

**UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
ESCUELA DE NEGOCIOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
RAMIRO BORJA Y BORJA**

**PLAN DE TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO
DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE
LA REPUBLICA DEL ECUADOR CON MENCION EN
DERECHO PÚBLICO**

TEMA

**LA LEGISLACION DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS
Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA EN ECUADOR**

**AUTOR
JAIME TORAL SORIANO**

**DIRECTOR
DR. JUAN VIZUETA R.**

**GUAYAQUIL- ECUADOR
NOVIEMBRE 2006**

DECLARACION DE LA AUTORIA

Yo Jaime Eduardo Toral Soriano declaro ser el autor exclusivo de la presente tesis.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieran de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la universidad del Pacifico- Escuela de Negocios- para que pueda hacer el uso del texto completo de la tesis de grado "LA LEGISLACION DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS Y SU INCIDENCIA PRACTICA EN EL ECUADOR" con fines académicos y/ o de investigación.

Guayaquil, 21 de noviembre del 2006-11-21

Jaime Toral Soriano.

CERTIFICACION

Yo Dr. Juan Vizueta Ronquillo, profesor de la Facultad de derecho de la universidad del Pacifico, como director de la presente Tesis de Grado, certifico que el señor Jaime Toral Soriano, egresado de esta institución, es autor exclusivo del presente trabajo, original e inédito.

Guayaquil, 21 de noviembre del 2006

Dr. Juan Vizueta Ronquillo.

DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

La Universidad del Pacífico, se compromete a no difundir públicamente la información establecida en la presente tesis de Grado "LA LEGISLACION DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS Y SU INCIDENCIA PRACTICA EN EL ECUADOR", de autoría de Jaime Toral Soriano, en razón que ésta ha sido elaborada con información confidencial.

Tres copias escritas y digitales, de esta Tesis de Grado quedan en custodia de la Universidad del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso, suscribe

Guayaquil, 21 de noviembre del 2006-11-21

AB. Octavio Roca
DECANO DE FACULTAD

AGRADECIMIENTO

Con cariño y gratitud a mi madre querida que me guió siempre por el sendero del buen camino con sus enseñanzas y que desde el cielo me sigue guiando, me cuida y me protege.

A ti madre querida, mi existencia y razón de vivir para lograr todas mis metas trazadas.

También a mis maestros que con sus enseñanzas y su apoyo me han orientado para que mis anhelos de obtener el título de Abogado se hagan realidad.

DEDICATORIA

A mi madre, mis abuelos, a mi hermana, a mi segundo padre, a mi hijo y toda mi familia en general les dedico este trabajo que con su valioso apoyo, aportes y comprensión, ha coadyuvado para alcanzar esta meta tan importante de mi vida profesional como es la obtención del título de Abogado de los tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador.

A todos ustedes mi eterna gratitud y cariño.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	01
ANÁLISIS DEL TEMA	03
1.1-Conferencia de la ONU sobre los Progresos Alcanzados en la Ejecución del P.A	05
1.2 ANTECEDENTES JURÍDICOS	06
Concepto de tenencia y de portar armas de fuego	10
Concepto de permiso para portar armas de fuego	11
Elementos jurídicos que conllevan el portar armas de fuego	11
LA LEY PENAL EN ESTE CAMPO	12
CONCEPTO DEL DELITO EN GENERAL Y SU RELACIÓN A LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	13
EL DELITO DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS COMO ACCIÓN	14
EL DELITO DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS COMO ACCIÓN TÍPICA	20
CONDICIONES DE PUNIBILIDAD DE ESTE DELITO	22
EL DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS COMO ACCIÓN ANTIJURÍDICA	23
CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN	25
a) LEGÍTIMA DEFENSA: NOCIÓN y FUNDAMENTO	
EXTENSIÓN DEL DERECHO DE LEGÍTIMA DEFENSA	26
REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA LEGÍTIMA DEFENSA	26
1.1 DEFENSA PROPIA	26
1.2 DEFENSA DE LOS PARIENTES	30
1.3 DEFENSA DE LOS EXTRAÑOS	31
1.4 LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA	31
EXCESO EN LA DEFENSA	32
LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA	32
SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE ESTADO DE NECESIDAD Y	

LEGITIMA DEFENSA	34
FUNDAMENTO	
REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA LA EXISTENCIA DEL ESTADO DE NECESIDAD	35
PLANO SUBJETIVO DEL DELITO	35
TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD	36
TEORÍA PSICOLÓGICA O PSICOLOGISMO	36
TEORÍA NORMATIVA O NORMATIVISMO	37
TEORIA DE WELZEL	39
IMPUTACIÓN, CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	40
LAS ACCIONES LIBERAE IN CAUSA	40
FORMAS O ESPECIES DE LA CULPABILIDAD	41
EL DOLO	41
EL MÓVIL Y EL DOLO	43
CLASES DE DOLO	44
LA CULPA	45
NATURALEZA DE LA CULPA	46
COMPENSACIÓN DE LA CULPA	47
PREVISIBILIDAD	47
CLASES DE CULPA	47
LA CULPA Y EL CUASIDELITO EN EL CÓDIGO PENAL	49
EL DELITO PRETERINTENCIONAL	49
LA CONCAUSALIDAD	50
EL CASO FORTUITO	50
ERROR E IGNORANCIA EN MATERIA PENAL	51

LA SANCIÓN PENAL	54
SUJETO ACTIVO DEL DELITO	55
SUJETO PASIVO DEL DELITO	55
OBJETO DEL DELITO	55
DELITOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN	56
DELITOS INSTANTÁNEOS Y PERMANENTES O CONTINUOS	57
PROCESO DEL DESARROLLO DEL DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	58
1.1 EL ITER CRIMINIS	
1.2 FASE INTERNA	
1.3 FASE INTERMEDIA	
1.4 FASE EXTERNA	
1.5 ACTOS PREPARATORIOS	
1.6 ACTOS DE EJECUCIÓN	
LA TENTATIVA EN ESTA CLASE DE DELITO.- NOCIÓN	60
CARACTERÍSTICAS DE LA TENTATIVA	61
ESENCIA DE LA TENTATIVA	61
PRESUPUESTO PREVIO DE LA TENTATIVA	62
LÍMITES DE LA TENTATIVA	62
ELEMENTOS DE LA TENTATIVA	62
A) PRINCIPIO DE EJECUCIÓN	62
1) Fundamentación subjetiva	
2) Fundamentación objetiva	
B) INTENCIÓN DE ALCANZAR LA FINALIDAD DELICTIVA	64
C) INTERRUPCIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL DELITO	65
DELITO CONSUMADO	66
EQUILIBRIO DE LA PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	68
DENOMINACIONES	68
NOCIÓN DE LA PENA	68
FINES DE LA PENA	69

REQUISITOS Y CONDICIONES DE LAS PENAS	70
<ul style="list-style-type: none"> A. Requisitos de legitimidad <ul style="list-style-type: none"> a) Legalidad b) Aflictividad c) Proporcionalidad d) Individualidad e) Ejemplaridad f) Igualdad B. Requisitos de idoneidad <ul style="list-style-type: none"> a) Publicidad b) Certeza c) Prontitud d) Requisitos secundarios 	
PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	73
LAS SANCIONES EN MATERIA PENAL	74
CLASIFICACIONES DE LAS PENAS	75
<ul style="list-style-type: none"> A. Atendiendo a la naturaleza del bien jurídico de que privan <ul style="list-style-type: none"> a) Penas corporales b) Penas privativas de la libertad o penas de encierro c) Penas restrictivas de la libertad d) Penas pecuniarias que recaen sobre los bienes de la persona (multa, comiso). e) Penas privativas de derechos que incapacitan al penado para el ejercicio de determinados, derechos y actividades que la Ley señala B. En atención a su gravedad <ul style="list-style-type: none"> a) Penas de crímenes b) Penas de simples delitos c) Penas de faltas d) Penas comunes a los crímenes C. Penas principales y accesorias. D. Penas aflictivas y no aflictivas E. Penas corporales y no corporales F. Penas alternativas y copulativas 	
OTRAS PENAS	75
LIMITES, NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS PENAS	76
PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD	76
IV. PENAS PECUNIARIAS	77
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	77
JURISPRUDENCIA	79

LEGISLACIÓN COMPARADA	79
1- ESTADOS UNIDOS	79
2- CHILE	80
3- COMUNIDAD EUROPEA – ESPAÑA	81
4- BOLIVIA	82
BIBLIOGRAFÍA	83

INTRODUCCIÓN.-

En la introducción de este álgido tema es necesario indicar ciertas cifras e indicadores que son interesantes considerar antes de tratar este tema desde el punto de vista jurídico.

Una de cada diez personas tienen un arma y circulan en el mundo más de seiscientos cuarenta millones de armas pequeñas tales como revólveres, pistolas, fusiles y ametralladoras livianas y ligeras como ametralladoras pesadas, morteros, granadas y lanzamisiles portátiles y dieciséis mil millones de municiones. Estas armas producen más de quinientos mil muertes por año, trescientos mil en conflictos armados alrededor del planeta y doscientos mil en suicidios y homicidios producidos mundialmente de acuerdo a la ONU.

Por su bajo precio y fabricación de ellas, incluso de manera casera, en casi todos los países del mundo son de fácil transporte y difícil control, son las más extendidas herramientas de guerra. Hay doscientos cincuenta millones de estas armas en Estados Unidos, ochenta y cuatro millones en quince países de la Unión Europea, sesenta millones en once países de América Latina y treinta millones en África. Cerca del cuarenta por ciento, son desviadas del comercio y de usos legales, y circulan sin control alguno por las calles de todos los países del mundo de acuerdo a estadísticas provenientes de estudios de la ONU.

Más de mil doscientas empresas “legales” en más de noventa países fabrican armas pequeñas; en algunos de estos países, los controles sobre el comercio de las mismas son casi inexistentes.

Además, los Estados involucrados en el abastecimiento y exportación de armas pequeñas, así como algunos Estados que las adquieren, no tienen voluntad política para aprobar acciones internacionales sobre reducción y tráfico de armas, peor aún en el mundo violento en que se vivimos promovido por los medios de comunicación colectiva tales como la televisión, el cine, el internet (actualmente en el ciberespacio se puede encontrar hasta el manual para armar una bomba atómica) ha hecho que este negocio florezca y más aún ha sido abonado por los trágicos acontecimientos del once de septiembre del dos mil uno, los cuales han dado paso a una generación universal especialmente en el mundo Occidental que vive lo que los autores contemporáneos han denominado sociedad del miedo, fenómeno presente ahora en el siglo XXI.

La proliferación de armas pequeñas contribuye a desestabilizar regiones, a promover y prolongar conflictos, a obstruir programas de ayuda humanitaria, a socavar iniciativas de paz y a exacerbar las violaciones a los derechos humanos.

Con estas cifras y realidades que vive el planeta en concordancia con la realidad de nuestro país en el entramado jurídico que ha armado la Función Legislativa me ha llevado a escribir responsablemente sobre este tema por cuanto no existe bibliografía nacional actualizada sobre este tema y la bibliografía internacional es muy escasa y no se adecua en muchos casos en nada a la realidad jurídica ecuatoriana.

Expresaba en el párrafo anterior mi disconformidad con la Función Legislativa porque esta no solo ha auspiciado reformas parches e incoherentes al Código Penal, Código de Procedimiento Penal sino ha extendido ahora sus espurios tentáculos a otros cuerpos legales como la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios. Tal ha sido el descalabro de la función judicial que por error o ignorancia ha despenalizado ciertos delitos, ha creado ciertas figuras penales inconstitucionales o ha creado terribles discordancias penales las cuales han dificultado el trabajo de aplicación de la Ley Penal no sólo para la Función Judicial, sino también para los profesionales y estudiantes del Derecho, verbigracia, la híbrida declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme, embrollo que se generó primeramente en el trabajo mal hecho del Congreso Nacional.

Así mismo, señalo que en lo tocante a este tema existen incoherencias de diverso tipo desde la violación de preceptos constitucionales hasta la contradicción de principios y doctrinas penales evidentes tales como la presunción de inocencia de una persona.

El endurecimiento de penas sin un fundamento legal acorde a las realidades jurídicas sociales que vive un Estado no es la solución para la reducción de la fabricación o tenencia ilegal de armas, ni para la disminución de otros delitos y así lo han demostrado otras sociedades más avanzadas con sistemas jurídicos más seguros y eficaces que el ecuatoriano, los cuales tienen en sus sistemas implementados hasta la pena de muerte y por ello sus tasas de criminalidad no han disminuido y en muchos casos las conductas delictuales se han convertido en aberraciones que las podemos leer en la prensa internacional todos los días cometiéndolos, a sabiendas de que estos sujetos conocen de antemano la pena que recibirán y sin embargo concurren en la ejecución del delito.

Más aún, en nuestro sistema judicial tan corrupto, siendo las investigaciones fiscales y procesales, tan ligeras que se llevan a cabo en los procesos penales, así como la falta de garantías básicas en el proceso judicial hacen muy peligroso el endurecimiento de las penas y no es que me encuentre en contra de este camino, empero debido a lo imperfecto de nuestro proceso penal no es viable realizarlas en este momento acorde con la realidad histórica que vive el país.

Corroborar mi afirmación anterior, el hecho de que meses atrás se inició una campaña nacional para informar a los habitantes el endurecimiento de penas por tenencia legal de armas y a continuación de esto con la aplicación ya en firme de la Ley se empezaron a realizar por parte de las Fuerzas Armadas operativos “sorpresas” en las principales ciudades del Ecuador para incautar

armas sin el correspondiente permiso, sin embargo como ocurre con toda iniciativa en este país los operativos así como la euforia de las fuerzas del orden se terminaron con el transcurrir de las semanas hasta que al día de hoy 1 de octubre del 2006 se han extinguido totalmente y los delincuentes se pasean portando diferentes clases de armas, habiéndose endurecido las penas, sin el correspondiente permiso y sin el control de las autoridades del orden, por cuanto la reforma se constituye una vez más en una utopía jurídica de las tantas que existe en el Ecuador donde se llevan preso a un pobre guardián comunitario de una ciudadela por portar una vieja escopeta nacional, muchas veces sin cartuchos mientras la tenencia ilegal de sofisticadas y armas de prohibida importación en manos de delincuentes campea.

Vale aclarar que el código penal ecuatoriano sanciona con reclusión de acuerdo al delito cometido a todas las personas que portaren armas sin el respectivo permiso, sea cualquiera su clase social, por lo tanto esta situación se debe, si bien es cierto, a la mala legislación de la leyes y también a su mala aplicación por parte de los mecanismos de control.

EL AUTOR

ANÁLISIS DEL TEMA.-

Por encontrarse nuestro país atravesando una ola de violencia e inseguridad generalizada, el Congreso Nacional “reflexionó” sobre tal sensible situación, con el fin de encontrar el modo de prevenir en lo posible la comisión de delitos violentos se procedió al endurecimiento de las penas para el delito de portar, o la tenencia ilegal de armas de fuego.

En este sentido, el pleno del Congreso Nacional con el fin de combatir la venta ilegal e indiscriminada de armas de fuego y el uso ilegal de explosivos aprobó meses atrás en segundo debate un proyecto de reformas al Código Penal y a la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios.

El proyecto determinaba que quien establezca o mantenga depósitos de armas o municiones de uso militar o policial y de cualquier otro tipo, sin autorización legal de autoridad competente, sería reprimido con reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de mil a cinco mil dólares, de acuerdo a la infracción cometida al criterio del juez.

Quien fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojare, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, sustancias o materiales destinados a su preparación, con el fin de cometer delitos contra la seguridad de las personas o de los bienes, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y de ocho a doce años, según la gravedad del delito y adicionalmente se establecía en el proyecto una multa de mil a cinco mil dólares.

Si por los hechos indicados se produjeren lesiones a personas, se impondrá el máximo de la pena; y, si resultare muerta una o más personas, la sanción será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años y multa de mil a cinco mil dólares. Si afectaren a bienes, además de la pena señalada, el autor del delito será condenado a la indemnización de los daños y perjuicios.

El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas es el organismo encargado de entregar el permiso para portar armas; esta obligación se extiende a las armas reconocidas como de caza y a las demás que se empleen en industrias y oficios, así como para usos deportivos.

Los particulares que sin el permiso necesario y sin la debida explicación, portaren armas de uso militar o policial serán sancionados con prisión de uno a cinco años y, los que tuvieren antecedentes penales, con reclusión menor de tres a seis años y las multas que se determinan en la referida Ley.

Los fabricantes de armas, explosivos y municiones de cualquier tipo, deben registrar sus fábricas o talleres en la Dirección de Logística del Comando Conjunto e informar mensualmente sobre la cantidad, tipo, calibre y características de las armas producidas y el código asignado a cada una de ellas de acuerdo a lo estipulado en el proyecto de Ley.

Se prohíbe a los particulares tener en sus domicilios, bodegas o instalaciones, materiales y explosivos que constituyan elementos de peligro para las personas y propiedades y que deben ser guardados o almacenados en lugares y sitios técnicamente adecuados, para evitar los trágicos accidentes de todos los años, especialmente para las fiestas de año nuevo.

Quienes tengan en su poder cualquier tipo de armas de fuego, municiones, explosivos, accesorios y su correspondiente materia prima las registrarán en la Dirección de Logística del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, dentro de los ciento veinte días siguientes a la publicación de esta Ley.

