassemer se ha planteado la existencia de lo denominado como un “derecho penal de riesgo”. A diferencia de otros autores que condenan y desestiman esta función preventiva del derecho como contraria a los principios de intervención mínima, esta escuela los exalta mencionando que al crearse los bienes jurídicos colectivos y tipificar los delitos que los protegen se permitiría una mayor anticipación y ampliación de la intervención del derecho penal³¹, pues al no formar parte de la tipificación ni de la lesión, ni el peligro concreto de un bien jurídico, no es necesario que se pruebe que se produjo un determinado resultado; ni tampoco que se produzca prueba que sirva para comprobar la relación causal entre la acción del sujeto y un resultado delictivo³². Es así que esta disminución a los presupuestos de la punibilidad supone una rebaja en la capacidad de defensa, como también un mayor rango de accionar para el juez del caso. El peligro en el cual se encontrarían estos bienes jurídicos, sería así meramente la ratio legis para la creación de figuras delictivas, el juez en si no debería probar la peligrosidad que tienen determinadas acciones desde un punto de vista ex ante.³³ Hassemer también hace la proposición de que se debería tomar el derecho penal y reducirlo totalmente a su núcleo básico que se caracteriza por la directa protección de bienes jurídicos cuyo dueño o portador es un individuo, de esta manera dividiendo al derecho penal en dos categorías. La más importante de los delitos de lesión y solo excepcionalmente existirían los delitos de peligro (delitos de incendio, asociación ilícita y seguridad del estado)³⁴, los bienes jurídicos colectivos se verían reducidos a un mínimo, deberían ser descritos de la manera más precisa y deberían tipificarse en función de los bienes jurídicos individuales para que no exista confusión o controversias indeseadas.

Así mediante esta nueva corriente preventista de riesgo, el derecho penal se convierte en una mera herramienta para política social, extendiendo su rango de intervención y

³⁰ Ver. José Javier Galarza. “El principio de mínima intervención en el derecho penal moderno con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador”. Tesis de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Tecnológica Indoamerica. (2017)

³¹ Ricardo Álvarez. “Apuntes elementales acerca del bien jurídico”. *Revista de la Asociación de Magistrados y funcionarios de la Justicia de la Nación* N° 35/36 (2005). Acceso el 10 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=49037&print=1>

³² Ver. Winfried Hassemer. *Crítica al derecho penal de hoy*. (Bogotá: Editorial U. Externado de Colombia: 1998)

³³ Cerezo. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo. 47 - 72

³⁴ *Id.* 47 - 72

cuidado hacia otros sectores de la actividad humana y en específico extendiendo su influencia fuera del círculo de los bienes jurídicos individuales³⁵. Así se viola el principio de última ratio del derecho penal pasando a ser de primera ratio en cuanto a la protección de estos bienes jurídicos colectivos. Como mencionamos, también se verían comprometidos otros principios del derecho como el de proporcionalidad y también el principio de igualdad ya que en un principio la finalidad del derecho penal sería la prevención del delito antes de que el mismo pueda ser concretado, y no en si lo que debería ser el establecimiento de penas adecuadas y proporcionales a la gravedad de la afectación del delito verdaderamente culpable, como dice Cerezo Mir.³⁶

2.1.7 Delito de tenencia

En los casos de delitos de tenencia es punible “tener” algo específico, de manera que parecería que el legislador le ha dado un status de actividad deliberada más que de un estado de posesión; aunque se entiende la tenencia cuando el objeto ilícito se encuentra dentro del rango de propiedad de un sujeto, aquí despierta la controversia de este tipo de delitos ya que se hace un sobre entendimiento de que el objeto de la tenencia será utilizado para la realización de un ilícito, por lo que se tipifica su mera posesión para evitar cualquier peligro futuro. Dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP) encontramos este tipo de delitos denominados como delitos de tenencia, tipificados en diferentes artículos de este código, como el artículo 360 que menciona la tenencia de armas³⁷ que será el enfoque del trabajo, y que se refiere tanto a una tenencia legal en un domicilio determinado hasta el porte personal del arma.

3. Análisis del delito de tenencia y posesión de armas

3.1 Recuento normativo del delito de tenencia y posesión de armas

En cuanto a las armas de fuego, en el Ecuador desde el año 1963 se han tipificado cuerpos normativos que regulen la tenencia y uso de armas de fuego, empezando por la “Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Tenencia, y Tráfico de armas, municiones y explosivos”, pasando posteriormente por una reforma en 1979 que obedecía

³⁵ Ver. Wilfred Hassemer. *Rasgos y Crisis del derecho penal moderno*. Trad. De E. Larrauri. (Madrid: Ministerio de Justicia, 1992) 241.

³⁶ Ver. Cerezo. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo. PP 47 - 72

³⁷ Artículo 360. Código Orgánico Integral Penal, 2014.

a los cambios políticos vividos por el país en la época. En 1997 se emite un reglamento para la aplicación de la ley que tuvo como mera finalidad imponer mecanismos de sanción y delimitar ciertos términos y definiciones.³⁸ Poco a poco han habido desarrollos en lo referente a la ley que rige la tenencia de armas, pero esta se ha visto más que incompleta, repartiéndose las normas entre diferentes cuerpos normativos que van desde acuerdos ministeriales hasta protocolos policiales para su uso, siendo obvio un desinterés de la política ecuatoriana haciendo que los asuntos sobre tenencia de armas permanecieran en la sombra sin mayor cuidado, y sin la transparencia que se le debe a la ciudadanía e incluso a la administración pública³⁹. Mediante estas normas se ha buscado verdaderamente delimitar el uso de las armas y su disponibilidad para la población en general en son de precautelar la seguridad pública; y algunos son los hitos actuales importantes a destacar en cuanto a la regulación de armas en el país durante los años, pasando por la prohibición de porte y posesión de armas para civiles⁴⁰, su manufactura artesanal, producción e importación⁴¹, para posteriormente llegar a la prohibición de tenencia y porte para civiles establecida en el COIP. Así también mediante resolución 2018-122, emitida el 18 de abril de 2018, se volvió a ratificar la prohibición del porte de armas a civiles.