También se deberán registrar las personas que importan armas con fines deportivos. El proyecto estuvo en debate dos semanas, fue remitido al Presidente de la República, Dr. Alfredo Palacio, el cual lo sancionó sin realizar ninguna objeción al proyecto original y este fue promulgado y publicado en el Registro Oficial No. 231, del 17 de marzo del 2006 reformando los antes mencionados cuerpos legales.

Con relación al endurecimiento de penas relativas a la conservación de explosivos, prescritas en el Código Penal en su Título V "De los Delitos Contra la Seguridad Pública", Capítulo II, desde los artículos trescientos setenta y tres al trescientos setenta y seis, indico que no son materia de este trabajo monográfico, por cuanto la naturaleza misma del delito concerniente a la tenencia de explosivos es distinta a la tenencia ilegal de un arma, por cuanto la manipulación, uso o tenencia de este objeto resta piso a la presunción de inocencia, por cuanto se trata de algo que no es de uso común - como se prescribe en el actual Código Penal reformado - sujeta al endurecimiento de su pena.

1.1-Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Progresos Alcanzados en la Ejecución del Programa de Acción para Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras (celebrada en Nueva York, 26 de junio – 7 de julio del 2006).-

Las armas pequeñas y ligeras son objeto de dos instrumentos de la ONU: el Programa de Acción sobre Armas Pequeñas y Ligeras (2001) y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego (que entró en vigor en julio del 2005).

El Programa de Acción (PA), aprobado por la primera Conferencia de la ONU sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en todos sus aspectos (2001) es un marco global y nacional que contiene, entre otras, las siguientes medidas concretas que los Estados se han comprometido a aplicar para detener la proliferación de armas pequeñas: el fortalecimiento de la legislación nacional, los controles de transferencia de armas pequeñas y ligeras, la destrucción de las armas confiscadas, expropiadas o recogidas y la promoción de la cooperación internacional para localizar y destruir este tipo de armas.

La "Conferencia pronunciada en la ONU sobre los Progresos Alcanzados en la Ejecución del Programa de Acción para Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras" (Nueva York, 26 de junio - 7 de julio de 2006) fue la primera oportunidad formal para que la comunidad internacional conozca y evalúe los progresos alcanzados en la aplicación del PA de 2001 y los compromisos no implementados, identificando aquellos problemas que han impedido su implementación y formularon recomendaciones para hacerles frente.

1.2 ANTECEDENTES JURÍDICOS.-

Hoy en día la persona que tiene en su poder un arma sin la debida autorización, es un elemento de gran peligrosidad, ya que la sola tenencia y más aún el portar un arma, hace presumir que el individuo potencialmente está dispuesto a usarla, conllevando a una situación de riesgo implícito y aunque "si bien no ha cometido un delito", el solo hecho de portar un arma sin permiso, violando las Leyes generan una situación de peligrosidad.

El ilícito de la tenencia ilegal de armas de fuego se encuentra previsto doctrinariamente como un delito contra la seguridad pública -no se lo dice expresamente pero así lo clasifican los tratadistas penales en todo el mundo- y específicamente tipificado en el artículo 31 de Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios.

Es una figura de peligro abstracto pues no es necesario la producción de un daño concreto, por tanto se entiende que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente (lo cual perjudica el esquema finalista del Código Penal así como sus postulados mínimos y garantías; de bien jurídico real, invirtiéndose la presunción constitucional de inocencia). Así, la Ley sanciona con pena privativa de la libertad no mayor de tres ni menor de seis años a aquél que entre otros tiene en su poder armas, municiones o materiales explosivos, o materiales destinados para su fabricación.

No obstante la comisión del ilícito que se analiza es una figura de peligro abstracto, resultaría absurdo que la posesión o mero uso del arma sin encontrarse autorizado legalmente, fuese el único sustento para efectuar un juicio de reproche de la conducta del sujeto infractor, es decir, para entender que el ilícito se ha perfeccionado, pues ello constituiría responsabilidad objetiva que a la luz de lo dispuesto en el Código Penal vigente se encuentra proscrita.

Si ello fuese así, el análisis probatorio de la conducta del sujeto se circunscribiría al acto de incautación del arma sin la correspondiente autorización junto con la conformidad de ambas circunstancias por el imputado lo cual satisfecería el aspecto subjetivo del tipo, resultando sin lugar el proceso penal. Pues dichos aspectos se acreditarían sin mayor esfuerzo en la investigación preliminar. Entendido ello así, el proceso penal resultaría meramente formal, deviniendo absolutamente lógica y necesaria la condena ante la simple tenencia o posesión del arma.

Sin embargo, el verbo rector en del delito de tenencia ilegal de armas de fuego requiere “... *tener en poder ...armas...*”, lo cual de un lado exige una posesión permanente de más de un arma y correlativo a ello, a la persona que sin ánimo de usarla a sabiendas que carece de la licencia por parte del Jefe del IV Departamento del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas o sus delegados, excluyéndose por exigencias de razonabilidad, el uso momentáneo y necesario para conjurar un peligro (circunstancia de necesidad apremiante) conforme se explica líneas adelante; sin embargo, la definición de tenencia a su vez remite a la teoría de la posesión que explica la Doctrina del Derecho Civil, exigiéndose la concurrencia de elementos tradicionales del acto físico de la tenencia de la cosa junto del ánimo de conservarla para sí.

Finalmente en cuanto a este extremo, el principio constitucional de legalidad plasmado en el Art. 24 No. 1 y 3, exige la existencia de la descripción expresa e inequívoca como infracción punible del hecho que se reputa delictivo, no cabiendo ninguna interpretación desfavorable, para definir como error de la voluntad del legislador el haber plasmado como imputable penalmente la posesión de ARMAS, debiéndose interpretar valederamente que se sanciona sólo a quien posee más de una, lo cual crea además una mayor convicción de peligro social que pretende evitar la Ley luego, la mera tenencia de una sola arma, no encuentra sustento de tipicidad, resulta sumamente razonable que se haya incluido como delito la tenencia ilegal de armas de fuego para evitar el almacenamiento de armas que se podrían ser utilizados con fines delictivos.

Considérese además que el tipo con relación a los otros objetos que crean peligro siempre señala que debe ser más de uno, así se refiere a “armas de fuego”, “municiones” o “explosivos”, “accesorios” o “materiales destinados para su fabricación” por lo que inclusive un análisis literal y teleológico de la norma nos remitiría igualmente a la sanción penal por la tenencia de más de una.

El principio de legalidad cuyo postulado más importante se encuentra resumido en el latinazgo romano “*nullum crimen nullum poenae, sine legis*”, exige que toda conducta reprimible penalmente debe encontrarse previa e

inequívocamente detallada en el Código de la materia para que exista como delito. Dicha exigencia de legalidad se encuentra prescrita en los artículos 1 y 2 del Código Penal que se traduce en la exigencia de que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la Ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella y así mismo no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

La importancia de dicho mandato es fijar un límite jurídico al poder de persecución penal por parte del Estado, creando certeza legal en los ciudadanos quienes deben tener total seguridad acerca de cual es la conducta que el Estado reprime, pues las personas sólo deben de limitarse a dejar de hacer lo prohibido, ya que fuera de ello, todo está permitido, tal y conforme lo señala la Constitución Política del Estado.

Se advierte asimismo la importancia de las exigencias de legalidad penal al haberse plasmado en la Norma Suprema (artículos 24; 2 y 11 del Código Penal) la cual señala que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley. Lo mismo con lo prescrito en el artículo 4 del Código Penal que prohíbe la interpretación extensiva de la Ley penal, y como consecuencia de todo este análisis, resulta ilegal que se condene a una persona que sólo tiene en su poder una sólo arma de fuego, lo cual viene ocurriendo constantemente en la praxis diaria, judicial, verbigracia: el operativo denominado impacto del 31 de octubre de 2006.

Es imprescindible además que se vulnere el bien jurídico *Seguridad Pública* debiéndose perfeccionar un peligro real e inminente para la sociedad con la mera posesión o tenencia de armas por parte de la persona, lo cual excluye el uso breve y momentáneo que hace el autor ante un estado de necesidad o con finalidad de legítima defensa, considerando el suscrito que en dicho ilícito debería concurrir conjuntamente otro cúmulo de circunstancias que acrediten la inminente peligrosidad por parte del sujeto, la misma que se vería potenciada por la posesión de las armas en cuestión, lo cual haría inviable la seguridad pública.

En tal sentido, distinto es el caso de aquellos sujetos que se encuentran hurtando o cometiendo ilícitos y se les halla en posesión de armas de fuego que aquél que caminando por la calle encontró un arma y se la guardó en el bolsillo. En otro orden de ideas, es bueno recordar que la Ley faculta la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros y de cualquier índole. (artículos # 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 del Código Penal).

El delito de tenencia ilegal de armas por ser también un delito de acción requiere de un mínimo de continuidad en la posesión de armas, que implica no sólo la relación material del sujeto con tal instrumento, sino la conciencia y voluntad de que la tenencia se produce sin las licencias para portar armas

correspondientes. De esto se advierte, que la relación material entre la posesión del arma no debe suceder de manera esporádica y circunstancial pues la tenencia fugaz y momentánea, se halla excluida del tipo penal submateria¹. **(1)** En tal sentido T.S. Vives, Derecho Penal Parte Especial, España-Valencia Tirant le Blanch 2da Edición, Pag. 182.

Además, reforzando el concepto del bien jurídico tutelado, se requiere la existencia de peligro común para las personas o los bienes que debe entenderse como un peligro de orden colectivo desde que los medios que se señalan, por su propia naturaleza tienden a superar un peligro de orden individual. La tenencia de más de una y a manos de una persona peligrosa, razonablemente permite entender que el riesgo social aumenta.

En el mismo orden de ideas, es del caso precisar que la Seguridad Pública, es el conjunto de condiciones garantizadas por el orden público, necesarias para la seguridad de la vida, de la integridad personal y de la salud, como bienes de todos y cada uno, independiente de su pertenencia a determinada persona, siendo el concepto de peligro común aquel en el que las posibilidades de dañar bienes jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas que son titulares de ellos, amenaza a los de toda una comunidad o colectividad; **(2)** Carlos Creus², Derecho Penal Parte Especial Tomo 2, 3ra Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, Pag. 2. Sin embargo, si el uso de la misma sirve para evitar una desgracia de mayores consideraciones lejos de desproteger la seguridad pública, se pone a cubierto tal valor social.

Cabe hacer asimismo un análisis sistemático de lo estatuido en el Artículo 272 de la Constitución Política del Estado, que señala que la Norma Suprema prevalece sobre toda otra norma legal, la Ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente; el mismo cuerpo de Ley que señala que los jueces están obligados, al advertir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, a preferir la primera y finalmente dentro de tal interpretación analizar que el Art. 3 de la Norma Constitucional establece como postulado de primer orden la defensa de la persona, por lo que a la luz de tales enunciados y las reformas a las citadas Leyes, por ser de inferior jerarquía al tener únicamente el rango de Ley, para restringir el uso de la legítima defensa a cuestiones de índole administrativo, en consecuencia, si se acredita plenamente que el uso del arma tiene fines de defensa y fue un uso momentáneo a fin de evitar vulneración de un bien jurídico de mayor valor, sobre todo habiendo sido el único medio racional, viable y al alcance de la mano para conjurar el peligro; también nos encontraremos fuera de la calificación delictual del presente ilícito.

Como un dato de la realidad debe de tenerse en cuenta que si se hace un uso indiscriminado e irracional del tipo previsto en el Art. 31 Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, podría caerse en el absurdo de sancionar en contra de la realidad. Me explico, la condición para obtener la licencia ante del Jefe del IV

¹ En tal sentido T.S. Vives, Derecho Penal Parte Especial, España-Valencia Tirant le Blanch 2da Edición, Pag. 182

² Carlos Creus, Derecho Penal Parte Especial Tomo 2, 3ra Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, Pag. 2

Departamento del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas o sus delegados, (conforme al Reglamento a la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios).

Lo último es más grave, aunque también se puede considerar muchos otros aspectos como la intención de tener un arma guardándola para obtener la autorización cuando se desee portarla. Todo de lo cual se advierte que existen vacíos que deben operar a favor del imputado.

Téngase en consideración al respecto que luego de los delitos patrimoniales una de las figuras con mayor incidencia delictual es justamente la tenencia ilegal de armas de fuego, no siendo pocos los casos en los cuales se decreta la detención de los imputados en atención a la grave penalidad que el tipo establece.

Todo lo antes vertido podría haber quedado plenamente solucionado si aplicáramos el “principio de lesividad” para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin causa justa, el bien jurídico tutelado, lo cual invita a un examen más concienzudo del caso concreto, debiéndose valorar además que al no encontrarse proscrita la adquisición de armas de fuego nadie se encuentra prohibido de comprarla, y cuando desee portarla, en todo caso sí deberá contar con la autorización respectiva, a menos que se produzca una circunstancia grave que exija su uso con fines de legítima defensa.

Concepto de tenencia y de portar armas de fuego.-

La tenencia y portar armas de fuego sin la correspondiente licencia, son términos asimilados como sinónimos sin embargo el concepto de tenencia de armas de fuego se define como la acción de tener de la cosa físicamente sea por mantenerla corporalmente en poder del autor, cualquiera sea el origen o la razón o finalidad consumándose el hecho con la sola acción de tener el objeto sin autorización o licencia, aún cuando no se la emplee para fines ilícitos; en síntesis, la tenencia implica que el arma se encuentre dentro del ámbito de custodia del causante, pudiendo ejercer sobre la misma un poder de hecho tal que le permita por sola voluntad y sin necesidad de intervención de terceros disponer físicamente de ella.

El portar armas de fuego no sólo implica la tenencia sino la presunción del uso de la misma para la realización de alguna actividad que por regla general se sospecha ilícita, y aunque se cuenta con el permiso correspondiente emitido por la autoridad competente se presume que en algún momento dado se podría utilizar para el fin obvio para lo cual está creada un arma de fuego.

Por otra parte, debemos recordar que la autorización de tenencia de un arma no implica su titularidad de dominio. Es cierto que en la mayoría de los casos, la figura del tenedor de un arma de fuego coincide con la de su

propietario o titular de dominio, pero existen casos en que no es así; basta con que pensemos en los casos de una sucesión en la que los herederos son menores de edad (por ende, no pueden ser legítimos propietarios ni, por tanto, tenedores de armas), o en el régimen de gananciales de los bienes de la sociedad conyugal. En este, y en otros casos, la figura del titular de dominio se escinde de la de su tenedor autorizado.

Sintetizando lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que la tenencia de un arma consiste en la acción de disponer del arma dentro del ámbito de custodia del causante, pudiendo disponer físicamente de ella sin recurrir a terceros, por su simple voluntad.

Concepto de permiso para portar armas de fuego.-

El concepto de autorización o permiso para la tenencia de un arma de fuego es más estricto y restringido. La jurisprudencia ha llevado a definirlo como aquella autorización que otorga el Estado a través de la autoridad competente, de modo que un legítimo usuario posea un arma de forma legal produciéndose el hecho de disponer, en un lugar público o de acceso público, un arma de fuego cargada, en condiciones de uso inmediato.

Es la voluntad de sustraer del conocimiento del Estado la existencia de un arma de fuego el elemento configurativo de este delito. El Estado, que por definición ostenta del monopolio de la fuerza, necesariamente debe tomar conocimiento de la existencia de armas de fuego, siendo menester que pueda individualizar a sus tenedores. La seguridad pública le impone tal obligación.

Elementos jurídicos que conllevan el hecho de portar armas de fuego.-

Es decir, el portar un arma de fuego, conlleva dos elementos característicos:

1) En primer término, en cuanto hace a las condiciones de inmediatez de uso, lo que implica que el arma debe estar cargada y dispuesta para ser utilizada; en segundo lugar, el ámbito espacial (lugar público o de acceso público, sin embargo que la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios y su Reglamento, prohíbe su tenencia en lugares donde exista un conglomerado de personas).

Tal delimitación espacial no tiene consecuencias meramente doctrinarias, sino eminentemente prácticas. Por ejemplo, el hall de entrada de un edificio de propiedad horizontal no puede ser considerado un lugar público. Otro tanto podría decirse de una confitería o cualquier otro local comercial.

2) El otro elemento utilizado para definir el hecho de portar armas de fuego apunta, no al elemento espacial, sino a las características de inmediatez de uso.

Ninguna duda puede existir en aquellos casos en que, encontrándose el arma cargada, se verifica el hecho en el ámbito espacial indicado: el individuo.

Podríamos, entonces, preguntarnos, por qué se hace alusión a las condiciones inmediatas de uso, como algo distinto a un arma cargada.

Supongamos el caso de una pistola descargada, pero con el cargador completo ubicado junto al arma: se encontraría en condiciones de uso inmediato, pese a no encontrarse cargada.

Demás está decir que no puede enumerarse toda la casuística observada en el ámbito jurisprudencial o administrativo en materia de portar armas de fuego; pero sí podemos coincidir en que el concepto antes apuntado es el que define correcta y unívocamente el portar armas de fuego como conducta.

Así, podemos decir en conclusión, que resulta ser portador legítimo aquella persona debidamente autorizada por la autoridad competente para tener en un lugar público o de acceso público un arma de fuego cargada o en condiciones inmediatas de uso, cuando existan razones que lo justifiquen de acuerdo a lo prescrito para el caso en la Ley y en la forma de uso señalada por ella.