Mostrando que la legislación de armas no ha sido uno de los puntos fuertes o de concentración de los gobiernos de turno al ver que la misma se ha quedado en carácter más bien estático y restringido, en diferencia del carácter dinámico con el que cuenta el derecho para analizar y cambiar cuestiones de fondo y forma.

3.1.1 Breve análisis de tipo

Luego de haber hecho un análisis de los delitos de peligro nos enfocaremos principalmente en el tipo penal de el delito de tenencia y posesión de armas que se encuentra tipificado en el artículo 360 del COIP, de la siguiente manera:

³⁸ Reglamento a la ley de fabricación, importación, exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios. Registro Oficial N°31 del 27 de Marzo de 1997.

³⁹Ver. Bertha García Gallegos. “La regulación de la seguridad privada en Ecuador: globalización, delincuencia y control civil de las Fuerzas del Estado”. *Universitas: Revista de Ciencias Sociales y Humanas*. No 17. (2012). 159-179

⁴⁰Decreto Ejecutivo N°749. Del 28 de abril de 2011.

⁴¹Ley de fabricación, importación, exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios. 17 de marzo de 2006.

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. 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.⁴²

Así, es necesario delimitar y diferenciar entre lo que se entiende como porte de armas y la tenencia en si, siendo la mayor diferencia la capacidad inmediata del uso del arma en ambos escenarios, y el supuesto peligro que cada una de estas acciones genera⁴³. En el caso de la tenencia no se entiende una capacidad directa de uso del arma, se refiere a su mera posesión dentro del espectro de propiedad del sujeto, es decir que la tenencia se entiende como la propiedad legal del arma que se puede obtener mediante la emisión de un acto administrativo⁴⁴. Mientras que en el porte se entiende que el uso del arma podría ser inmediato ya que no se trata de una mera posesión legal o espacial dentro de la propiedad de un sujeto⁴⁵, sino que se remite a la tenencia física que otorgaría una capacidad de uso en todo momento que se tenga el arma y se encuentre en contacto al sostenerla o portarla en el cuerpo mediante un porta-armas⁴⁶. Esta diferencia es fundamental a la hora de comprobar la consumación del tipo, y el COIP es bastante claro al delimitar la diferencia en estas acciones e incluso les otorga diferentes penas, siendo obvio que se considera que el porte de armas es una condición que ejerce más peligro, al ser el castigo considerablemente más drástico.

Como todo delito, la tenencia y posesión de armas se ve tipificada y punible debido a que se considera o implica un supuesto daño a un bien colectivo, refiriéndonos al bien

⁴² Artículo 360, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁴³ Ver. Edgardo Donna, *Derecho Penal, parte especial, Tomo II-C*. (Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005) 118.

⁴⁴ Reglamento a la ley de fabricación, importación, exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios. 1997.

⁴⁵ Ver. Julio César Castro. "Algunas cuestiones dogmáticas. Una observación sobre la tenencia de armas". *Revista de derecho penal. Delitos de Peligro II*. (2008) 291.

⁴⁶ Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Penal. Causa No. 473-2009 del 17 de agosto del 2011

abstracto de la seguridad pública; que se ve afectado como ya dijimos por la mera situación de supuesto peligro que podría presentar la tenencia de un arma. Mediante el peligro se podría ver afectada la vida armónica y pacífica de la comunidad, la salud y la integridad corporal de todos sus miembros⁴⁷. Pero el daño que se pueda causar tiende a depender de la propia subjetividad del bien que se quiere proteger, ya que al no verse delimitado por la ley o de manera formal, es casi imposible, sin suposiciones sociales, saber cuales son los daños que se causa a la seguridad pública mediante la tenencia o posesión de un arma sin utilizarla para realizar otro ilícito prohibido por la ley ecuatoriana.

3.2 Bienes colectivos como creación del imaginario social humano.

Un bien jurídico colectivo es todo estándar que según el legislador es una condición mínima para una vida en comunidad normal, es decir que los bienes jurídicos son una creación del poder legislativo en una tendencia sociológico-funcionalista⁴⁸. Al ser una creación humana su alcance puede volverse subjetivo. La creación de bienes colectivos o denominados supraindividuales es una de las técnicas del derecho penal moderno mediante el cual anticipan una tutela penal, por lo cual hay un estrecho cerco entre estos y los delitos de peligro abstracto, ya que muchos, sino todos estos tipos de delitos que encontramos tipificados se ven orientados a tutelar la seguridad de estos tipos de bienes. Así se puede llegar a plantear que estos “bienes” al tener un espectro demasiado amplio de protección no son realmente bienes jurídicos como puede ser un inmueble. Sino que se tratan de elementos mas conceptuales y amplios que intentan delimitar de cierta manera los presupuestos donde se va a dar un ilícito y proteger intereses difusos⁴⁹; aunque como se mencionó, el campo donde podrían operar estos conceptos, en específico el de seguridad pública, es demasiado extenso y como sucede en el país, se puede encapsular algunas actividades que son consideradas “contrarias” a la seguridad pública dentro de los ilícitos en su contra, tal cual como la tenencia ilegal de armas.