A tal conclusión ha arribado la Comisión Segunda de Legislación Penal de las VI Jornadas de Derecho y Ley de Armas de Septiembre de 1999.

Lo contrario a este tipo de conductas, es la tenencia y el portar ilegalmente armas y en consecuencia es necesario analizar el tipo penal de esta conducta delictiva, es decir la descripción que hace el legislador de la conducta prohibida y sancionada con una pena, toda vez que es necesario tener en cuenta la seguridad pública como bien jurídico protegido por la norma.

LA LEY PENAL EN ESTE CAMPO.-

En la actualidad en el Código Penal en el Libro II bajo el nombre de Delitos Contra la Seguridad del Estado, regula todas aquellas conductas que alteran la pacífica convivencia de una sociedad y se encuentran tipificados los delitos de instigación pública a delinquir, apología pública de un delito, asociación delictuosa, los delitos contra la trata de personas, de los delitos contra el sufragio, de los delitos contra la igualdad racial, de los delitos contra los presos, de los delitos contra las garantías constitucionales, entre otros.

Pero en este cuerpo legal penal, no se encuentra como sería lo lógico haber hecho la reforma legal, el tipo del delito de la tenencia y portar ilegalmente armas de fuego, es decir, no existe la descripción que hace el legislador de la conducta prohibida y sancionada con una pena y se encuentra en otro antiguo cuerpo legal que ha recibido un "honorable" parche con el fin de normar y regular todos los aspectos inherentes a la tenencia de armas de fuego para reducir la criminalidad y asegurar así de alguna forma la tranquilidad pública.

No es sino la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios y su Reglamento que como cuerpos legales “especializados” y apartados establecen el derecho al propietario, para portar armas de fuego y la obtención del permiso de manera obligatoria que norma la tenencia y uso, las licencias otorgadas a particulares para seguridad personal, o policial de seguridad física de instalaciones y transporte de valores, a particulares con fines comerciales, de importación, colección y de caza animal y particulares con fines deportivos.

CONCEPTO DEL DELITO EN GENERAL Y SU RELACIÓN A LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO TENENCIA ILEGAL DE ARMAS.-

Dentro de este punto y para clarificar aún más mi posición con relación a la tenencia ilegal de armas es necesario refrescar ciertas nociones del derecho penal clásico y asociarlas a nuestro tema en cuestión.

El concepto de delito ha experimentado un cambio sustancial a través del tiempo. Originalmente lo singulariza el daño que causa, por lo que responde a la responsabilidad criminal entre los pueblos.

El delito de portar armas sin permiso y el daño del uso de ella son parecidos, y de ello derivan consecuencias importantes, en primer término sólo se sancionan los delitos consumados. Y en el caso específico de la tipificación de la tenencia ilegal de armas estos conceptos son aún más claros- justamente porque no causan daños.

Luego después, como basta el hecho dañoso para que el delito se configure, no se atiende para sancionarlo a su dinámica psicológica, a la intención del sujeto, en nuestro caso al uso ilegal del arma. Es por eso indiferente que el acto dañoso haya sido cometido con dolo o con culpa, o que el mal resulte de un caso fortuito.

El factor subjetivo (que se va a hacer con el arma de fuego sea con o sin permiso) en el cometimiento de este delito nace a la vida en forma clara, definida y sistemática en el Derecho romano, y la antigua doctrina penal, la cual distinguió dos aspectos o planos fundamentales que integran el fenómeno delictivo: el material y el moral o psicológico, el primero representado por la acción y el segundo por la voluntad. La doctrina penal moderna ha venido a fraccionar el aspecto material.

La escuela clásica del derecho, imbuida en concepciones filosóficas, enseñó que el delito es un ente jurídico, producto del libre arbitrio humano, y afirmó que la pena es aplicable al delincuente debe guardar relación con la objetividad del hecho; la pregunta que en este punto me hago es: ¿habrán sido los legisladores consecuentes con este principio legal de aplicar una pena justa en cuanto a la penalización de la tenencia de armas? La escuela positiva por su parte, subordina el carácter jurídico del delito a su consideración bio-sociológica y estima que siendo la resultante de múltiples factores de diversa índole, hay

que sancionarlo no tanto en la atención a su gravedad material como a la peligrosidad del delincuente y aquí cabe otra reflexión como la de qué grado de peligrosidad puede tener un humilde cuidador de carros que porta una escopeta vieja y sin cartuchos que usa para en algo amedrentar a los delincuentes y como herramienta de trabajo para ganarse el pan diario. Pero vale recalcar que si el individuo es demente o tiene desviaciones en su conducta no es aplicable la sanción.

Dentro de este punto hay que hacer un análisis más pormenorizado de los elementos que conforman el delito pero en forma general siendo estos esenciales y accidentales o circunstanciales. Los primeros constitutivos del hecho punible, se subdividen en genéricos y específicos.

Son genéricos los comunes a todo delito e indispensables para su existencia como tal, y específicos los que configuran cada tipo delictivo en particular, permiten diferenciarlo de los demás o establecer que una acción no es delictiva.

Las circunstanciales representan simples peculiaridades de determinados delitos, no alteran su esencia y el legislador los agrega, sea para la mejor comprensión de los hechos que sanciona, sea como factores que modifican su gravedad objetiva, presupuestos que no se cumplen en la tipificación del delito que estamos desarrollando por cuanto la estructuración por parte del legislador ecuatoriano en este caso no puede calificarse de antojadiza.

Conforme a la definición material del delito que hemos dado, los elementos genéricos que lo integran son la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la amenaza penal; al realizar el endurecimiento de las penas de la tenencia ilegal de armas el legislador modificó el último de estos elementos, olvidándose de los otros elementos, los cuales también debieron ser modificados para que la norma penal guarde una coyuntura armónica entre sí de todos sus elementos, por eso los doctrinarios indican que al referirse a los elementos del delito, es preciso tener presente que siendo este una unidad monolítica, no puede ser desintegrado sin dejar de ser tal, lo cual es lo contrario al trabajo que ha hecho nuestro legislador en la reforma.

Mas aún parece ser que nuestro ignaro legislador quiso equiparar este delito al prescrito desde hace muchos años atrás en el Código Penal bajo la tipificación del ABUSO DE ARMAS DE FUEGO, delito que si se encuentra bien estructurado y con una pena justa, acorde a lo explicado en párrafos anteriores en el desarrollo de este tema, sin embargo la penalización que sufrió en el Ecuador la tenencia ilegal de armas está ahora casi equiparada a la antes mencionada conducta delictiva donde el legislador mezcla los conceptos de portar un arma y usarla. Así mismo, recojo de este punto una idea que dejé inconclusa en un punto anterior, acogiéndome a los principios de hermenéutica legal prescritos para el efecto en el Código Civil, la tipicidad del delito también está mal redactada por cuanto claramente se habla de ARMAS en plural y no la de portar un arma en singular, que significaría esto acaso, que si podría portar o

sería el permisible el poseer una sola arma, acogiéndome a la prohibición de la Ley penal que prohíbe la interpretación extensiva en el campo penal.

EL DELITO DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS COMO ACCIÓN.-

Analíticamente considerada, en el hecho de la tenencia ilegal de armas, se distinguen tres aspectos: el movimiento corporal, o la abstención en su caso; el resultado y el nexo causal que enlaza aquellos con éste y que vamos a explicar a continuación.

A- Piedra angular del delito

Su aspecto sustantivo, la acción en sentido amplio es la "exteriorización de la personalidad de su autor"³ (3) Fontán Balestra, que se manifiesta, en forma positiva, por un movimiento corporal que produce o tiende a producir un cambio en el mundo externo (comisión, o acción en sentido estricto), o, en forma negativa, mediante una inacción (omisión).

Pero la acción, aisladamente considerada. desconectada de los restantes elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), es un concepto neutro, carente de significación jurídica; en otras palabras, siendo el aspecto material básico del hecho punible, es penalmente irrelevante si se la desliga de los demás elementos genéricos del delito en general.

Para la existencia de la acción, en este caso la tenencia de un arma de fuego, no es indispensable, desde el punto de vista jurídico-penal, la efectiva realización de un cambio en el mundo exterior; es suficiente la posibilidad de que sobrevenga, y así se explica que queden sujetos a sanción no sólo los delitos consumados sino también la tentativa y el delito frustrado y es aquí donde el legislador no diferenció y más bien equiparó al abuso de armas con la tenencia ilegal de la misma.

Tampoco es indispensable que el agente la ejecute mediante su propio esfuerzo corporal, pues lo mismo da que para la producción del resultado se valga de fuerzas o energías que él ponga en movimiento. Por ejemplo, azotando a un perro para que muerda a alguien o preparando un arma para que se dispare bajo cierta circunstancia.

³ CARLOS FONTAN BALESTRA, DERECHO PENAL, ARGENTINA, 1957, EDITORIAL ABELEDO PERROT, PAG#56.

Elemento predominantemente objetivo, la acción típicamente antijurídica representa el plano o aspecto material de la infracción. A la acción suele designársela también con los nombres de conducta, acto o hecho. Veamos la posible equivalencia de estos términos.

La conducta, como ejecución efectiva de la voluntad, se desenvuelve psicológicamente en una serie de acciones, en un comportamiento, de suerte que abarca mucho más que la acción en la forma en que estamos considerándola., según Carlos Fontan.

Tampoco debe confundirse la acción con el acto, esto es el portar una arma sea legal o ilegalmente a dispararla. Aquélla es susceptible de presentarse en forma simple o compleja. Cuando es simple, ambos conceptos coinciden; pero es de ordinaria ocurrencia que sea compleja, que se descomponga en un cierto número de segmentos o actos, esto es, en una multiplicidad de movimientos corporales, sin que por ello se altere su naturaleza jurídica.

La unidad ontológica de la acción se mantiene porque los distintos actos o segmentos representan una situación única, se desenvuelven dentro de una unidad espacial y temporal, como acontece, por ejemplo, en la falsificación de monedas. El acto, respecto de la acción, se encuentra en relación de parte al todo, lo que no necesariamente acontece en el delito de la tenencia ilegal de armas.

Por hecho, en cambio, se entiende todo acaecimiento de la vida, provenga o no del hombre o mejor, como dice el famoso doctrinario penalista Carnelutti, hecho es un segmento del devenir, encerrado entre una situación inicial el principio, y otra final, el evento o resultado. Es un todo unitario que va, verbigracia, desde la caída de un árbol a la muerte de una persona, aplastada por él o en nuestro caso específico desde el portar un arma hasta la muerte de una persona por el disparo de esa arma.

Puede provenir, según se dijo, de la naturaleza o del hombre, a diferencia de la conducta, de la acción y del acto, referidos exclusivamente a la actividad humana. Dentro de la teoría de la acción, ésta admite ser considerada desde varios puntos de vista. Uno de ellos es el concepto puramente naturalista que hemos dado de la acción, que se exterioriza en un movimiento corporal o se manifiesta en una inacción, la cual podría incluso configurarse en la no obtención del permiso para portar un arma legalmente. Ocupando una posición antagónica se encuentra la teoría de la acción finalista, cuyo principal expositor es el penalista alemán Hans Welzel. Destaca este autor el hecho de que la acción es una conducta humana dirigida a un fin, un acontecer finalista y no puramente causal, en este caso el tener un arma es para usarla.

La finalidad supone la intervención de una voluntad consciente del fin que se persigue, por lo que incluye el dolo dentro de la acción, haciendo así inseparables los aspectos material y subjetivo del delito. La concepción finalista de las acciones dolosas obliga a una separación entre éstas y las culposas.

La acción, comportamiento humano en el mundo externo, a diferencia del hecho natural, se desenvuelve en dos momentos inseparables: uno psicológico y otro material, lo que no es más que una manifestación de la interdependencia -demostrada por la moderna Psicología- entre lo psíquico y lo fisiológico.

De esto se desprende que no quedan comprendidos dentro del concepto de acción los actos del hombre que no sean el producto de la autodeterminación

de su espíritu, como los reflejos (un disparo que se escapa de un arma de fuego y hiere a alguien, por ejemplo) y los ejecutados durante el sueño o bajo el imperio de una fuerza irresistible, en la doctrina esta última clase de actos se llaman la "vis absoluta", por ejemplo, ejecutar el asesinato de alguien para salvar la vida de un familiar secuestrado.

B- La conducta pasiva u omisión o acción esperada desde el punto de vista normativo

Consiste en la ausencia de realización del acto esperado y legalmente exigible indica el tratadista Del Río, en la falta de ejecución de un acto positivo que se tiene el deber jurídico de efectuar. Porque la concepción puramente naturalista de la omisión como un no hacer, la simple inercia, es insuficiente para constituir delito sino va acompañada del deber jurídico de obrar. Por lo mismo que la omisión no consiste en una mera inactividad, sino en un no hacer algo a que se está obligado por un mandato de hacer, es que aparece su carácter normativo incluso con más evidencia que en la comisión, este el caso del que hablamos anteriormente al referirnos a los delitos en negativo o de omisión, el cual es no sacar el permiso para portar el arma de fuego, cuando se está en la obligación legal de hacerlo.

Pero cabe tener presente que no es la forma como se exterioriza el comportamiento la nota jurídicamente más característica de la comisión o de la omisión, sino la naturaleza del precepto violado: prohibitivo, de no hacer, en aquélla; imperativo, de obrar o hacer, en ésta. Hay quienes piensan, sin embargo, que la razón de ser de esta distinción es muy relativa, por cuanto todas las normas incriminatorias se traducen en un imperativo, que puede consistir en un hacer o en un no hacer.

C- Íntimamente ligado a la acción

Su complemento indispensable, el resultado consiste en la producción del evento inmediato que de ella deriva o en el peligro de que eso ocurra. La conjugación de ambas entidades es lo que da vida al delito como ente objetivo. De lo anterior se desprende que el resultado puede ser real o potencial, distingo que permite dividir los delitos en dos categorías: de lesión o de daño y de peligro.

El resultado es una consecuencia de la acción, pero no una consecuencia cualquiera sino la que encuadra en la figura delictiva descrita por la Ley. Los efectos ulteriores, que son incontables, pueden dar origen al delito

agotado o servir de base para la gradación de la pena. La teoría del resultado, por lo tanto, reviste especial importancia para determinar el momento consumativo del delito, ya que éste sobreviene al realizarse la hipótesis de hecho descrita en el tipo legal.

No existen delitos sin resultado, sin embargo al ser la figura del portar armas una figura muy especial esto no necesariamente se traduce en el mundo objetivo. Una acción no seguida de resultado sería jurídicamente irrelevante, pues ella tiene trascendencia penal sólo cuando se traduce en una lesión jurídica, tal como dijimos anteriormente.

Afirmar lo contrario es caer en el error de atribuir al término resultado una significación limitada exclusivamente a los fenómenos perceptibles por los sentidos y este a mi humilde criterio es el principal error que ha cometido el legislador ecuatoriano al redactar esta malhadada reforma. En realidad, el evento puede ser material o jurídico. Aquél es definido por la doctrina como una transformación, sino visible, sensible del mundo externo, físicamente comprobable; y que produce la ofensa o la lesión del interés penalmente protegido por el Estado a través de las leyes. El resultado se presenta en sentido naturalístico en los delitos materiales, y en sentido jurídico, en los formales

D- Para que una acción o una omisión pueda ser incriminada es menester un nexo o relación de causalidad

Entre aquéllas y el efecto que producen en el mundo externo, en otras palabras, que sean determinantes del resultado, por ejemplo, portar un arma y con ella cometer un delito, cualquiera que este sea, donde ya nos encontraríamos frente a la figura penal antes mencionada del "abuso de armas". En la mayor parte de los casos esa conexión es tan evidente, que verificarla no ofrece dificultad alguna"⁴ explica el tratadista penal Novoa (4).

Determinar cuándo es posible afirmar que una acción obra como causa de un resultado, en las situaciones dudosas, es cuestión que presenta dificultades y que ha dado origen a numerosas teorías como cuando porto un arma sin permiso y no realizo ninguna acción delictual con ella, sin embargo de ya estar cometiendo un delito al portarla sin tener el permiso respectivo extendido por la autoridad militar correspondiente. El criterio para establecer dicha relación en el campo penal no puede ser otro que el que en general soluciona el problema desde el punto de vista de la lógica pura, sin interferencia de conceptos o ideas que tiendan a poner de relieve la culpabilidad o la responsabilidad que afecta al procesado, porque "no se persigue con esta investigación llegar a determinar cuándo un sujeto es responsable jurídicamente de un resultado, sino sólo cuándo ese resultado le puede ser atribuido por el derecho"⁵ (5) Fontán Balestra.

⁴ EDUARDO NOVOA CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO, CHILE, EDT. JURÍDICA DE CHILE, 1960, PAG 32.

⁵ CARLOS FONTAN BALESTRA, DERECHO PENAL, ARGENTINA, 1957, EDITORIAL ABELEDO PERROT, PAG#69

No es posible, sin sustraer el problema causal del ámbito de la acción, que es donde está radicado, elaborar una noción de la causalidad amoldada a las necesidades de la ciencia jurídica; ella debe formularse con criterio lógico y con aplicación a todas las manifestaciones de la vida. Desde este punto de vista, la única correcta es la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la **

romana "conditio sine qua non", formulada en el terreno penal por el penalista Von Buri, quien la extrajo de la Lógica de John Stuart Mill y son estas circunstancias las que no fueron tomadas en consideración por nuestros legisladores, haciendo tabla rasa a las diversas razones que pudieran entrañar esta acción de portar un arma sin permiso y poniendo a cualquier razón de tenencia de armas en un sólo saco penal con una presunción de culpabilidad y con una pena, olvidando la presunción de inocencia y el debido proceso para establecer la culpabilidad o inocencia de alguien. Esta teoría parte de la base de que entre los diversos factores que concurren a la producción de un resultado, algunos ejercen un influjo de tal modo preponderante que, sin su concurrencia, éste no habría llegado a producirse.