Así también se recogen varias teorías acerca de la existencia de los bienes jurídicos colectivos, aunque tienen sus fallas. Empezando por la teoría trascendentalista

⁴⁷ Ver. Alfonso Ortiz Rodríguez. *Manual de derecho penal especial*. (Medellín: Departamento de publicaciones Universidad de Medellín, 1983). Edición en PDF.

⁴⁸ Ver. Ricardo Álvarez. Apuntes elementales acerca del bien jurídico.

⁴⁹ Ver. *Id.*

que establece que los bienes son preexistentes a la creación de cualquier norma jurídica y son meras creaciones de la vida y el orden natural que nos rodea dentro de un estado social y democrático⁵⁰, y “se refieren tanto al individuo como a la sociedad (colectivos), y al ser recogidos por la ley -no creados- adquieren la calidad de jurídicos”⁵¹. A pesar de ser una teoría que puede ser aceptada en base a la preexistencia física de objetos antes de la tipificación del legislador, tiene en su lógica algunas fallas que son las siguientes: a) los bienes colectivos como tal, en específico la seguridad pública, son una creación conceptual nacida a raíz del desarrollo ético-social del ser humano⁵² que lo llevo a necesitar un idea de orden y control que encapsule a todos los sujetos dentro de un determinado espacio geográfico, y b) existen bienes tanto muebles como inmuebles que de igual manera su concepción se ha dado de la mano del hombre y que incluso debido a estas creaciones se han tenido que establecer nuevas normas o tipificaciones, como con la creación del automovil se tuvieron que establecer normas acerca de la conducción y el uso de caminos por parte de los peatones. Pese a que esta teoría encuentra su fundamento en el origen implícito de las cosas en la naturaleza, como se mencionó la misma no tiene en cuenta el origen de los bienes por medio de la creación humana.

Una segunda teoría con la que guardamos compatibilidad para hacer este trabajo menciona que los bienes jurídicos “subyacen en la norma jurídica, siendo ésta la que los determina y consagra. El Estado es el creador de las normas, de manera que a su vez es el creador de los bienes jurídicos”⁵³. Como explica esta teoría los bienes al ser una creación del ser humano, es él mismo el que impondrá las limitaciones punitivas que desee o considere son adecuadas, por lo que la legislación muestra de cierta manera una flexibilidad para ser maneatada por el legislador. Así sucede con los bienes colectivos en medida de lo que el poder legislativo lo pondere, tipificando delitos en contra de los mismos. Así también la creación de estos bienes y las leyes destinadas a protegerlos obedecerán a los valores ético sociales del legislador que variando de lugar a lugar pueden cambiar considerablemente; algunas legislaciones ignorando completamente el porte de armas como un daño a la seguridad pública y más bien otorgando el status de derecho

⁵⁰ Juan Bustos Ramírez, Hernán Hormazabal. “*Derecho Penal: Parte General*”. (Buenos Aires: Editorial Martial Pons, 2006), 58. Edición en PDF

⁵¹ Mario Garrido Montt. *Derecho Penal Tomo I*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001). 65. Edición en PDF.

⁵² Carlos Guillermo Castro-Cuenca. “Lineamientos sobre la antijuricidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva.” *Revista Dikaion* V. 15 N° 20. (2006) 205.

⁵³ Mario Garrido Montt. *Derecho Penal Tomo I*. 65.

constitucional al porte de armas, como es en el caso de Estados Unidos de América donde su Segunda Enmienda permite completamente la tenencia y porte de armas a nivel federal en todo el país⁵⁴. Fuera de querer imponer creencias extranjeras en el país, también podemos ver en nuestro caso cómo es que opera la subjetividad de los bienes colectivos y en específico el de la seguridad pública en el escenario que presenta la excepción de portar armas para ganaderos y camaroneros la cual se describe continuación.

3.2.1 Excepción al porte de armas de Ganaderos y Camaroneros

Aduciendo a lo mencionado anteriormente sobre la subjetividad del bien colectivo seguridad pública, pasamos a analizar un caso de excepciones para la tenencia y porte de armas en el Ecuador en razón del peligro subjetivo. En el país dentro de determinados sectores agrícolas se han dado casos de abigeato o robo de ganado, donde claramente se han visto violentados los bienes jurídicos individuales de ganaderos y agricultores. Respecto a esto se ha ponderado el peligro que manifiesta el porte de armas por parte de estos sujetos en contra del peligro que corren los mismos al no tenerlas, llegando a la conclusión de que en base a preceptos territoriales y circunstanciales no se vería afectada la seguridad pública mediante la tenencia de armas de estos sujetos, pero solo en determinados sectores y cantones como establece el artículo 3 del Acuerdo Ministerial número 270 del 26 de septiembre del 2016⁵⁵. Posteriormente en una decisión del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas se establecía como una excepción el permiso de porte de armas para ganaderos y camaroneros en razón de sus actividades y su peligrosidad.⁵⁶

Aunque una ponderación caso por caso parece ser una solución confiable está situación también trae sus inconvenientes en cuanto a la administración legislativa, ya que puede abrir la oportunidad para que el legislador de manera subjetiva decida cuáles cantones del país y su seguridad pública no se verían afectados por la tenencia de armas en un ejercicio que podría catalogarse como arbitrario, ya que al requerimiento de

⁵⁴ *A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.* US Constitution. Amendment II, 1791.