Se les llama condiciones y se les identifica por el procedimiento de supresión mental hipotética, según el cual una condición no puede ser suprimida in mente, sin que al mismo tiempo desaparezca, como consecuencia ineludible, el resultado en su forma concreta y particular.

De acuerdo con la teoría de la equivalencia, todas las condiciones que concurren al resultado tienen igual valor, porque todas ellas han sido necesarias para que el evento se produzca. La doctrina en estudio es correcta, porque la actuación del sujeto tiene necesariamente que ser la conditio sine qua non del resultado para que sea posible afirmar la existencia del nexo causal, y carece de valor el reproche que se le dirige en el sentido de que admitida en toda su pureza conduce a graves excesos como el que se cometió con esta reforma a la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios y su Reglamento.

En primer lugar, porque la cadena causal se considera únicamente a partir de la acción del sujeto como portar el arma de fuego, y luego después, porque la equivalencia de las condiciones nada tiene que ver con la responsabilidad, salvo en los delitos calificados por el resultado, figuras anacrónicas que constituyen un resabio de la antigua responsabilidad objetiva. Supuesta la adecuación del actuar a una figura típicamente antijurídica, es el factor culpabilidad el que permitirá declarar la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal, según al agente le sea reprochable o no su acción.

Los aparentes excesos de esta doctrina se señalan particularmente en lo que respecta a la concausalidad, que de acuerdo con la equivalencia de las condiciones, no interrumpe la relación causal, pero las cuestiones que ella promueve son ajenas a la acción, aspecto del delito a que se circunscribe la causalidad.

Las teorías que contradicen la *conditio sine qua non* son doctrinas individualizadoras, en el sentido de que niegan la posibilidad de reconocer categoría de causa a cualquiera de las condiciones que concurren a la producción del resultado, por lo que es necesario discernir cuál de ellas merece ese calificativo en sentido estricto.

Entre las teorías individualizadoras han encontrado acogida en fallos de nuestros tribunales la de la causa necesaria, única y absoluta y la de la causalidad adecuada. La primera, desechada ya por ser demasiado restrictiva, estima que es causa de un resultado aquello que lo provoca o determina de un modo absolutamente necesario y rigurosamente general. La segunda, formulada por von Bar y por von Kries, parte de la diferencia entre causa y condición y considera que sólo puede ser estimada causa de un resultado aquella actividad normalmente idónea para producirlo, y se entiende que lo es cuando el resultado corresponde no sólo al actuar del agente, sino también a lo que se propuso hacer o a lo que debió prever, representaciones ambas de carácter intelectual.

La doctrina de la causalidad adecuada se enlaza, por consiguiente, con la culpabilidad, que es en último término el elemento que permite encontrar la solución en los casos dudosos. En esto consiste su defecto capital: en sustraer la cuestión causal del ámbito de la acción, que es, como vimos, donde está radicada, para transportarla a la culpabilidad, aspecto subjetivo del delito independiente de la acción y aquí podría hacer una reflexión por cuanto se podría de acuerdo a estas teorías el portar un arma sin permiso de un delito culposo o doloso, esto como lo analizamos en los párrafos anteriores dependerá de resultado de cómo culmine la acción del portar esta arma.

Las teorías de la *conditio sine qua non* y de la causalidad adecuada, sin duda las más importantes de cuantas se han ideado para solucionar el problema de la relación causal, aparecen como antagónicas, en cuanto la una atribuye igual valor etiológico a todas las condiciones que confluyen a la producción del resultado, y al reclamar la otra una discriminación como medio de destacar la que es determinante de él.

Lo dicho precedentemente tiene aplicación respecto de los delitos de acción por cuanto la relación de causalidad en la omisión, mirada en su sentido normativo, consiste en atribuir el resultado en el mundo externo a quien, teniendo el deber y la posibilidad de hacerla, rehúsa intervenir en el curso de los acontecimientos.

La doctrina penal en su mayoría y la legislación penal ecuatoriana, omitió referirse al problema de la causalidad y la única disposición que a primera vista pudiera estimarse que incide en él es la referente a la figura de la comprobación del delito de homicidio, que ordena al médico forense precisar en su informe de autopsia si la muerte ha sido la consecuencia necesaria de algún acto de tercero, en realidad es ajena a la cuestión que nos ocupa y no envuelve un pronunciamiento en favor de ninguna de las teorías sobre la materia.

EL DELITO DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS COMO ACCIÓN TÍPICA.-

Las acciones u omisiones penadas por la Ley son descritas abstractamente, como lo señalé al inicio de este análisis, por el legislador señalando sus elementos específicos y circunstanciales y con prescindencia de las singularidades que presentan los casos particulares de la vida real. "Todo delito constituye un tipo de acción, y todo tipo representa la descripción de un delito"⁶ (6) Del Río.

Estas descripciones, que nuestro Código o en este caso la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios y su Reglamento se denominan, de acuerdo con la técnica alemana, tipos penales. El delito es, entonces, un hecho típico, entendiéndose por tal el que incluye todos los elementos que integran la figura creada por la Ley, el que reproduce el esquema legal.

Ahora bien, la circunstancia de que una determinada acción coincida exactamente con un determinado tipo es lo que constituye el elemento que se conoce con el nombre de tipicidad. Esta palabra designa la adecuación, subordinación o encuadramiento objetivo de la acción ejecutada a la descripción del delito contenida en el texto legal, y representa la primera limitación que experimenta aquélla para llegar a constituir delito.

Es una mera descripción desprovista de carácter valorativo, al menos en los tipos normales, y concuerda en el fondo con la expresión "cuerpo del delito" que se emplea para designar el hecho punible. Núcleo del tipo es el verbo rector (portar armas sin permiso, matar, herir, golpear, maltratar, etc.), que indica cuál es la acción que se castiga, por lo que su presencia es indispensable.

Al configurar los delitos, al establecer los tipos legales, la Ley limita las conductas, en ocasiones, a una simple descripción objetiva, de extrema simplicidad a veces.

Así mismo, en la mayoría de los casos, sin embargo, la descripción es compleja, como se observa, por ejemplo, en el la tenencia sin permiso de armas de fuego, robo y hurto, en la calumnia, en la injuria.

Aún más, los tipos, aparte del verbo rector (tenencia de armas), y sin perder por ello su carácter descriptivo, precisan la figura delictiva incluyendo referencias a diversos elementos, a veces extra típicos: al sujeto activo del delito, al sujeto pasivo, a su objeto material. Y a ciertas modalidades de la acción que aluden al tiempo, lugar, ocasión o medio de cometer la infracción. Tal es, por ejemplo, la calidad de funcionario público –como sujeto activo-; la mujer como sujeto pasivo en la violación y en el rapto; seducción en el rapto, en los delitos del Código Penal o el portar ilegalmente un arma como lo prescribe caso la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios y su Reglamento.

⁶ ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL, RAIMUNDO DEL RÍO, CHILE, 1939,PAG. 20

Muy a menudo, sin embargo, los tipos no se limitan a una simple descripción objetiva, sino que contienen elementos subjetivos y normativos, lo que ha permitido clasificarlos, de acuerdo con una sistematización lógica, en normales y anormales. Los de naturaleza subjetiva aluden a estados anímicos del delincuente en orden a la antijuridicidad del acto, y en doctrina se les designa con el nombre de "elementos subjetivos del tipo". Representan situaciones en que la reprobación del hecho aparece condicionada por la Ley a la dirección de la voluntad del agente hacia un objetivo situado más allá de la acción material exigida para la configuración del delito.

Asimismo, en ocasiones los tipos incluyen elementos normativos, que exigen una especial valoración de la situación de hecho para que la acción típica no carezca de significado. A esta categoría pertenecen, entre otras, las siguientes expresiones usadas por la Ley; ilegal y arbitrariamente; indebidamente; injusta; sin derecho; infracción de los Reglamentos; prohibidas por la Ley o por los Reglamentos; sin motivo justificado; fuera de los casos permitidos por la Ley; sin autorización legítima; dentro de esta clasificación penal está la del delito que estamos analizando-la tenencia ilegal de armas-.

Respecto de los vínculos existentes entre la tipicidad y la antijuridicidad, se ha discutido mucho y se han adoptado posiciones diferentes.

De conformidad a la primitiva concepción de Ernesto Beling, que data de 1906, la tipicidad importa una pura descripción objetiva independiente de la antijuridicidad, por ser de naturaleza diferente; más tarde, Max Ernesto Mayer indica que la tipicidad es el primero y más importante indicio de la antijuridicidad de una conducta; por último, Edmundo Mezger sostiene que la tipicidad revela, con su sola presencia, la existencia de la antijuridicidad, o sea se convierte no sólo en índice sino en la razón de ser (ratio essendi) de lo antijurídico, idea que este autor expresa con la fórmula típicamente antijurídica. Más preciso y certero es, sin duda, el pensamiento de Mayer.

Beling reelabora su doctrina en 1930. Fundamento básico de la nueva construcción es la diferencia entre figura delictiva, lo que corrientemente se denomina tipo penal, y delito - tipo, un puro esquema rector objetivo, que contiene los elementos esenciales de la figura, válido para todas las modalidades que ella presenta en la práctica, y que su autor estima un concepto troncal del derecho penal. En el homicidio cometido con arma de fuego, por ejemplo, el delito tipo es "matar a otro" y es común a las diversas modalidades que este delito presenta.

La tipicidad, en cuanto elemento genérico del delito, exige, como vimos, que la acción encuadre en alguna de las figuras delictivas descritas por el legislador, al margen de la antijuridicidad y de la culpabilidad, conceptos ambos de carácter valorativo, en oposición al tipo que por lo regular sólo representa la descripción de un delito. La exigencia de que las leyes penales contengan tipos, figuras o esquemas en los cuales deben encajar las acciones humanas para constituir delitos, excluye toda posibilidad de aplicarlas por analogía. En efecto, las descripciones aludidas, carecerían de valor si se admitiera que, además de los actos previstos por los tipos penales, otros actos semejantes pudiesen llegar a

constituir delitos, de acuerdo con una apreciación tal como lo han hecho nuestros legisladores al querer equiparar el abuso de armas del Código Penal con la tenencia ilegal de armas.

La falta de tipicidad, el hecho atípico, elimina toda posibilidad de delito. Esta es la primera y más importante función que llena el tipo: garantía del principio de la reserva. Pero además cumple otras: permite establecer, atendiendo al verbo rector, si el delito llegó a perfeccionarse o quedó detenido en las etapas anteriores de la tentativa o de la frustración; facilita la solución del problema de la relación de causalidad al limitarla, el resultado de la acción, etc.

Sin embargo, la teoría de la tipicidad representa sólo una novedad relativa frente a las concepciones clásicas, que para expresar dicho concepto utilizaron el aforismo romano *nullum crimen* o la frase "cuerpo del delito", que sirve para designar al hecho punible y en el caso de la tenencia de armas no está claro si se trata de singular o plural, esto es si se trata de un arma de fuego o más de una.

CONDICIONES DE PUNIBILIDAD DE ESTE DELITO.-

Notoria discrepancia de pareceres se advierte entre los tratadistas acerca de cuáles son ellas, de su naturaleza jurídica y de su valor.

De acuerdo con la doctrina más aceptada, se designan con el nombre de condiciones de punibilidad ciertos excepcionales requisitos de hecho, extrínsecos al delito e independientes de sus elementos constitutivos, que la Ley exige en determinados casos para la imposición de la pena tales como el hecho de portar una arma sin permiso o de portarla en un sitio prohibido.

Son eventos futuros e inciertos, sin cuya concurrencia el delito existe ontológicamente, pero no puede castigarse; suponen un hecho punible completo en sus elementos y son independientes de la voluntad del sujeto, como cuando un sujeto mata a otro con un arma con permiso o no lo hace.

EL DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS COMO ACCIÓN ANTIJURÍDICA.-

Verificado que la acción es típica, que encuadra en uno de los esquemas legales, se hace necesario, siguiendo con el estudio analítico del delito de tenencia ilegal de armas, establecer si al mismo tiempo es antijurídica. Esto importa formular un juicio de valor de la conducta típica, en el sentido de precisar si se ha producido o no un conflicto con la Ley, si se ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico y esto es lo más importante para sancionar con una pena cualquier delito.

Porque no basta que la acción sea típica para ser reprochada, ya que es posible que concurra alguna de las llamadas causales de justificación, si no hay conflicto entre el actuar y la Ley, sería inútil la investigación de la culpabilidad, por no existir delito alguno.

Mucho antes de que los juristas alemanes hubieran profundizado su estudio, Carrara enseñó que el delito es una relación contradictoria entre el - hecho humano y la Ley, de manera que su teoría del delito como ente - jurídico está basada en la antijuridicidad. Tipicidad y antijuridicidad son elementos objetivos porque se aprecian externamente, sin atender a la subjetividad del actor; pero en tanto que la primera es, al menos en los tipos normales, de carácter puramente descriptivo, la segunda, como queda dicho, envuelve una valoración del hecho típico. La tipicidad puede ser un concepto valorativo, la antijuridicidad lo es siempre.

De ordinario los términos antijuridicidad e injusto se emplean indistintamente, no obstante que existe entre ellos una notoria diferencia. El primero expresa el antagonismo entre la conducta y el orden jurídico en general; el segundo se refiere a la acción misma valorada y declarada contraria a la Ley. Es por eso que existen injustos específicos: Civil, Penal, Administrativo, al paso que la antijuridicidad es un concepto genérico, común a todo el ordenamiento jurídico.

Siendo con frecuencia indiferente usar una u otra de esas expresiones, a veces es indispensable emplearlas con propiedad. Así, en el Derecho Penal sólo la acción dolosa puede ser siempre típicamente injusta; (el delito culposo) sin embargo, será civilmente injusto si ha causado daño a tercero. En cambio, en ambos casos las conductas son antijurídicas.

Aunque por esencia la antijuridicidad es inherente a todo delito, a veces se la menciona expresamente, lo que se ha dado en llamar antijuridicidad especial. Tal cosa ocurre cuando la Ley emplea términos como indebidamente, ilegítimamente, arbitrariamente, sin derecho, verbigracia, “los que con violación a las normas de esta Ley...tuviesen en su poder armas de fuego...”.

El elemento antijurídico es susceptible de ser apreciado en su aspecto formal o jurídico y en un aspecto material o supralegal. Desde el punto de vista formal, se dice que la acción típica es antijurídica cuando es objetivamente contraria a derecho, disconforme con la Ley, característica esencial para que sea punible.

En este sentido, la teoría de la antijuridicidad se confunde con la del ilícito penal considerada ahora en su aspecto material, no se resuelve en una simple relación contradictoria entre la Ley; su contenido real deriva del contraste entre la acción y las normas de cultura reconocidas por la comunidad, conjunto de mandatos o prohibiciones de muy diversa índole que sirven de base al ordenamiento jurídico y que evolucionan con el progreso humano.

Lo injusto aparece entonces como un concepto supralegal, que supera la idea de lesión o peligro de intereses tutelados por el derecho, y en nuestro caso preservar la paz pública.

De acuerdo, con la concepción normativa de Binding, perfeccionada por otros autores, especialmente por Max Ernesto Mayer, quien comete una acción punible no contradice la Ley, sino que, por el contrario, adapta su conducta a un

tipo delictivo, haciendo realidad la hipótesis de hecho que él describe. Afirmar que el delito es lo contrario a la Ley, es incurrir en una inexactitud.

El que delinque quebranta una noción preexistente que se encuentra por encima de la Ley misma: las normas de cultura que sirven de fundamento al derecho. Según esto, el penalista debe distinguir entre la Norma y la Ley.

Aquella crea lo antijurídico; ésta, el delito.

Dicho en otros términos, la norma valoriza, la Ley describe. El Decálogo o los Diez Mandamientos, es un Código de normas representativas de valores culturales que vienen a ser la cantera de donde el legislador extrae delitos. Se ha discutido si es posible la existencia de delitos que no partan de alguna norma de cultura; es indudable que la negativa se impone.

Consecuencia de lo anterior es que la Ley no se identifica con el derecho, que comprende, además, las normas.

Las normas son prohibitivas o imperativas, y de ahí nacen las acciones y omisiones que castigan las Leyes Penales.

La teoría de las normas es la más importante dentro de la concepción de la antijuridicidad material. Pero es también de interés recordar la de von Liszt, según la cual es antijurídica toda conducta socialmente perjudicial (antisocial o a-social), principio metajurídico porque precede a la Ley.

Como el Código Penal, al definir el delito, silenció el elemento injusto la forma más aceptable de concebir la antijuridicidad en nuestro derecho es la de apreciarla en sentido negativo, por exclusión, afirmando que una acción típica es antijurídica cuando no la ampara ninguna causal de justificación, pues en caso de que eso ocurra no es contraria a derecho y se convierte en un acto lícito (legítima defensa, estado de necesidad, obediencia jerárquica, ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, etc.