⁵⁵ Art. 3.- Permiso Persona Natural Porte de Armas.- Se concederá permiso de porte de armas en base a las condiciones establecidas en el informe y resolución de aprobación que emita el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, pudiendo emitirse el permiso delimitado a una específica jurisdicción cantonal. Acuerdo Ministerial número 270 del 26 de septiembre del 2016

⁵⁶ Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. IV Departamento del estado mayor del CC.FF.AA; Resolución 2018 – 122 – AD- COMACO. De mayo de 2018.

ganaderos de portar armas también se podrían sumar requerimientos de gremios no necesariamente apostados en sectores rurales, pero que si podría considerarse que sufren de igual manera de hurtos y robos, o de peligro por el simple hecho de la naturaleza de su labor como puede ser un abogado penalista o inclusive un conductor de transporte público. Así el estado conjunto con el poder legislativo se vería en una tarea de analizar caso por caso la necesidad de tenencia de armas frente al peligro de ciertas actividades u oficios, y los estándares del uso de las mismas en razón de tutelar el bien seguridad pública basándose en implicaciones vitales concretas⁵⁷, que provienen de las diferentes actividades sociales que puede tener un individuo, ya que al solo beneficiar mediante está norma a un grupo determinado se deja en indefensión o desigualdad de condiciones a otras profesiones o grupos específicos.

3.3 Problemas con los límites de la punibilidad y ponderación del peligro

Queda claro entonces que en el Ecuador se ha venido trabajando de a poco la teoría inmanentista, donde es el legislador el que crea y da personalidad a los bienes colectivos de la sociedad y es el mismo que en base a estos desarrolla las normas que los contienen y la “sociedad” pueda considerar necesarias para defenderlos⁵⁸. Pero al tratarse de un campo de subjetividad social tanto como jurídica se torna un tanto difícil de establecer limitaciones que para algunos pueden considerarse fundamentales y que para otros no, ya que puede haber individuos que consideren que el portar armas no haría más que proteger en si la seguridad pública y que debería ser conexo a su derecho de proteger su propiedad y su vida; mientras que comparativamente puede suceder el caso como en el país, de que se cree que el hecho de que existan armas dentro del rango de posesión de una persona, es un riesgo para la seguridad, por lo que se podría hacer con esa arma. Sin que antes ya se haya efectuado una acción dañosa, por lo que se reconoce que a la hora de la ponderación del supuesto daño no es necesario que se verifique el “daño” causado para su consumación⁵⁹.

Los límites punitivos que se extienden sobre los bienes colectivos deben tener ciertas directrices que son consideradas “condiciones fundamentales de la vida social, en

⁵⁷ Ricardo Álvarez. Apuntes elementales acerca del bien jurídico.

⁵⁸ Ricardo Álvarez. Apuntes elementales acerca del bien jurídico.

⁵⁹ Ver. Ricardo Cita. Delitos de Peligro Abstracto en el Derecho Penal Colombiano; crítica a la construcción dogmática y la aplicación práctica. Tesis de grado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. (2010)

la medida en la que afectan las posibilidades de participación de individuos en el sistema social”⁶⁰. Aunque de acuerdo a esto se puede hacer un análisis de qué es lo que se puede considerar como condiciones de vida social, la subjetividad de lo punible vuelve a tomar consideración, variando en cuanto a lo que cada uno podría considerar como medios adecuados de convivencia. Es por esto que se menciona que los bienes jurídicos en vez de naturaleza estática deberían tener un carácter dinámico⁶¹ que permita más interpretaciones, lo que comprendería que estos se encuentren en una constante revisión ponderando el verdadero peligro que podrían traer en un espacio geográfico y en un tiempo determinado, pues así se podrá evidenciar que existen varias conductas que ameritan ser introducidas como un delito abstracto y habrá otras como el porte de armas que deberían ser eliminadas en respuesta a los cambios sociales que sobrevengan.

Pudiendo entonces considerar que el legislador mediante el establecimiento de medidas punitivas y delitos de peligro abstracto, va a sobrepasar los límites del poder estatal e inmiscuirse en la vida de sus ciudadanos al momento de ponderar la mera posibilidad de que exista un daño como un delito en si. Ya que de esta manera cualquier situación que pudiese presentar un peligro, por mas absurda que fuese, podría ser puesta en consideración para la tipificación de un delito abstracto, como por ejemplo podría suceder que se considere que tener un auto que alcance mas de 150km/h es peligroso y se prohíba como un delito la posesión y tenencia de un automotor que sobrepase estos lineamientos. Aunque esto resulte descabellado podría ser una realidad si es que el legislador considera que se trata de un sentimiento social legítimo⁶². Pero de igual manera nos encontramos frente a la incognita y la subjetividad de lo que cada persona considere legítimo ya que de la misma manera de que se puede ponderar que un arma sea considerada como una amenaza contra su integridad o la seguridad pública, también podría haber un legislador o ciudadanos que consideren que más peligro se puede correr personalmente al no tener un arma y que se pone en vulnerabilidad su derecho constitucional a la vida consagrado en el artículo 66⁶³, al no permitirsele tener un medio

⁶⁰ Mario Garrido Montt. *Derecho Penal Tomo I*. 66.

⁶¹ Ver. Bustos Ramírez, Hormazabal. “*Derecho Penal: Parte General*” 58. Edición en PDF.

⁶² Rafael Alcaer, María Martín, Iñigo Ortiz. “*La teoría del bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*” (Buenos Aires: Editorial Martial Pons, 2016), 74. Edición en PDF

⁶³ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

legítimo de defensa que lo ponga en igualdad de condiciones con un supuesto asaltante o agresor.

3.4 Como afecta a la Seguridad Pública el delito de tenencia y porte de armas.

Para entender como se ve afectada la seguridad pública en sus diferentes fases es necesario delimitar lo que entenderíamos como el porte o tenencia de armas. Llamamos “porte” cuando se mantiene el arma de fuego dentro del rango de acción del determinado sujeto dentro de espacios públicos⁶⁴, mientras que la “tenencia” se refiere a la propiedad legítima del arma estableciendo un lugar específico para su permanencia⁶⁵.

Cabe mencionar que explícitamente dentro de nuestro país esta completamente prohibido el porte de armas por parte de civiles, mientras que la tenencia se encuentra regularizada estrictamente por los cuerpos legales correspondientes, mostrando la subjetividad de la ley. Ya que mediante este sistema se establecería que la existencia de formalidades legales que certifiquen la propiedad de un arma sería la única diferencia entre causar un daño a la seguridad pública mediante el peligro y no causar ningún daño mediante la mera tenencia. Así el Reglamento a la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y accesorios establece que mediante un mero trámite administrativo se puede regularizar⁶⁶ la tenencia de armas en un lugar específico, eliminando de facto “el peligro” que puede contraer la tenencia de un arma sin el permiso formal. Demostrándose como el peligro sigue en un rango de subjetivización, ya que pese a que el mismo supuestamente existe es casi imposible encontrar empíricamente un grado de lesividad discernible en este tipo de actividades de tenencia regulada⁶⁷.

También podemos dilucidar que la existencia del arma dentro de un espectro de pertenencia de un sujeto presenta un “peligro” segmentado. Es así que mediante la certificación de un permiso se elimina el peligro de que se consume un daño con la mera tenencia⁶⁸, pero este permiso no encapsula el porte del arma, por lo que se vuelve a

⁶⁴Julio César Castro. Algunas cuestiones dogmáticas. Una observación sobre la tenencia de armas. 291.

⁶⁵ *Id.* 291.

⁶⁶Artículo 76. Reglamento a la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios. R.O 32 de 27 de marzo de 1997. última reforma el 13 de septiembre de 2012.

⁶⁷ Julio César Castro. Algunas cuestiones dogmáticas. Una observación sobre la tenencia de armas. 291.

⁶⁸ Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Penal. Resolución No. 577-213 del 20 de mayo del 2013.

generar el peligro una vez que el sujeto la saca del lugar que el mismo ha determinado para guardarla. Es así que puede determinarse que realmente no nos encontramos frente a una afectación como tal con el delito de porte y tenencia si es que un acto administrativo puede subsanar la calidad del mismo de ilícito, mientras que las condiciones físicas que si conformaría el delito siguen sucediendo. En este caso podría determinarse que el peligro de que un arma se encuentre dentro del rango de un ilícito puede como no puede existir aun que haya o no el acto administrativo, por lo que no se debería contar como una afectación la tenencia y posesión de armas si es que la misma no fuese un componente activo para realizar ilícitos penales.

Aquí también podemos darnos cuenta uno de los problemas de la codificación del peligro en contra de bienes colectivos, ya que los mismos no pueden separarse de los bienes singulares que están protegiendo, es decir que el hecho de que el porte y la tenencia de armas se vea tipificada como un delito obedece a que el bien de “seguridad pública” encapsula los supuestos daños que podrían tener los bienes como la integridad personal y la vida humana, ya que sin la existencia de por medio de estos no estaríamos frente a un supuesto que tendría la gravedad suficiente para poder tener la calidad de constituir un ilícito penal.⁶⁹

3.5 Derecho a la protección y la seguridad humana.

El estado se ve obligado a adoptar medidas para poder eliminar y prevenir cualquier tipo de violencia que se pueda presentar en contra de sus ciudadanos y más aún protegen a aquellos que se pueden ver en situaciones desfavorables. Es así que la Constitución del Ecuador en el artículo numero 393⁷⁰ garantiza la seguridad de sus ciudadanos mediante el establecimiento de políticas necesarias, para asegurar una convivencia social y por ende la “seguridad pública”⁷¹. Pero este estado de armonía pudo verse de cierta manera afectado mediante las medidas para el desarme civil ya que mediante esto lo único que se logró es poner en un estado de indefensión a los ciudadanos comunes y corrientes frente a la delincuencia común y organizada; teniendo en cuenta que se ha podido ver una disminución leve en los crímenes armados la misma no se ha podido eliminar o golpear de manera contundente y solo se han generado situaciones más

⁶⁹ Ver. Cerezo. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo. 47 - 72

⁷⁰ Artículo 393, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷¹ Christian Welzel. *Derecho penal alemán*. (Santiago de Chile, 1976) 15.