Al extender el normativismo la ilicitud también la culpabilidad, como veremos más adelante-, más allá de los marcos rígidos de la Ley, ha permitido elaborar los conceptos de justificación y de falta de exigibilidad para-legales, eficaces correctivos de ciertas situaciones extremas, de evidente injusticia, a que puede conducir la aplicación inflexible del texto.

CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN.-

a) LEGÍTIMA DEFENSA: NOCIÓN y FUNDAMENTO.-

Uno de los principales problemas que enfrenta la penalización de la tenencia ilegal de armas es el uso de las mismas en legítima defensa, por lo cual es necesario en este punto ahondar en el estudio de este escenario. El que se defiende legítimamente ejercita un derecho que le franquea la Ley. La legítima defensa es la más antigua y más típica causal de justificación.

Consiste en la reacción necesaria para impedir o repeler la agresión ilegítima no provocada, contra la persona o cualquier bien jurídico, propio o ajeno, actual o inminentemente amenazado.

Desde el punto de vista jurídico, se estima actualmente que su fundamentación ha de basarse en un criterio objetivo, sobre todo si se considera que la legítima defensa es una variante del estado de necesidad, un estado de necesidad privilegiado cuya raíz se encuentra en lo necesario. Un sector importante de la doctrina estima que el fundamento común a ambos se encuentra en la teoría del interés preponderante, enunciada por von Buri, y según la cual, en caso de conflicto entre bienes o derechos que no pueden coexistir, debe prevalecer el que representa un valor mayor, fundamento común, por lo demás, a todas las causales de justificación, pues en ellas estamos en realidad frente a un conflicto entre intereses jurídicamente protegidos en el que es preciso salvaguardar el de valor preponderante.

EXTENSIÓN DEL DERECHO DE LEGÍTIMA DEFENSA.-

La extensión del derecho de defensa se refiere tanto a los bienes jurídicos defendibles como a las personas que pueden ser legítimamente defendidas.

El primer aspecto de la cuestión fue objeto de grandes discusiones, y particularmente en lo que atañe a la defensa del pudor, del honor y de los bienes patrimoniales, en otras le autoriza la defensa propia, la de los parientes el pudor, y la de los terceros.

Respecto a quiénes pueden ser defendidos, el Código Penal Ecuatoriano como es lógico al igual que en otras legislaciones ha señalado los casos específicos; pero en cuanto a la tenencia de armas de fuego sin permiso, la reforma introducida a la Ley no dice absolutamente nada, por lo que hay que sujetarse a lo dispuesto en el Código Penal.

Habría bastado en realidad distinguir entre legítima defensa propia y de terceros, comprendiendo entre ellos a los parientes.

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA LEGÍTIMA DEFENSA.-

Estos requisitos varían según cual sea la defensa de que se trate: propia, de parientes o de extraños.

1.1 DEFENSA PROPIA.-

Están exentos de responsabilidad criminal de acuerdo con la doctrina penal y podría ser tomado en cuenta por el juez en la tenencia ilegal y abuso de

armas dependiendo del caso como una circunstancia atenuante: de acuerdo a las responsabilidades del infractor se aplicare la sanción correspondiente.

El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes de acuerdo a la doctrina penal:

-Agresión ilegítima.

-Necesidad racional del medio empleado para impedida o repelerla.

-Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados, cualquiera que sea el daño que ocasionen al agresor.

La Ley expresa los requisitos que deben concurrir para que se produzca la exención en forma copulativa, es decir, que todos son indispensables para la operabilidad de la eximente, y, además, en orden jerárquico, subordinando los dos últimos a la agresión ilegítima. Los veremos en el orden señalado:

- a) Agresión ilegítima.- Es un requisito implícito del eximente, por lo que su inconcurrencia hace desaparecer no sólo la posibilidad de defenderse legítimamente, sino también la posibilidad de que la eximente se convierta en atenuante por aplicación del acto. Conclusión lógica si consideramos que la defensa legítima es reacción frente a una acción ilícita cuya inexistencia hace que desaparezca toda posibilidad de que ella opere.

Por agresión debe entenderse no solamente en sentido estricto el acometimiento material o físico (vías de hecho), sino toda acción encaminada a lesionar o poner en peligro el patrimonio jurídico de una persona, quizás este blando argumento fue acogido por nuestro legislador para fundamentar la reforma legal analizada.

La amplitud del concepto, particularmente -en lo que concierne a la defensa del honor-, ha dado origen a sentencias contradictorias de nuestros tribunales. La Corte Suprema ha declarado que la injuria y la amenaza no dan mérito para dar por establecida la agresión, y posteriormente que procede la legítima defensa contra la agresión injusta al honor de una persona.

La extensión del elemento en estudio queda limitada no por el bien jurídico comprometido por la agresión respecto de la cual el Código no hace distinción alguna, sino por la necesidad de la defensa y por la proporcionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla.

La agresión supone un daño o peligro para intereses jurídicamente protegidos del atacado, incluso la vida. No se requiere que sea grave. Contra un

ataque leve se puede reaccionar levemente, pues lo que hace legítima la reacción del ofendido no es la gravedad de la ofensa sino su injusticia.

Tampoco se precisa que el peligro sea imprevisto o inesperado, ya que es procedente la defensa legítima contra una agresión advertida o que surja al aventurarse la persona en sitios peligrosos. Son todas ellas condiciones que no están en la Ley y que no cabe entonces exigir.

La agresión supone también que el daño o peligro para la persona o sus derechos provenga de un acto humano. Por grave que sea el peligro que amenaza, si lo origina una fuerza natural o el ataque de un irracional, el afectado no obrará en legítima defensa sino en estado de necesidad, porque la agresión debe ser ilegítima y sólo los seres humanos son capaces de actuar ilegítimamente; los irracionales únicamente pueden ejecutar hechos dañosos. Pero si, por ejemplo, repelemos el ataque de un perro que ha sido maltratado por su amo, actuaremos en legítima defensa contra el propietario del animal en virtud de lo explicado al estudiar la acción como elemento del delito.

Condiciones de la agresión.-

El peligro que involucra la agresión debe ser actual o inminente. La exigencia de la actualidad o inminencia de la agresión no figura en el requisito que examinamos sino en el siguiente relativo a la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, por lo que sería irracional sancionar a alguien que repele un ataque con cuchillo contra un arma de fuego. Se repele una agresión actual; se impide la que es inminente.

La coincidencia cronológica entre la acción del ofensor y la reacción del ofendido es indispensable para la existencia de la justificante; pero no es necesario esperar la efectividad del ataque sino que basta la certeza del riesgo, como el blandir el arma de fuego sin usarla.

El peligro pasado y el futuro son irrelevantes para el derecho, si una persona, ante la simple posibilidad de una agresión futura, tratase de conjurarla atacando a su presunto agresor, no actuaría en legítima defensa, porque en tal supuesto habría otros medios para evitar el mal; a la inversa, si con posterioridad al peligro atacase a quien fue su agresor, su actitud importaría una venganza. La agresión contra la cual procede la defensa legítima ha de ser actual o inminente, no futura o anterior, entendiéndose por inminente siempre que sea lógicamente previsible en legítima defensa. Por el contrario, los que, como Manzini, resuelven el problema con criterio subjetivo, consideran que si el atacante carece de las condiciones necesarias para ser declarado culpable su agresión no puede merecer el calificativo de injusta y llegan a la conclusión de que el atacado no actuaría al defenderse en legítima defensa sino en estado de necesidad.

Más acertado es sin duda el criterio objetivo porque la Ley se limita a exigir una acción objetivamente injusta que no requiere, además, ser culpable. El peligro puede provenir de uno o más individuos e incluso de una multitud armada como en las últimas protestas para sacar Presidentes en nuestro país.

Siempre la agresión será injusta y, en consecuencia, legítima la defensa que se le oponga. Pero la situación es distinta cuando el peligro para la persona proviene de una turba o multitud desenfrenada, no porque la ataque, sino porque amenaza arrollarla. En ese caso se actuaría en estado de necesidad.

Cuando se da el elemento que nos ocupa, la defensa es legítima aunque el mal recaiga en persona distinta del agresor por efecto de un error del atacado, mala puntería por ejemplo, así como la aberratio ictus o error en el golpe no excluye la existencia del homicidio, tampoco el error en el golpe defensivo excluye la legítima defensa, señalan los tratadistas penales en general. Por ejemplo, si el reo obraba en legítima defensa al repeler una agresión ilegítima, procede absolverle de la acusación, si el mal recae en la persona de su madre, ajena a la agresión, y que se interponía para separar a los contendores. Respecto de la injusticia de la agresión se presenta también el problema de si concurre o no este requisito cuando antes hubo injusticia de parte del acometido.

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.- En atención a que la legítima defensa es un estado de necesidad privilegiado, la doctrina penal moderna estima que la necesidad de la defensa es una verdadera *conditio sine qua non* de esta justificante, y así como no hay defensa legítima sin una previa agresión ilegítima, tampoco la hay sin necesidad.

"Aparecen así la agresión y la necesidad como polos en torno a los cuales gira el eje de este instituto"⁷ Jiménez de Asúa (7). Según este autor la necesidad de la defensa ha de juzgarse con relación al bien jurídico que la agresión compromete y con el tipo delictivo a que ella tiende, limitada, eso sí, por la teoría que sirve de fundamento a la eximente de manera de no sacrificar un bien superior para asegurar la subsistencia de otro insignificante. Así se conjuga perfectamente la mayor o menor importancia del bien que se trata de proteger con la del medio empleado para lograr esa protección.

La legítima defensa no es subsidiaria. Dándose los elementos que la integran existe como derecho reconocido por la Ley, sin que obste a ello la posible concurrencia de hechos o circunstancias como la fuga o el reclamar auxilio, por ejemplo, que pudieran hacerla innecesaria.

Supuesta la necesidad de la defensa, el medio empleado para impedir o repeler el ataque ha de ser racional. Un elemento que puede servir de índice para apreciar dicha racionalidad -en ningún caso una pauta única, una medida

⁷ TRATADO DE DERECHO PENAL, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, TOMOS III, PAG 45; 1956, EDT. ANDRÉS BELLO, CARACAS, 1945.

invariable- es una cierta proporcionalidad, no una igualdad matemática, de los medios empleados por una y otra parte.

La mera desproporción no es motivo suficiente para negar la racionalidad del medio. La petición tiene que ser resuelta por el juez en cada caso concreto con criterio objetivo y subjetivo a la vez, es decir, apreciando no sólo si la reacción defensiva para salvar el bien jurídico afectado excede los límites de lo necesario, sino también tomando muy en cuenta el estado del que se defiende y las circunstancias que rodearon al hecho, en particular la ocasión, el tiempo y el lugar. Por eso lo que es proporcional en un caso puede no serlo en otro, circunstancia que con el endurecimiento de la pena, dudo mucho que los jueces la tomen en cuenta, ya que, no merecerá benevolencia si alguien ataca con un palo y se le responde con un arma de fuego.

La sorpresa, que es característica de la agresión, se traduce ordinariamente en un estado emocional de turbación que impide al agredido apreciar con serenidad las circunstancias exteriores y que lo conduce a exagerar la magnitud del mal que lo amenaza y la importancia de los medios utilizados por el atacante. En términos generales puede estimarse racional el medio defensivo cuando el que se defiende no dispone, en el momento del ataque, de otro menos perjudicial para impedir o repeler la agresión.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales Ecuatorianos es diversa al respecto, pues tanto ha resuelto que la proporcionalidad material significa solamente que debe emplearse el medio menos perjudicial entre aquellos adecuados al caso y del cual no se podía prescindir para alcanzar el objetivo propuesto

Cuando el medio de que se vale el ofendido es racionalmente desproporcionado para impedir o repeler la agresión surge la figura jurídica que en doctrina se conoce con el nombre de exceso en la acción.

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.- Es importante consignar que este tercer requisito, a diferencia de lo que sucede con los dos anteriores, tiene aplicación únicamente respecto de la defensa propia, como veremos al ocupamos de la de parientes y extraños.

Provocación suficiente es aquella de tal naturaleza, atendidas las circunstancias, que pueda ser estimada bastante o idónea para explicar de modo satisfactorio la reacción del provocado, lo cual significa que el que se defiende no debe haber sido el causante de la agresión, dando origen con su conducta al ataque de que es víctima. Sin embargo, preciso es tener presente que no es lo mismo provocar que dar motivo u ocasión a una reacción determinada. Provocar es dar motivos a una persona para que ésta responda, o también la reacción que puede tener una persona por sus sentidos de defensa.

Para asilarse en la legítima defensa es menester no haber sido agresor ni provocador. No obstante es posible que haya existido provocación y subsista el derecho de defensa. En tal supuesto es preciso distinguir, como lo hace el Código, si la provocación que partió del que invoca el derecho a defenderse

puede o no estimarse suficiente, cuestión de hecho que el juez resolverá teniendo en consideración las personas y circunstancias del caso. Si la provocación es insuficiente, concepto también de proporcionalidad respecto a la entidad de la agresión -una injuria liviana, por ejemplo, no justificaría una agresión y balazos-, subsiste el derecho de defensa, porque la agresión del provocado es ilegítima.

A la cualidad de suficiente exigida por la Ley, la jurisprudencia, siguiendo la opinión de Carrara, agrega otro requisito: que la provocación sea inmediata a la reacción del afectado.

Debemos agregar que la jurisprudencia y doctrina española respecto de esta circunstancia sostiene que es, como condición negativa que, debe presumirse a no constar la contraria. La provocación suficiente por parte del que se defiende da origen al exceso en la causa.

Distinta es la situación si la provocación degenera en agresión, pues entonces el agresor no podría invocar la justificante ni siquiera en su forma imperfecta. Con este problema se relaciona la cuestión de la legítima defensa recíproca, inadmisibles en derecho porque una de las acciones iniciales ha debida necesariamente ser injusta.

1.2 DEFENSA DE LOS PARIENTES.-

La doctrina penal mundial indica que el que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea, recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijas naturales o ilegítimos, siempre que concurren las primera y segunda circunstancias prescritas anteriormente, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor, otro factor a considerar en nuestro delito de tenencia ilegal de armas planteado que en este caso se ligaría también al abuso de armas.

Se exige también en este caso la concurrencia de tres requisitos, y la única variante que se observa respecto de la legítima defensa propia es la de que, si ha precedido provocación de parte del ofendido, no haya tenido participación en ella el defensor.

En tal caso surge un nuevo vínculo causal entre el defensor del pariente y el agresor, por lo que su intervención es legítima aunque el pariente haya provocado el ataque de que es víctima. No hay que confundir esta figura jurídica con el hecho de tomar parte en su favor en una riña a pelea expresamente sancionada como delito por la Ley.

1.3 DEFENSA DE LOS EXTRAÑOS.-

El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en párrafos anteriores y la de que

el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

En esta forma de legítima defensa, la más hermosa de todas, de acuerdo a la doctrina penal, ya que el defensor actúa de ordinaria movido por elevados sentimientos de solidaridad humana y de justicia, el Código y se requiere de manera expresa la concurrencia de un especial ánimo de defensa, de suerte que deben reunirse copulativamente, aparte de los tres requisitos que integran la defensa de parientes, un cuarto elemento subjetivo de motivación que constituye la novedad de este número: que el individuo no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo y en este caso que pasa con esta clase de defensa cuando se la realiza con un arma de fuego sin permiso y que el juez y el fiscal de la causa tienen la obligación de valorarla.

Tales sentimientos del defensor dicen relación con el atacante y nada tienen que ver con los vínculos que lo ligan a la persona del defendido, por lo que la justificante amparará también al guardaespaldas que éste contrate para su defensa.

Habría sido preferible, sin duda, como observa el tratadista Silvela, que la Ley no contuviese una exigencia que impide intervenir en defensa de un extraño, y obliga a dejarlo entregado a su suerte, cuando al defensor no le será justificada su intervención por haber actuado a impulso de sentimientos reprochables.

Tratándose de una causal de justificación, la ausencia del valor moral del impulso no debiera interferir la objetividad de la eximente. ¿Queda amparado por la exención el que defiende a un tercero (pariente o extraño) que usa de la violencia contra sí mismo? Aparte de los casos en que la violencia contra el propio cuerpo es constitutiva de delito (aborto provocado, automutilaciones), es lícita la intervención encaminada a impedir la autodefensa a un bien jurídico indispensable por parte del titular, como la vida o la integridad corporal.

1.4 LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA.-

La doctrina penal señala la existencia de una forma especial de defensa que se conoce con el nombre de legítima defensa privilegiada que se da toda vez que la Ley presume la reunión de los requisitos que integran la eximente, lo que invierte el peso de la prueba.

- a) Se presume, en primer lugar, que concurren las tres circunstancias que legitiman la defensa propia respecto del que rechaza durante la noche, el escalamiento, la fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que ocasione al agresor, presunción que ha sido objeto de aplicación estricta en los fallos de los tribunales que exigen que el rechazo sea inmediato al escalamiento o fractura de que se trata.
- b) Igualmente se presume la concurrencia de dichas circunstancias, en favor del que durante la noche impida o trate de impedir la consumación

de los delitos como el robo con violencia o intimidación en las personas. El propósito del legislador, claramente, manifestado en el curso de la creación de esta norma, fue hacer extensiva esta presunción legal a los terceros que intervienen en defensa de la víctima de una agresión injusta.

Sin embargo, su ubicación restringió la aplicación integral de ella al que defiende a sí mismo, pues sólo a su respecto concurren los tres requisitos presumidos. En cuanto a la defensa de parientes o de terceros, únicamente las dos primeras circunstancias quedan incluidas en la nueva presunción. Las demás deberá probarlas el que invoque la justificante de acuerdo a la doctrina y la cual tampoco se avizora en la reforma legal a la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios y su Reglamento ni en el Código Penal.

EXCESO EN LA DEFENSA.-

Cuando no concurren todos los requisitos exigidos por la Ley para legitimar la defensa en las distintas situaciones estudiadas, salvo la agresión ilegítima y la necesidad de la defensa, condiciones sine qua non de la eximente, por lo que nunca pueden faltar, surge la figura jurídica del exceso en la defensa que transforma la eximente en atenuante.

Sin embargo, en caso de que la agresión produzca en el ofendido un miedo insuperable, el exceso pasaría a constituir una causal de inculpabilidad (inexigibilidad), indican los tratadistas penales, uno de ellos Frank Von Linszt.

LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA.-

La eximente putativa conocida con este nombre -caso típico de error de hecho- tiene lugar cuando una persona reacciona violentamente, creyéndose víctima de una agresión ilegítima actual o inminente, siendo que en realidad se halla ante un simulacro o un desgraciado concurso de circunstancias que reproducen exactamente una situación real. Estamos aquí en presencia de un error de hecho esencial en orden a la antijuridicidad de la conducta que es causal de inculpabilidad si fue a la vez racionalmente invencible. Si fue vencible o evitable excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa.

No obstante, hay quienes estiman que debe llegarse a la inculpabilidad sobre la base de la inexigibilidad, por cuanto el miedo ante un peligro imaginarlo no es menos efectivo que el que provoca un peligro cierto como el portar un arma de fuego.

VÍAS DE HECHO EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO.-

La situación del que emplea la violencia para ejercitar un derecho que le fue desconocido, por ejemplo para recuperar la posesión de un inmueble que le ha sido usurpado a través de la tenencia ilegal y probable uso de armas fuego, ofrece cierta similitud con la del que, injustamente agredido, se defiende, pues en uno y otro caso se trata de ejercitar un derecho. Pero entre ambas situaciones se advierte una diferencia fundamental: en la legítima defensa el mal no se ha producido y se procura evitarlo; en el ejercicio arbitrario de un derecho, en cambio, el mal se ha realizado y se tiende a repararlo, esto es, el individuo trata de hacerse justicia por sí mismo. Algunas legislaciones modernas sancionan el ejercicio arbitrario del propio derecho como delito específico y lo sitúan entre los que atentan contra la administración de justicia como al que con violencia se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella.

Aunque esta clase de defensa no está reconocida por nuestro Código Penal, siempre es interesante recurrir a los doctrinarios internacionales para poder analizar otros casos provenientes de legislaciones extranjeras más avanzadas y coherentes que la nuestra.

ESTADO DE NECESIDAD. NOCIÓN.-

Otro de los temas jurídicos olvidados por el legislador ecuatoriano al realizar la reforma legal del endurecimiento de penas, es el relacionado con la situación jurídica denominada estado de necesidad y, qué pasa si se tipifica el delito de tenencia ilegal de armas bajo esta circunstancia. No discrepan los autores acerca de la esencia del estado de necesidad y las definiciones presentan sólo diferencias formales. Para Von Liszt (8) consiste en "una situación de peligro actual de intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos también"⁸.

Según Cuello Calón (9) "es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona"⁹; de acuerdo con Fontán Palestra (10), es "una situación de peligro para un bien jurídico que no puede evitarse sino mediante la lesión de otro bien jurídico que no puede evitarse sino mediante la lesión de otro bien jurídico"¹⁰.

Las anteriores definiciones no tienen aplicación plena en nuestro derecho, pues el Código Penal concibe el estado de necesidad en forma restringida como veremos más adelante.

⁸ TRATADO DE D. PENAL, FRANZ VON LISZT, TOMO 3, ESPAÑA, EDITORIAL REUS, 1926-29, PAG.90

⁹ DERECHO PENAL, EUGENIO CUELLO CALON, EDITORIAL BOSCH, ESPAÑA, 1944, TOMO I, PAG.39

¹⁰ CARLOS FONTAN BALESTRA, DERECHO PENAL, ARGENTINA, 1957, EDITORIAL ABELEDO PERROT, PAG.79

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE ESTADO DE NECESIDAD Y LEGÍTIMA DEFENSA.-

Común denominador entre estas dos causales de justificación es la existencia de un mal injusto que amenaza y del cual el amenazado no puede librarse sino ejecutando un acto aparentemente delictuoso. La diferencia fundamental que las separa, y que Carrara fue el primero en señalar, es la siguiente: la legítima defensa es una reacción; el estado de necesidad, una simple acción. Análoga es la fórmula de Moriaud: “el estado de necesidad es un ataque; la legítima defensa, un contraataque”. En cuanto a la naturaleza de los intereses en conflicto, en el estado de necesidad surge entre dos intereses en conflicto, en el estado de necesidad surge entre dos intereses igualmente legítimos; en la legítima defensa, en cambio, es legítimo el interés del agredido, pero no lo es el del agresor.

FUNDAMENTO.-

Para fundamentar jurídicamente el estado de necesidad es preciso diferenciar las dos situaciones que pueden presentarse, según que los bienes o derechos en conflicto sean de desigual o de igual valor.

Como ejemplos de los primeros la doctrina cita el hurto necesario- en nuestra legislación se llama el hurto famélico-; la echazón o avería común (señaladas en el Derecho Mercantil), esto es, el acto del capitán de la nave en peligro inminente de naufragio que ordena arrojar al mar toda o parte de la carga para salvar la vida de los pasajeros y de la tripulación; el hecho de los bomberos que, para circunscribir el fuego, destruyen las propiedades colindantes (en caso de la regla general). Casos típicos de conflictos entre bienes o derechos de igual valor son los que surgen entre vidas humanas.

Si el conflicto surge entre bienes o derechos desiguales estaremos en presencia de una causal de justificación que optar, conforme a la teoría del interés preponderante, por la salvación del bien o derecho de mayor valor; pero si el conflicto se plantea entre bienes o derechos de valor igual nos hallaremos ante una situación de inexigibilidad. La acción del necesitado es típicamente antijurídica, pero no puede serle reprochada porque es imposible exigirle una conducta distinta.

Realizo en este punto una reflexión jurídica, de cómo debería de actuar un juez ante la presencia de un hurto famélico con un arma de fuego sin permiso para portarla cometido por un indigente que hurta un pan por necesidad extrema de dar de comer a su hijo enfermo.

REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA LA EXISTENCIA DEL ESTADO DE NECESIDAD.-

Los requisitos que deben concurrir para la existencia del estado de necesidad son similares a los de la legítima defensa, precisamente por tratarse

de instituciones que reconocen el mismo origen y que también son importantes a considerar para hacer una verdadera reforma:

a) Existencia de un peligro actual o inminente.- La única diferencia que al respecto existe con la legítima defensa es que en ésta el peligro proviene de un acto injusto del hombre, al paso que en el estado de necesidad se origina no de un hecho humano, sino de un caso fortuito o de fuerza mayor o de un fenómeno natural (tempestad, naufragio, incendio, ataque de un animal, etc.);

b) Injusticia del mal que se trata de evitar, lo cual implica que no medie obligación personal de sacrificarse;

c) Imposibilidad de evitado por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, o sea, que la destrucción o menoscabo de éste ha de ser necesario para prevenir el que amenaza, sin que se exija, por cierto, certeza absoluta sino la mayor probabilidad.

Este requisito, al igual que el correspondiente de la legítima defensa, supone cierta proporcionalidad entre el mal que amenaza y el que se causa para conjurarlo, cuestión de hecho que se resolverá con criterio valorativo en cada caso concreto (el cual no se valora en la actual Ley).

PLANO SUBJETIVO DEL DELITO.-

Según quedó establecido en el tema precedente, la acción típicamente antijurídica no agota la teoría analítica del delito; y en el caso específico de la tenencia ilegal de armas, constituye tan sólo el aspecto objetivo de la infracción, que debe ser complementado por el plano subjetivo de la culpabilidad, lo cual significa que el delito ha de ser causado psíquicamente por una persona que sea capaz ante el derecho penal, Ambos aspectos se encuentran unidos en forma indisoluble; el primero sirve de antecedente o presupuesto del segundo, ya que si no existe una acción típica y antijurídica, el sujeto actúa lícita, no culpablemente.

Desde el punto de vista objetivo, la oposición entre la acción típica y la norma penal determina la antijuridicidad, y desde el punto de vista subjetivo, esa contradicción da nacimiento a la culpabilidad, elemento de carácter valorativo.

Hay que dejar en claro que se trata de una valoración jurídico-penal y no de carácter ético, sin perjuicio de las íntimas relaciones entre esta rama del derecho y la moral, sin embargo para el tema que nos atañe, no tiene mayor relevancia.

La culpabilidad se halla definitivamente incorporada al delito, pues la ciencia penal moderna repudia la responsabilidad objetiva o por el resultado.

Como veremos a continuación, no es posible dar una noción de la culpabilidad sin tomar partido entre las doctrinas que expresan su contenido. La

historia de este aspecto del delito puede describirse como el paso de la concepción psicológica a la explicación normativa.

Dentro de este punto quisiera manifestar mi criterio a base de las nociones estudiadas que el delito de tenencia ilegal de armas puede estar de acuerdo a la razones que se esgriman por parte del agente más cerca de la culpa que del dolo que como tal con su resultado deviene en un estado de culpa por sí solo.

TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD.-

Sobre la estructura o contenido de la culpabilidad se han formulado dos teorías extremas, la psicológica y la normativa, a las cuales debemos agregar otra que deriva de ésta: la de la acción finalista de Welzel.

TEORÍA PSICOLÓGICA O PSICOLOGISMO.-

Según esta doctrina, que es la clásica o tradicional, el agente es culpable de su delito cuando, siendo previamente imputable, o sea psíquicamente apto para que pueda serle atribuido, obra con dolo o con culpa, las dos formas o especies en que se bifurca el aspecto subjetivo del delito de acuerdo con esta teoría, la culpabilidad se reduce a un problema de vinculación psíquica entre el sujeto y su acción punible (Ej: portar el arma y dispararla), y todo el contenido de ella está representado, según se trate de un delito o un cuasidelito, por el dolo o la culpa, que la agotan totalmente.

Para el psicologismo la imputabilidad representa un presupuesto de la culpabilidad, de manera que, para dar por establecido que una persona obró con dolo o con culpa, es requisito previo averiguar si es o no imputable.

Según la fórmula de Jiménez de Asúa (11), la imputabilidad consiste en "la capacidad de comprender y valorar el deber de respetar la norma penal y de determinarse espontáneamente"¹¹. Esto supone en el sujeto inteligencia (razón) y voluntad, cualidades que le permiten conocer su deber jurídico de acatar las normas y de actuar en armonía con ese conocimiento. Simplificando la definición transcrita, puede decirse que es imputable todo individuo mentalmente sano y en goce de sus facultades.

Imputabilidad y culpabilidad son conceptos que no admiten confusión. Aquella es una aptitud, condición o capacidad personal del sujeto, determinada por ciertas calidades biológicas o psicológicas, permanentes o temporales; ésta, en cambio, una actitud, una determinada participación de la psiquis del sujeto imputable en una particular actuación suya.

¹¹ TRATADO DE DERECHO PENAL, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, TOMOS II, PAG. 16; 1956, EDITORIAL ANDRÉS BELLO, CARACAS, 1945.

Aunque de ordinario coincidan, no son enteramente asimilables imputabilidad y capacidad de derecho penal, ya que es posible, desde el punto de vista jurídico-penal, ser capaz y no imputable, como es el caso del que delinque en estado de embriaguez y toma un arma de manera plena y fortuita.

Este elemento tampoco ha sido considerado en la reforma legal y es un elemento necesario en la consideración del delito de la tenencia ilegal de armas.

TEORÍA NORMATIVA O NORMATIVISMO.-

Conforme a la moderna concepción normativa de la culpabilidad, elaborada por juristas alemanes como Frank, Goldschmit, Freudenthal, Mezger, Liszt-Schmidt.

Este fundamental aspecto del delito, por ser de carácter normativo, no puede asentarse sobre una base puramente psicológica. Su contenido es un juicio de reprobación del acto respecto de su autor, que se funda en la exigibilidad de la conducta ordenada por la Ley.

La diferencia conceptual entre ambas teorías salta a la vista. Mientras para el psicologismo la culpabilidad se agota totalmente en el dolo o en la culpa, para el normativismo la simple relación psicológica entre el sujeto y su actuar (llevar un arma ilegalmente) no basta para darla por establecida si no es reprobatorio el juicio de valor que se emita sobre la motivación psíquica del acto ejecutado por el sujeto.

La culpabilidad se examina para determinar si el hecho es o no reprochable a su autor, atendidos el carácter de la motivación y la personalidad de éste. Justamente la concepción normativa recibe este nombre porque afirma que la culpabilidad consiste en un juicio valorativo del concreto actuar antijurídico del agente, verbigracia, portar ilegalmente un arma de fuego y la posibilidad de usarla. No es el nexo psicológico en cuanto tal lo que le imprime carácter, sino la valoración de dicho nexo; no la voluntariedad de un resultado ilícito, sino una voluntad jurídicamente reprochable.

Dentro de esta teoría, la imputabilidad deja de ser una condición anterior o presupuesto de la culpabilidad y se convierte en uno de sus elementos, que sirve de soporte al juicio de reproche.

La averiguación de la reprochabilidad de una conducta típicamente antijurídica, en otras palabras, el juicio de culpabilidad supone el examen de tres cuestiones que condicionan el aspecto subjetivo del delito:

a) Precisar si, en el momento de actuar, el individuo poseía o no las condiciones psíquicas indispensables para responder de su hecho. La Ley no las menciona, no se refiere a la imputabilidad, porque parte del supuesto de la normalidad de toda persona sujeta a su imperio; se limita, en forma negativa, a señalar las

excepciones, los casos en que se entiende que no concurren: enajenación mental (falta de normalidad psíquica) y menor edad (falta de madurez mental);

b) Sentado que el sujeto es penalmente capaz, imputable, procede determinar de qué modo, en el caso concreto, se encuentra vinculado psicológicamente a su acción, esto es, si obró con dolo o con culpa, o si el evento dañoso fue la resultante de un caso fortuito o de un error inculpable, y

c) Fijados los dos elementos anteriores, se entra a considerar el aspecto propiamente normativo de la culpabilidad: si hubo o no motivación reprochable-elemento ajeno a la teoría psicológica-, lo que hace necesario indagar si en la especie la conducta ordenada por la Ley fue o no exigible al agente, en lo cual reside la esencia de la culpabilidad normativa más aún cuando la Ley tiene ciertos vacíos o lagunas que no han sido aclaradas. La exigibilidad de dicha conducta, base del juicio de reproche, es la regla general, pues se funda en que todo hombre tiene el deber jurídico de ajustar su conducta a las exigencias del derecho. Si infringe ese deber, su comportamiento le será reprochado.

El juicio de reproche, o de culpabilidad, lo formula el juez, sin que ello importe, por cierto, un desplazamiento de la culpabilidad "en cabeza ajena", como algunos contrarios a la doctrina le censuran, ya que el reproche recae sobre el proceso psíquico que impulsó al agente a actuar de manera contraria a la Ley.

Pero existen situaciones excepcionales en que los acontecimientos impiden una motivación normal, en que el individuo se encuentra imposibilitado para obrar en conformidad a los mandatos de la Ley, por circunstancias, externas o internas, que no permiten una reacción lícita, por ejemplo aquel individuo que compra legalmente un arma de fuego y en el camino a su casa lo detienen con el arma sin el permiso correspondiente.

Por eso no actúa culpablemente la persona a quien no podía exigirse una conducta distinta de la realizada; así, por ejemplo, en el ciertas legislaciones, si se obra por miedo insuperable o incurre en omisión por causa insuperable.

Esto explica que la culpabilidad normativa consista en un juicio de reproche fundado en la exigibilidad de la conducta ordenada por la Ley.

La inexigibilidad de otra conducta puede apoyarse en la Ley penal, como en los casos anotados; pero el normativismo reconoce, junto a las causales de ese orden legalmente tipificadas, otras que se sitúan por encima de la Ley misma: son las causas de inexigibilidad supralegales, en estrecha conexión con la justificación supralegal, o sea que, al menos en doctrina, no existe un catálogo cerrado de motivos que hagan no exigible o que justifiquen la conducta porque nuestro sistema se basa en el antiguo principio romano del "ignorantia legis non excusat", por la cual no podemos dejar de cumplir la Ley penal bajo la excusa de su desconocimiento avalada también por el Código Civil ecuatoriano.

La culpabilidad como contrariedad al deber, en general, y la no exigibilidad supralegal, en particular, se vinculan estrechamente con la teoría de las normas

de cultura. Partiendo de la base de la culpabilidad no radica sólo en la violación de la Ley, sino también, en la infracción reprochable de un deber Impuesto por las normas, la función individualizadora del derecho alcanza el máximo de desarrollo posible.

Por otra parte, la idea de contrariedad al deber permite fundamentar el concepto unitario de la culpabilidad, comprensivo del dolo y de la culpa, cuyo carácter normativo, y el nexo que los une, derivan precisamente de la exigencia de acatar las normas, en este caso el portar armas con permiso.