precarias para un ciudadano que busca un arma como método de defensa legítima, así también lo dicen los números ya que desde el año 2009 (año en que se prohibió el porte de armas) hasta el año 2014 que se tipificó también la prohibición en el COIP la incidencia de armas de fuego en homicidios armados fue de un 63%⁷². Así se puede decir que lo que logró la tipificación del artículo 360 acerca de la tenencia de armas es lo contrario a su fin, ya que buscando prevenir el peligro de que la población pueda tener y poseer armas lo único que se ha logrado es una abstracción del mismo hacia los ciudadanos, que cumpliendo con esta norma no cuentan con armas como medio de protección o disuasión. Por lo que un ciudadano al querer precautelar el bien jurídico colectivo de “la seguridad pública” puede ver violados sus propios derechos de propiedad y por ende sus bienes jurídicos físicos, al no poder ejercer una legítima defensa que es su derecho como lo menciona Florentino⁷³, que dice que repeler las injurias y la violencia es un derecho legítimo de la gente. Así también yéndose en contra de los fines de los bienes colectivos que es la supuesta encapsulación de los bienes singulares para lograr una protección mucho más amplia.

3.6 Principios de última ratio y mínima intervención

El principio de última ratio en el derecho penal menciona que esta herramienta debe ser lo menos invasiva posible y debe ser utilizada como una última opción punitiva⁷⁴, predicando incluso cierto grado de tolerancia contra ilícitos menores. Es decir, que este derecho no castigará o no debería castigar toda conducta lesiva en contra de bienes considerados dignos de protección sino las acciones que sean más perjudiciales para ellos. En base a lo mencionado podríamos ponderar, que el mero peligro de la tenencia de armas no es completamente perjudicial para la seguridad pública ya que en si el arma no ha sido utilizada para un ilícito, su mera presencia configura el delito, por lo que en base al principio de última ratio la tenencia no debería ser completamente punible al no presentar un grado de perjudicialidad alto. Así al tipificar la tenencia y posesión como un delito, el derecho penal se centraría meramente en la prevención del determinado riesgo y no se centraría en su objetivo principal de establecer sanciones adecuadas

⁷² Ver. Carla Álvarez, Mauricio Cuesta, Gualdemar Jiménez. *Las políticas de control de armas de fuego, partes y municiones en Ecuador*. (Quito: Editorial IAEN, 2016) 15. Edición en PDF.

⁷³ Florentino. *Institutas del Derecho Romano*.

⁷⁴ Pilar Sacoto. *Compendio de introducción al derecho penal*. 103.

mostrando así las carencias del estado a la hora de poder controlar una situación de supuesto peligro antes de que pueda suceder, así también lo dice Javier Madrigal Navarro, “la punición de una simple tenencia no es sino un reconocimiento del estado a su propia incapacidad de control a la situación previa de provisión de algo fiscalizado por el estado, que claramente ha fallado”⁷⁵.

También nos vemos frente al caso que los bienes colectivos se ven creados para ofrecer un rango mas amplio de protección a los determinados bienes singulares, que se ven diferenciados mediante la teoría de la “no distributividad”, en la cual Alexy⁷⁶ menciona que un bien se vuelve colectivo cuando el mismo es real, tiene una naturaleza de existencia conceptual y que no puede ser detentado individualmente; de manera que se supone que la sociedad como tal dispone una titularidad sobre los mismos⁷⁷. Al verse encapsulados de esta manera los bienes, se ve un carácter expansionista del derecho penal que rompe con el principio de la intervención mínima; así la rama del derecho penal-criminal sigue inmiscuyéndose dentro del rango de acción de los sujetos que tiene que proteger, mediante la tipificación de más conductas considerables punibles con la misión de procurar la integridad de los bienes colectivos que como mencionamos son objetos ficticios que se les otorga una tutela⁷⁸, y no tienen en si una materialización que permita ponderar afectaciones⁷⁹. Mediante este tipo de tipificación no solo se ve una tendencia expansionista, sino que nos vamos acercando hacia un sistema de derecho penal preventista o de primera ratio ya que observamos que se quiere prever que un arma pueda ser utilizada para un delito antes que este suceda, o que realmente se afecte un bien jurídico. Pero el estado en sus atribuciones punitivas y en la tipificación de delitos debe respetar y considerar medidas de dignidad para todos los seres humanos, en este caso en específico no solo ponderando la “afectación” que pudiese sufrir aquel que no cuenta con una arma en manos de alguien que si, sino que también debe tomar en consideración la autonomía personal para portar armas bajo un criterio de que la misma también ofrece un

⁷⁵ Javier Madrigal Navarro. Delitos de peligro abstracto. Fundamento, Crítica, y Configuración Normativa. 169 - 187

⁷⁶ Robert Alexy. *El concepto y la validez del derecho*. (Barcelona: Gedisa, 2004)

⁷⁷ Susana Soto Navarro. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. (Granada: Editorial Comares, 2003), 172.

⁷⁸ Ver. Sergio Moccia. “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y Reflujos liberales”, en *Política Criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Klaus Roxin*, ed. J.M. Silva. (Barcelona: JM Boch, 1997). 113-144.

⁷⁹ Ver. Blanca Mendoza Buergo. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. (Madrid: Editorial Civitas, 2001), 138.

cierto grado de protección para quien la lleva, así pudiendo realizar un ejercicio de ponderación como el realizado en base a las actividades ganaderas y camaroneras, para que se pueda delimitar de mejor manera la posesión de armas.

3.7 Una nueva categoría de delito en contra de la seguridad pública.

El intentar establecer un desarrollo legislativo en base al tipo de delito que estamos estudiando presenta sus problemas a tomar en cuenta, ya que no se puede dejar de lado los avances del derecho dentro del último siglo. Así, no se puede ignorar los avances de este derecho hacia el desarrollo de un estado de bienestar y no se podría volver hacia la tendencia de protección solamente sobre bienes individuales ya que se estaría dejando de lado la justicia social como origen de la protección, así lo dice Cerezo Mir, cuando menciona que no se “puede ignorar la evolución del Estado liberal al Estado de bienestar, so pena de desconectarse del fin de conseguir una mayor justicia social.”⁸⁰ Así es bastante claro que pese a su alto rango de subjetividad sobre lo que se puede proteger, los delitos de peligro abstracto, no podrían y no deberían ser eliminados de nuestra legislación, debido a su carácter un tanto garantista, pero también es evidente que se necesita una regulación más compleja y específica. En base al análisis realizado a la subjetividad de los bienes colectivos y si estos se ven afectados, se podría dar el argumento que debería admitirse la tenencia y posesión de armas no como un delito tan gravemente punible, ya que sin la actuación de un sujeto que la utilice para un ilícito, no se podría realmente configurar el mismo y ponderar el daño causado para aplicar una sanción.

Es así que teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente se podría categorizar a la infracción bajo una nueva figura de delitos de tenencia y posesión de armas, que plantee métodos para poder ponderar el daño que se causa a este bien conceptual e inmaterial que es la seguridad pública, y poder cuantificar de manera objetiva penas adecuadas no solo en base al peligro de tipo, sino en base al verdadero daño causado o que se puede causar, las circunstancias de los hechos y las condiciones personales del autor. Aunque suene descabellado existen sistemas parecidos al propuesto y que pueden tomarse en cuenta para una posible adopción, en específico para la tenencia y posesión de armas, como lo es el sistema penal argentino⁸¹, que propone realizar un estudio en base a los ítems mencionados para evaluar una posible rebaja de la pena. Cosa que podría

⁸⁰ Cerezo. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo. PP 47 - 72

⁸¹ Art. 189. Código Penal de la República de Argentina. Ley II. 179 (T.O de 1984).

absorberse a nuestro propio sistema adaptándolo no solo para el delito de tenencia, aunque este sea nuestro enfoque específico, sino que el mismo podría adaptarse a los demás crímenes que afecten este bien inmaterial de manera que un sujeto tenga la seguridad jurídica de que va a ser juzgado por su capacidad real de producir un peligro más no por una mera suposición de la ley y del legislador.

4. Conclusiones

El objetivo general de este trabajo de investigación es el considerar y presentar argumentos que deslegitimen al delito de Tenencia y Posesión de armas de fuego, como un ilícito que merezca la atención y la pena punitiva que se le han otorgado. Esto en base a que, al dársele un tratamiento de ilícito bajo los conceptos clásicos del delito de peligro abstracto, se ha dejado de lado la tarea de realizar un análisis enfocado en la realidad del país, y la necesidad de algunos sectores o individuos de contar con estos medios de protección.

Para demostrar esto se realizó un análisis desde la raíz de los delitos de peligro abstracto hasta pasar por el ilícito específico sobre tenencia y posesión de armas que se describe en el trabajo. Definitivamente pudimos llegar a la conclusión que dentro del tipo de los delitos de peligro abstracto encontramos vacíos en cuanto a lo que se requiere castigar, ya que se castigaría el peligro de que alguien pudiera causar un verdadero daño a un bien jurídico. Pero esta pena es administrada en un sentido “ex ante” ya que para hacerlo se realiza un análisis de lo que puede suceder con determinada situación de peligro antes de que se pueda concretar, es decir sin que se de realmente una acción que cause un daño. Lo que ha llevado a que haya un cierto grado de inseguridad jurídica ya que en base a estas acepciones el legislador podría simplemente empezar a considerar las acciones que no le parezcan como “generadoras de peligro” y podrían ser consideradas como punibles. Pese a que es claro que mediante este tipo de tipificación se busca llegar a un estado más garantista, esto se cumple a medias, ya que puede considerarse que al evacuar el peligro antes de que una afectación suceda se estaría previniendo la configuración de un delito futuro, pero también sucedería que el sujeto a ser procesado, lo sería por una mera suposición de que puede causar un daño.

En cuanto al delito de tenencia y posesión de armas en específico concluimos que desde un inicio se ve viciado por la subjetividad de la norma y de los bienes colectivos que se buscan proteger. El bien jurídico de la “seguridad pública” se vuelve subjetivo en

sentido de que dependerá del sector geográfico e incluso del sector laboral (agrícola, pesca, ganadero, etc.), para determinar todo lo que podría encapsular este termino, y que la afecta. Siendo este bien colectivo tan variable que incluso dentro de nuestro país vemos excepciones a la posesión de armas bajo el mero contexto de la “peligrosidad” de ciertas acciones u oficios como los ganaderos y camaroneros. Esta subjetividad obedece como dijimos a posiciones tanto geográficas como sociales, pero en específico, a los intereses estatales de cada país ya que los bienes colectivos son claramente creaciones del legislador para legitimación de ciertos delitos, y al ser creaciones se vuelve más que obvio que las mismas serán moldeadas a las necesidades de quien las legitima. Debido a esta subjetividad es que estos bienes deben dejar de lado su característica estática y tomar con los brazos abiertos un nuevo desarrollo hacia un carácter mucho más dinámico que permita efectuar cambios legislativos, en este caso específico, en base a lo que se consideraría la “seguridad pública” a través de tiempo y espacio. Esto también obedecería a que puede considerarse que, mediante la limitación de acceso a las armas de manera legal, se están desprotegiendo los derechos civiles y humanos de ciertos individuos que ven en las armas un método de protección. Sin obviar esta claro que, pese a que el ciudadano promedio puede acatar las medidas de desarmamiento, habrá criminales que no lo hagan. Así dejando en indefensión y en una posición de poder inequitativo a aquellas personas mencionadas.