No obstante las críticas dirigidas a la inexigibilidad de otra conducta, cuyo sentido humano es indiscutible, su discreta admisión en las excepcionales situaciones que está llamada a regir y sino hubiera esta reforma tan dura en penas serían perfectamente admisibles en nuestro derecho, pudiendo ser una válvula de escape para evitar las injusticias a que puede conducir, en ciertos casos, la aplicación rígida de la Ley.

TEORIA DE WELZEL.-

Desde hace más de veinticinco años se ha ido desarrollando en la doctrina moderna una nueva teoría que pretende describir el delito de una manera totalmente diferente a las teorías tradicionales. Si bien se conserva la definición usual de delito, es decir, como una acción típica, antijurídica y culpable, se da a cada una de estas características un contenido distinto.

En lo que se refiere a la base sobre la que se construye el delito, esto es, la acción, la teoría finalista sustenta que no se puede entender como una simple proceso causal, pues en tal caso no se le podría diferenciar de los demás hechos de la naturaleza, ya sea puramente físicos o a consecuencia de la intervención de animales; de ahí que resulte necesario precisar mas la esencia de la acción y esto surge cuando se tiene conciencia que se trata de un producto del hombre.

Luego junto a la causalidad como estructura superpuesta indispensable para comprender la acción esta a finalidad, pues el hombre actúa según fines, su actuar está determinado por fines, por tanto, la finalidad es la esencia de la acción. Esto no quiere decir que se deseche la causalidad, ya que ésta es el medio como la finalidad se concreta en la realidad. El hombre utiliza su saber causal, la causalidad, para la consecución de sus fines.

Esta disquisición pre-jurídica naturalmente repercute de inmediato en la construcción del delito. El tipo no podrá agotarse, entonces en una mera descripción objetiva, en la simple causalidad sino que tendrá que contener también una instancia subjetiva, la finalidad; es decir, el dolo, esto es la intención positiva de irrogar daño a alguien o a sus bienes y en nuestro tema con un arma de fuego.

De este modo, no podrá ya decirse que todo lo subjetivo está radicado en la culpabilidad y que por excepción se encuentran algunos momentos subjetivos en el tipo, los llamados "elementos subjetivos del tipo o del injusto", sino que siempre tendremos en el tipo una instancia subjetiva, el dolo, entendido como saber y querer del hecho. Eso trae como consecuencia que toda la problemática del llamado error de hecho o de tipo según la moderna doctrina, se examine ya en la tipicidad. Y, por tanto, también el problema de la culpa.

IMPUTACIÓN, CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS.-

La imputación de un delito, que consiste en atribuir un determinado hecho dañoso a determinado individuo, mediando relación causal entre la acción y el resultado, es antecedente necesario de la culpabilidad la cual, a su vez, trae como consecuencia la responsabilidad.

La imputación se refiere a la acción típicamente antijurídica, o sea, al plano objetivo del delito; aquí queda detenido el proceso delictivo respecto de los, inimputables, a quienes sólo puede atribuirse una intervención material en el hecho punible, por ser incapaces de culpabilidad. Esta atribución, sin embargo, faculta para imponerles medidas de seguridad.

La culpabilidad, juicio de reproche de una acción típicamente antijurídica, fundado en la exigibilidad de la conducta ordenada por la Ley, dice relación con el delincuente, y la responsabilidad consiste en la obligación jurídica del individuo imputado y culpable de sufrir las consecuencias que la Ley señala, con la sanción impuesta por la Ley al delito.

Aquí tengo que realizar una aclaración del error que antojadamente cometieron nuestros diputados al reputar ya de antemano dolosa la tenencia de armas sin permiso creyendo que este acto obligatoriamente va a terminar en un acto doloso, cuando no necesariamente puede ser así.

LAS ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.-

La reprochabilidad de una conducta típicamente antijurídica supone un delincuente psíquicamente normal en el momento de la acción, pues esa es la oportunidad en que, por regla general, se hace presente el elemento subjetivo de la culpabilidad.

Sin embargo, puede suceder que una persona se coloque voluntaria o culpablemente en situación de inculpabilidad y en ese estado realice un acto delictuoso. Ejemplo típico, de tal hipótesis es la llamada doctrinalmente como embriaguez preordenada al delito, sea que se la haya buscado con el propósito de darse ánimo para cometerlo, sea con el de procurarse por anticipado una excusa.

Nos encontramos entonces ante una acción libre en su causa, cuyo efecto es retrotraer la reprochabilidad al momento de la manifestación de voluntad, siendo indiferente, para la imposición de la pena, el estado mental del autor al instante de producirse el resultado dañoso. Ciertos códigos, entre ellos, el Noruego (artículo No. 45), lo consideran expresamente.

Se imputará la acción u omisión punible a título de dolo o de culpa, según su contenido subjetivo, pues las acciones liberae in causa son posibles tanto en una como en otra forma de la culpabilidad. Así, por ejemplo, constituye cuasidelito el hecho de la madre que asfixia a su hijo a causa de su sueño agitado, siempre que este hecho le sea conocido y no se trate de un hecho intencional; o el caso de la persona que culpablemente se embriaga y en ese estado coge un arma de fuego que encuentra y se la lleva o peor aún mata a alguien.

Algunos autores asimilan a las acciones liberae in causa, el caso de estricta culpabilidad en que el sujeto imputable había realizado un acto imprudente que dejaba preparada la posibilidad ulterior de un mal, "aun cuando la producción efectiva de ese mal se debiera en forma directa a un acto posterior involuntario, por ejemplo, dejar cargada un arma de fuego innecesariamente, la cual, por una manipulación posterior no voluntaria, se dispara y hiere a alguien" Novoa¹² (12).

FORMAS O ESPECIES DE LA CULPABILIDAD.-

Psicológica y jurídicamente la culpabilidad ofrece una extensa gama de grados o matices. Los superiores están representados por el dolo, la expresión más típica y característica del aspecto subjetivo del delito; los Inferiores, por la culpa, que se presenta como algo excepcional en cuanto a su castigo, hasta el punto de que hay quienes abogan por su impunidad.

Pero entre el dolo y la culpa no sólo existen diferencias de matices; las hay también de fondo, como tendremos oportunidad de señalarlo más adelante. Así, pues, la noción de culpabilidad comprende las dos formas en que ella se manifiesta: el dolo y la culpa.

EL DOLO.-

No es posible formular una definición del dolo sin un previo conocimiento de las teorías que procuran desentrañar su esencia y fundamento. Tres son a este respecto las que se disputan el favor de la ciencia penal: la de la voluntad, la de la representación y la del asentimiento.

De acuerdo con la primera, sustentada por los clásicos, y a la cual dio forma Carrara al definir el dolo como "la intención más o menos perfecta de

¹² EDUARDO NOVOA CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO, CHILE, EDT. JURÍDICA DE CHILE, 1960, PAG 63.

ejecutar un acto que se conoce contrario a la Ley"¹³ (13), la esencia de esta especie de culpabilidad consiste en la voluntad de producir el resultado. No desconoce que el dolo requiere también la conciencia del acto, esto es la intervención de la inteligencia, pero la desplaza a un lugar secundario, por ser la voluntad lo que mueve a la acción.

Los partidarios de la teoría de la representación hacen notar la insuficiencia de la voluntad como factor estructural del dolo, pues ella implica " tender hacia un resultado y no puede ser querido lo no previsto. A lo anterior se agrega la dificultad práctica de constatar el fenómeno puramente interno de la determinación voluntaria si no se consideraran otras circunstancias que sirvan de referencia. Encabezan esta corriente nuevos penalistas quienes sustituyen la concepción de Carrara por la que hace del dolo "una representación del resultado, seguro o probable, que acompaña la manifestación de voluntad".

Ella puede ser externamente apreciada y permite presumir la volición del evento dañoso cuando fue previsto por el agente o cuando debió preverlo, de acuerdo con las circunstancias del caso. Las divergencias entre una y otra doctrina no son fundamentales.

En efecto, la representación y la voluntad son valores correlativos; la doctrina en estudio no niega la necesidad de que el acto sea voluntario, se limita a afirmar "que se supone querido lo representado" Fontán Palestra¹⁴ (14). Por último, la teoría del asentimiento estima insuficiente, para la existencia del dolo, la representación pura y simple del resultado, y estima que, frente a ella, es decisiva la actitud del agente. Representado o previsto el resultado –antijurídico– como seguro, probable o posible, si el sujeto lo acepta y no se detiene en su acción, obra con dolo, por ejemplo, si el ladrón portando ilegalmente un arma de fuego ilegal es detenido antes de que entre a robar en un sitio. Esta teoría es importante porque permite explicar los matices extremos del dolo, representados por el eventual.

La moderna, concepción del dolo encuentra su fundamento en la lógica complementación de las doctrinas anteriores, que de ningún modo se excluyen. Conjugándolas, el dolo se define como la voluntad de realizar una acción cuyo resultado ilícito, previsto como seguro, probable o posible, es querido o al menos asentido por el sujeto.

De la definición precedente se deduce que al dolo lo integran elementos de tipo intelectual y volitivo. Los elementos intelectuales del dolo, en síntesis son los siguientes: el conocimiento de las circunstancias de hecho de la conducta y de sus lógicas o posibles consecuencias (vinculación causal), y la conciencia del carácter delictivo del acto que se realiza.

¹³ PROGRAMA DEL CURSO DEL DERECHO CRIMINAL, FRANCESCO CARRARA, 1944, ARGENTINA, TOMOS I, PAG.15.

¹⁴ CARLOS FONTAN BALESTRA, DERECHO PENAL, ARGENTINA, 1957, EDITORIAL ABELEDO PERROT, PAG#71.

Con criterio profano y no técnico, basta saber, a este respecto, que es ilícito, delictuoso, prohibido, inmoral, etc. La voluntad en el dolo abarca tanto la acción como el resultado; pero, en lo tocante a este último, puede haber sólo asentimiento a su producción. La necesidad de la concurrencia de ambos elementos, conocimiento y voluntad, se advierte con toda claridad en los delitos materiales; en los formales de pura actividad, en cambio, es la conciencia de la criminalidad del acto lo que prácticamente constituye el contenido del dolo.

Debe observarse que los elementos intelectuales no exigen el conocimiento de que la acción ejecutada encuadre en un tipo penal determinado, ni tampoco el de su naturaleza antijurídica, porque de ser así sólo los juristas podrían delinquir.

Es por eso que, aunque para la Ley el obrar dolosamente está reservado a los imputables, en la realidad muchos inimputables también pueden hacerla.

La duda acerca de la naturaleza del acto (lícito o ilícito), por el menosprecio del orden jurídico que envuelve el actuar en esas condiciones, no elimina el dolo; a la inversa, la buena fe es inconciliable con él. Pero debemos observar que es irrelevante el error que recae sobre las condiciones externas de la criminalidad del acto, por ejemplo, el que incide en la edad límite de la inimputabilidad, en la concurrencia o inconcurrencia de una excusa absolutoria o en la duración de la pena que a la Ley impone al delito.

EL MÓVIL Y EL DOLO.-

Móvil y motivo son términos equivalentes, tanto en el uso común como desde el punto de vista psicológico y jurídico. La importancia de la motivación en el delito vino a ser puesta de relieve, como vimos, por el normativismo, pues caracteriza a la culpabilidad normativa pero ya la escuela positiva, dada su orientación, había subrayado su trascendencia al hacer de los móviles, sociales o, antisociales, el eje de su sistema represivo

Si bien móvil y dolo son conceptos diferentes, se encuentran, sin embargo, estrechamente vinculados: aquel precede a éste en el desenvolvimiento de la idea criminal. En efecto el dolo, causa psíquica del delito, es, a su vez, consecuencia de una causa moral anterior y más profunda; la motivación del pensamiento delictivo, consistente en una representación que impele a la acción señala Maggiore, o en "representaciones que actúan sobre la voluntad y que se basan en los efectos"¹⁵ M. E. Mayer (15). En términos más simples, móvil es la causa del actuar.

Cuando la voluntad se decide a actuar el proceso de motivación está agotado. El dolo permanece invariable cualquiera que sea el móvil, bajo o elevado, que inspira al agente, y es por eso que la apreciación del uno es independiente de la del otro.

¹⁵ LECCIONES DE DERECHO PENAL, M. E. MAYER, EDITORIAL UNIVERSAL, ARGENTINA, 1948, PAG.21

No se debe incurrir en el error de creer que el dolo involucra la idea de perversidad moral. La valoración ética de la conducta depende de las motivaciones y designios que impelen a la acción, y es ajena al dolo, "concepto jurídico que está referido exclusivamente a la disposición anímica del sujeto, desde el punto de vista de su inteligencia y voluntad, en relación concreta con el hecho determinado que realiza y con la reprobación normativa que sobre él recae" Novoa¹⁶ (16).

No se concibe una actividad humana consciente sin motivación y quizás este puede ser que nuestro legislador utilizó como argumento principal para realizar el endurecimiento de la pena en esta reforma. La ausencia de un móvil aparente y racional; o uno absolutamente fútil, puede ser síntoma revelador de un delincuente patológico.

CLASES DE DOLO.-

Se advierte en la actualidad una marcada tendencia a reducir las clases de dolo, en vista de que varios de ellos, según se estima ahora, carecen de importancia y se prestan a confusiones.

Este criterio hace que prácticamente se reconozcan sólo los que ocupan los extremos en la escala de la culpabilidad dolosa: el directo, que representa la plenitud del dolo, una modalidad suya, el llamado de las consecuencias seguras o necesarias y el eventual, que ocupa el escalón más bajo, representa la forma más atenuada del dolo y colinda con la culpa con representación. Por lo demás, hay que reconocer que en esta materia, tanto en lo conceptual como en lo terminológico, reina gran anarquía.

El dolo es directo cuando el agente, animado del propósito de obtener el resultado criminal que persigue, ejecuta una acción precisamente encaminada a ese fin. Por sus características se le llama también intencional. Es la forma corriente del dolo y el que origina la mayoría de los hechos punibles, como el portar un arma con el fin de matar a una persona.

La concepción del dolo de las consecuencias seguras o necesarias se funda en el hecho, conocido por el sujeto, de que para el logro del propósito que lo anima habrá de causar también otras consecuencias dañinas, que no quiere, pero que están indisolublemente unidas.

Es el caso, por ejemplo, del que portando el arma de fuego -que ya es delito sin el permiso correspondiente- dispara el arma de fuego para matar al Jefe de Estado en una ceremonia pública. Lo artificioso del distinguo hace que muchos autores incluyan esta modalidad especial en el dolo directo.

Dolo eventual existe cuando la actividad del agente, lícita o ilícita, orientada a la obtención de determinadas consecuencias, no se detiene ante la posibilidad; representada como tal, de producir un resultado típicamente

¹⁶ CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO, EDUARDO NOVOA, CHILE, EDT. JURÍDICA DE CHILE, 1960, PAG.59

antijurídico, no querido, pero sí asentido. Su característica distintiva es la representación de la factibilidad del resultado dañoso, que se acepta como contingencia posible.

Son consecuencias consentidas sólo en vista de que, para no producirlas, el sujeto habría debido renunciar a la acción principal que se proponen los penalistas. Es el caso del automovilista que, en el curso de la competencia, cruza una curva a gran velocidad, aceptando la posibilidad de atropellar a un grupo de espectadores, ante su deseo de ganar la carrera. El dolo eventual se sitúa en la línea fronteriza entre el dolo y la culpa; en dicha zona se asienta también la figura intermedia de la preterintencionalidad (mezcla de dolo y culpa), que en la legislación italiana aparece como tercera forma de la culpabilidad.

No debe confundirse el dolo eventual con la preterintencionalidad. En el delito preterintencional el agente persigue con su acción un evento determinado y se produce otro que va más allá de su intención y que no ha sido previsto ni querido, siendo previsible.

En el dolo eventual el resultado más grave es aceptado, al menos, como contingencia o riesgo posible; la preterintencionalidad, por el contrario, excluye la idea de que el evento más grave haya sido querido.

Nuestros tribunales han estimado que debe serle atribuido al inculpado, a lo menos a título de dolo eventual, el resultado de su acción voluntaria

LA CULPA.-

La culpa se sitúa en la zona inferior de la culpabilidad y ocupa una situación intermedia entre el dolo y el caso fortuito. Concebida en su sentido más lato y general puede decirse que hay culpa en toda conducta voluntaria, lícita o ilícita, realizada con imprudencia o negligencia, que ocasiona un resultado antijurídico no previsto, o previsto pero no querido, ni asentido.

Los elementos integrantes de la culpa y el cuasidelito, que deriva de ella- fluyen de la definición:

- a) Una conducta voluntaria, lícita o ilícita, realizada imprudente o negligentemente,
- b) Un resultado antijurídico no previsto, o previsto pero no querido ni asentido, y
- c) La relación causal entre la acción y el resultado.

De lo anterior se deduce entonces, en síntesis, que el delito culposo se precisa y define por la concurrencia de dos elementos fundamentales, subjetivo el uno: imprevisión de lo previsible o no aceptación ni asentimiento de lo previsto; objetivo el otro: el daño resultante de la acción u omisión voluntaria.

La noción de la culpa descansa en la tradicional teoría de la previsibilidad, que no sólo la caracteriza sino que permite diferenciarla conceptualmente del dolo, por una parte, y del caso fortuito por la otra.