Así al tener un carácter “garantista” ex ante, concluimos que estos delitos de peligro abstracto también van en contra del principio de última ratio del derecho penal, ya que estaría dejando su naturaleza de ser una última solución o recurso para pasar a ser una primera línea de defensa preventiva. Aunque de esta manera se busque precautelar y garantizar la “seguridad pública”, lo único que se haría sería atribuir un ilícito a la persona sin que esta haya tenido que consumir ninguna acción ilícita o que cause daño más que una tenencia o posesión de armas que no se ha podido ni siquiera aun determinar como dolosa o como una simple medida de protección. Podemos dilucidar una clara tendencia garantista por parte del legislador a la hora de tipificar los delitos de peligro abstracto, mayormente en el sentido de querer encapsular más bienes singulares dentro de los colectivos para que estos se vean protegidos por un espectro mucho más amplio. Pero al hacer esto hemos podido señalar algunas fallas que lejos de garantizar un estado de derecho equitativo, lo que hacen es poner en desventaja de derechos a aquellos sujetos que tienen y portan armas, atribuyéndoles preventivamente un ilícito “voluntario” sin un

verdadero conocimiento de cual era el destino o finalidad del instrumento en cuestión, en son de proteger un bien jurídico de carácter más que subjetivo y el cual ve sus características dictadas por el propio estado que impone las penas.

En un principio, sugerimos se realicen más investigaciones y trabajos a fondo no solo sobre el delito de tenencia de armas, sino que se analicen desde su raíz teórica y normativa la existencia de los bienes colectivos dentro de los delitos de peligro abstracto. En específico que se hagan análisis comparativos en base a lo subjetivo que puede tornarse la creación de estos bienes y cuales pueden ser los bienes singulares, que se ven encapsulados dentro del rango de existencia de los bienes colectivos. La situación de las armas de fuego en el Ecuador ha despertado poco interés por lo que existe un vacío en cuanto a análisis e información, por lo que también se sugiere se realicen revisiones acerca de legislación ecuatoriana comparada y se de más importancia a este campo legal, ya que así también se pueden dilucidar varias carencias en el campo profesional acerca de las armas por la falta de expertos en el tema así como también podemos denotar la poca importancia que se le ha dado a este tema en el campo jurídico habiendo pocos trabajos realizados conjuntamente con un análisis bastante pobre en esta rama; ya que la mayoría se centran en los puntos exteriorizados de lo que se considera el peligro del arma, más no se analiza que es lo que realmente se afecta con la tenencia del arma sin que esta haya participado en un ilícito de tipo penal.

En cuanto a recomendaciones, proponemos un desarrollo legislativo que pueda reformar las normas acerca de la tenencia y porte de armas dentro del país. No se quiere proponer un sistema dentro del cual la tenencia y posesión de manera libre, sino que se propone que las medidas que controlan la tenencia y porte como un delito de peligro abstracto se vean amenoradas, empezando por la tipificación de legislación específica que permita obtener permisos de porte y posesión armas de una manera mas accesible para el ciudadano; pero que al mismo tiempo se regule quienes pueden ser los sujetos que accedan a estos derechos para no dejar desatendida la seguridad ciudadana. Es bastante obvio que los criminales no dejaran de lado sus armas por el simple hecho de la ilegalidad de su existencia y porte, por lo que se propone la flexibilidad del sistema para que así el ciudadano pueda contar con un arma de fuego con la cual pueda ejercer una defensa legítima y de igual manera pueda defender sus bienes jurídicos singulares propios.

Así también proponemos que la tenencia y porte sin licencia de un arma ilegal siga siendo considerada como un delito, pero ya que hemos dejado en claro nuestra

aversión en contra de la subjetividad de la norma y de la delimitación de los bienes jurídicos colectivos, por lo que proponemos una nueva categoría de delitos de peligro. Es así que un desarrollo hacia una categoría de “Daños en contra de la seguridad pública”, que encapsule aquellos tipos penales que afecten a este bien colectivo, sería lo ideal de manera que el supuesto peligro que se causa no sea castigado con la severidad de la ley que un crimen de afectación o concreto enfrenta de manera determinada, y se podría ponderar penas adecuadas al “daño” causado, con un criterio que puede ser basado en pérdidas monetarias y físicas causadas. Así las penas se verían reducidas considerablemente en razón de la ponderación del peligro y como afectaría el mismo a la seguridad pública, de manera que, en vez de poder penar 1 año por la tenencia o posesión de un arma de manera ilegal, se penaría un tiempo considerablemente menor. Así pudiendo darle un grado de castigo mucho más apegado a la realidad y no haciendo solo meras suposiciones de peligro y de la posibilidad de que se empiece un curso causal ilícito por la existencia del arma dentro del rango de propiedad o acción de un determinado individuo.