En la acción dolosa el resultado es previsto y querido o al menos asentido por el agente; en la culposa no fue previsto, siendo previsible, o fue previsto, pero "no querido, ni asentido". Si las consecuencias del acto propio eran imprevisibles, nos hallamos ante un caso fortuito, que sale de los límites de la culpabilidad, pues ésta requiere como mínimo la culpa en el obrar.

Como expliqué en un acápite anterior si la persona no registra peligrosidad para la sociedad debería de ser penalizada bajo el sistema de la culpa y asignarle su pena acorde a esta y no a la de una acción dolosa y todavía sin un debido proceso que lo compruebe.

NATURALEZA DE LA CULPA.-

Cuando se trata de fundamentar la razón del castigo del caso la Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios y su Reglamento los delitos de culpa, surgen diversas teorías:

a) La que lo hace radicar en la no previsión de lo previsible. Es la doctrina clásica. Originariamente del derecho romano, a ella corresponde la definición que dio Carrara de la culpa: "omisión voluntaria de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del acto propio. Dícese consecuencias posibles, porque la esencia de la culpa está toda en la previsibilidad"¹⁷ (17). En consecuencia, el resultado dañoso se produjo porque el sujeto no reflexionó como era su deber, sobre las contingencias de su actividad. De ahí que la culpa sea al mismo tiempo vicio de la inteligencia y de la voluntad;

b) Hay quienes han estimado que la culpa proviene de un defecto de la inteligencia, consistente en una incapacidad o insuficiencia del poder de asociación de ideas, posición que, llevada a sus extremos, conduce a la impunidad de los delitos de culpa, tal como aquel que no sabe que portar un arma sin permiso es un delito de reclusión menor, por ejemplo, un montubio de nuestro campo ecuatoriano que resguarda su ganado a caballo;

c) Otros atribuyen la culpa a un vicio o defecto de la atención; así, por ejemplo, se afirma que el sujeto no ha querido prestar, en lo que realizaba, aquella atención a la que estaba obligado. Todas las doctrinas anteriores, aunque contienen una parte de verdad, son unilaterales, porque, destacando un aspecto particular de la culpa, descuidan el conjunto. La previsibilidad es

¹⁷ PROGRAMA DEL CURSO DEL DERECHO CRIMINAL, FRANCESCO CARRARA, 1944, ARGENTINA, TOMO II, PAG.67

elemento esencial de la culpa; pero, como observa Jiménez de Asúa, la posibilidad de prever supone atención, proceso de naturaleza intelectual, y, por otra parte, como es preciso fijada, no es posible tampoco desconocer sus raíces volitivas;

d) Los positivistas fundamentan el castigo de los cuasidelitos en la responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente, y

e) Innovando respecto de las doctrinas anteriores, que en su mayoría buscan en el psiquismo la fundamentación de los delitos culposos, aunque sin negar la base psicológica en que descansa la culpa, la concepción normativa de la culpa afirma que el juicio de reproche se funda en la valoración del deber de inteligencia, atención y cuidados indispensables para evitar que de nuestra actividad consciente, incluso perfectamente lícita, deriven consecuencias previsibles, dañosas para los demás.

COMPENSACIÓN DE LA CULPA.-

Surge el problema de una posible concurrencia de conductas culposas en los sujetos activo y pasivo, y en tal caso, la interrogante de si dichas culpas son o no susceptibles de compensación. En lo penal es dominante la opinión negativa, por la naturaleza personalísima de la culpa y porque la compensación conduciría a un sistema talional.

Al derecho penal interesa solamente establecer si, con dolo o con culpa, se ha incurrido en responsabilidad criminal; la culpa ajena no elimina ni disminuye la propia en materia penal, la Ley no autoriza la compensación de la culpa.

PREVISIBILIDAD.-

La previsión del resultado ilícito es fundamental para diferenciar el dolo de la culpa para deslindar ésta del caso fortuito y para distinguir entre el error de hecho culpable y el inculpable.

¿Cómo ha de apreciarse la previsibilidad. o imprevisibilidad de un resultado?.

Dos tendencias, objetiva una, subjetiva otra, se manifiestan al respecto. En conformidad a la primera, sostiene Pessina que las consecuencias ordinarias y directas de nuestras acciones son siempre previsibles, y que no lo son aquellas que se apartan del curso regular de los hechos y surgen por la concurrencia de otras causas. Mientras más fácilmente puede ocurrir un suceso mayor es la previsibilidad de su realización, y, a la inversa, cuanto más difícil es que sobrevenga, tanto más crece la dificultad de preverlo.

Modernamente se considera que el criterio objetivo es insuficiente y se sostiene la necesidad de tener en cuenta, además, las circunstancias subjetivas que concurren en cada caso: las condiciones intelectuales y culturales del sujeto, su capacidad de reacción, su edad, su patrimonio de experiencia

adquirida en la vida y demás condiciones personales, entre ellas ciertos defectos físicos, como la miopía y la sordera. En consecuencia, la dificultad no se resuelve de acuerdo con una cierta capacidad media de previsión que puede esperarse en las personas -simple reminiscencia del derecho romano, que medía la culpabilidad por la diligencia del buen padre de familia-, sino apreciando cada caso en particular por lo que estimo justo que no se juzgue de la misma manera a un delincuente contumaz que porta un arma ilegalmente que al montubio de nuestro campo que cité en un ejemplo pasado que por su rusticidad desconoce de estas cosas.

CLASES DE CULPA.-

Atendiendo al factor previsibilidad del resultado, desde el derecho romano, existe la clasificación tripartita de la culpa, que distingue entre grave o lata, leve o levísima, distinción que mantiene el derecho civil, pero que ha sido eliminada del derecho penal moderno. Sólo los códigos clásicos como el nuestro, que aún conservan la terminología de "imprudencia temeraria", "negligencia culpable" y "mera imprudencia o negligencia", respetan esta división de la culpa, aunque negando trascendencia penal a la levísima, pues las dos primeras equivalen a la grave y la última, a la leve.

Habida consideración a su naturaleza, la culpa adopta una forma activa, la imprudencia, que se da en los delitos de acción, y otra pasiva, la negligencia, que se presenta tanto en la acción como en la omisión. La imprudencia consiste en obrar con ligereza, sin la cautela que la común experiencia de la vida enseña que debe emplearse en la ejecución de aquellos actos nuestros que pueden causar daños a terceros.

Implica, por lo mismo, escasa o ninguna consideración por el derecho ajeno.

La negligencia, que es la forma básica de la culpa, se traduce en descuido y desatención, en falta de precaución y cuidado en lo que se realiza, en no prever lo previsible. Es en el fondo una especie de pereza psíquica.

Por cierto que la negligencia será tanto mayor cuanto más precaución requiera la ejecución del hecho. Ambas modalidades de la culpa presentan un denominador común: el incumplimiento de un deber de atención y cuidado" que es de la esencia de esta especie de la culpabilidad desde el punto de vista normativo. La impericia consiste en la insuficiencia o falta de aptitud para el ejercicio de un arte o profesión, no constituye una forma específica de la culpa, sino una variante de la imprudencia o de la negligencia que se da en el campo profesional. Nuestro Código Penal no la menciona expresamente entre las modalidades de la culpa, pero alude a ella toda vez que se refiere a la ignorancia inexcusable o culpable.

Un sector importante de la doctrina y de la legislación positiva señala también como forma de la culpa, aparte de las tres mencionadas, la inobservancia o infracción de los reglamentos. De más, trascendencia jurídica es la división que se hace entre culpa consciente o con representación, entendiéndose por tal aquella en que el sujeto, que se ha representado el evento ilícito que puede sobrevenir; no asiente en él, sino confía temerariamente en que no se producirá, y por eso actúa; e inconsciente o sin representación, en que ésta no se produjo como el portar un arma comprada legalmente y transportada del almacén a su casa.

La base en que descansan es la representación como deber abstracto: en la consciente se produjo, en la inconsciente no, debiendo haber existido. Más grave es la primera, si bien hay quienes afirman como Jiménez de Asúa y otros penalistas famosos, que la representación o su ausencia es circunstancia episódica, cuando no temperamental, siendo esta es una distinción doctrinaria.

La culpa con representación colinda con el dolo eventual y con esta consideración discrepo de su aplicación para la tenencia de armas ilegalmente. El punto de contacto es la representación de las posibles consecuencias dañosas de nuestra conducta. La diferencia que los separa radica en que la representación del resultado no detiene el sujeto en el dolo eventual, porque éste asiente, acepta la producción del evento dañoso; en la culpa consciente, en cambio, es la esperanza de que éste no se produzca lo que decide la actuación del agente.

En la culpa con representación decide la ligereza; en el dolo eventual, el egoísmo. Un distingo tan sutil hace difícil la separación, sino en teoría, al menos en la práctica.

Es por eso que algunos penalistas niegan la existencia de la culpa con representación y sostienen que ella entra en los dominios del que llaman dolo de peligro.

LA CULPA Y EL CUASIDELITO EN EL CÓDIGO PENAL.-

Lo mismo que sucede respecto del dolo, sucede con la culpa que no son consideradas en la reforma legal. Lo normal de acuerdo a los estudiosos del Derecho Penal es que los cuerpos legales se refieran a sus diferentes matices: imprudencia, negligencia, negligencia inexcusable, negligencia culpable, descuido, descuido culpable, ignorancia inexcusable o culpable, impericia, inobservancia o sea, a las diversas modalidades que presenta la culpa habida consideración a su naturaleza.

Un estudio comparativo de las disposiciones que aluden a ella, complementadas con la definición del caso fortuito, permite concluir que la esencia de la culpa en nuestra legislación radica, en su base psicológica, en la omisión de diligencia y cuidado, y, en su base normativa, en el deber de actuar con diligencia y cuidado.

Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito.

Regla general es que los cuasidelitos no estén sujetos a sanción penal según el cual está exento de responsabilidad criminal el que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la Ley.

Esos casos excepcionales se refieren en lo fundamental a los cuasidelitos contra las personas. Los delitos de culpa, no sujetos a sanción penal, quedan afectos a responsabilidad civil, siempre que causen daños menores a terceros (Código Civil, Libro IV).

EL DELITO PRETERINTENCIONAL.-

La culpabilidad perfecta supone concordancia entre la voluntad criminal y el resultado, pero como ella no se produce en muchos casos, la ciencia penal ha ideado algunos institutos destinados a salvar las posibles discordancias entre lo querido y lo realizado: la tentativa y el delito frustrado, cuando el resultado no se produjo o es menor que el proyectado; la preterintencionalidad, cuando, a la inversa, es mayor que el propósito inicial como aquella persona que enseña un arma de fuego a un tercero para amedrentarlo y rastrillándola se le escapa un tiro y lo hiere o mata.

La figura jurídica del delito preterintencional surge cuando la acción del agente, encaminada a producir un determinado resultado dañoso, causa un mal, vinculado causalmente a ella, de mayor gravedad que el previsto y querido.

LA CONCAUSALIDAD.-

Llámesese concausalidad a la condición preexistente, concomitante o superviniente que se interfiere entre la acción y el resultado y que concurre a producido con preponderancia sobre el actuar del sujeto.

Ella se vincula con la culpabilidad, por cuanto no se concreta a la simple relación causal entre la acción y el resultado, sino que se refiere también a la relación subjetiva con el agente.

Hay casos en que el resultado delictivo sobreviene no sólo por el querer y el actuar del individuo, sino por el concurso de éstos y de un factor extraño (concausa) que participa eficazmente en su realización, por ejemplo, un mal físico (diabetes, hemofilia) o una septicemia a consecuencia de una lesión corporal que provoca un paro o shock ante el blandir de un arma.

Las concausas pueden ser conocidas del delincuente, y en tal caso haberse servido de ellas para conseguir el resultado que se propuso (una herida leve a un hemofílico puede causarle la muerte), o desconocidas por él independientes

de su acción, a su vez estas últimas pueden tener su origen en un hecho de la víctima, de un tercero o derivar simplemente de la acción inicial sin intervención de nadie.

En todo concurso de causas, el problema se reduce a establecer si la relación causal entre la acción y el resultado fue o no dirimida por la concausa. Lo primero ocurre si ésta ha sido suficiente por sí sola para provocarlo. Para ello es preciso que sea autónoma, independiente de la actuación del sujeto y que éste no haya podido impedirla. La dificultad se resuelve en concreto, caso por caso y el juez en los casos planteados dirimirá.

EL CASO FORTUITO.-

La línea demarcatoria entre la culpa y el caso fortuito se encuentra en la previsión de las consecuencias dañosas del acto propio voluntario. Si ellas no sólo no fueron previstas, sino que eran imprevisibles de acuerdo con las circunstancias, nos hallaremos ante un caso fortuito en el acontecer causal, que sale de los límites de la culpabilidad. Se lo define como el imprevisto a que no es posible resistir. Se encuentra emparentado con la fuerza mayor, bien sea que provenga de las fuerzas de la naturaleza o de conductas humanas jurídicamente incontrolables.

El caso fortuito representa una forma de error, porque el hecho de que un resultado sea absolutamente imprevisible significa ignorancia del evento mismo.

Entre las causales eximentes de responsabilidad criminal, lo que en puridad de principios es criticable, por tratarse de un acontecer que impide el nacimiento de la culpabilidad. A él se declara exento al que con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.

Tres son, por lo tanto, los elementos que lo integran:

1-Una conducta inicial lícita. Al respecto hay que tener presente que siendo el plano subjetivo del delito y no su plano objetivo el afectado por el caso fortuito, el carácter lícito o ilícito de la conducta -que dice relación con la materialidad del hecho- es indiferente.

Entenderlo de otro modo conduce al “*versari in re illicita*”, opuesto al principio universalmente aceptado de que no hay pena sin culpabilidad, pues según dicho aforismo deben cargarse a la cuenta del agente todas las consecuencias de su actuar ilícito, aún las no queridas ni previstas;

2-La acción debe realizarse con la debida diligencia, poniendo el sujeto la atención y cuidado que justamente podían exigírsele, atendidas las circunstancias y sus conocimientos y capacidades personales, y

3- Es menester que el mal sobrevenga por mero accidente, que sea imprevisible y que surja sin dolo ni culpa por parte del actor. La imprevisibilidad debe ser apreciada en concreto, no en abstracto.

Verbigracia, un armero removiendo una bala atorada en una pistola con extrema precaución, se dispara el arma y suelta la bala saliendo por la ventana e hiriendo esa bala perdida a alguien que pasaba en ese momento fuera de ese lugar.

Si no concurre alguno de los elementos enunciados -salvo la reserva formulada acerca del primero- el hecho se convierte en cuasidelito por imprudencia temeraria, esto es cuando no concurren todos los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad. Esta regla constituye una excepción al principio general, según el cual las eximentes incompletas se transforman en atenuantes.

ERROR E IGNORANCIA EN MATERIA PENAL.-

Aunque la psicología distingue entre ignorancia y error, pues la primera implica falta total o parcial de conocimientos respecto de determinada materia, y el segundo, en cambio, un conocimiento equivocado sobre un concepto, una cosa o un hecho, en lo jurídico, según la opinión más generalizada, son términos equivalentes, porque todo error envuelve ignorancia.

La función del error término que comprende también la ignorancia al afectar la relación subjetiva entre el agente y su actuación, es impedir, lo mismo que el caso fortuito, el nacimiento de la culpabilidad, o sea que tanto el uno como el otro constituyen causales de inculpabilidad, aunque el error en forma limitada, como lo diremos a continuación.

No siempre el error excluye la culpabilidad. Al respecto hay que distinguir entre el de hecho y el de derecho. Este último, que incide en el precepto legal violado, no la elimina, salvo las excepciones que reconoce la doctrina y que ya examinamos al revisar la ignorancia de la Ley Penal. El de hecho se divide en esencial y accidental.

Es esencial el error que recae sobre los elementos del acto típico (por ejemplo, apropiarse de una cosa ajena creyéndola abandonada) o sobre la antijuridicidad de la acción, sobre la significación jurídica de los hechos, caso este último en que surgen las llamadas eximentes putativas, la mas conocida de las cuales es la legítima defensa putativa. Ellas pertenecen a la teoría del error, por lo que es impropio hablar de justificantes putativas.

Para que el error de hecho esencial excluya toda culpabilidad, es preciso además que sea inculpable. Error inculpable es el racionalmente invencible o inevitable, atendidas las circunstancias del caso, es decir si se ha incurrido en él no obstante haber puesto en la acción la normal diligencia requerida por la

naturaleza de los hechos Fontán Palestra¹⁸ (18). La distinción entre el error inculpable y el culpable (invencible o vencible) se funda en la imprevisibilidad o previsibilidad del evento dañoso.

El error esencial vencible o evitable (previsible), si bien elimina el dolo, deja subsistente la culpa; por lo demás, el hecho será punible sólo cuando la Ley castigue expresamente el cuasidelito resultante, lo que no sucede, verbigracia, en el ejemplo propuesto más arriba. El error de hecho opera sobre el dolo directo; el que recae sobre el eventual es intrascendente.

No produce el error efecto alguno sobre la culpabilidad cuando es accidental o no esencial, esto es, cuando incide en circunstancias de hecho que carecen de relevancia jurídica, sea en general, sea en relación con la figura de que se trata. Este tipo de error presenta dos variedades principales:

a) El error en la persona o en el objeto, que recae en la identidad de la una o del otro; por ejemplo, A quiere matar al B, pero mata a E, a quien confunde con B;

b) La equivocación en el golpe o "aberratio ictus": el disparo dirigido contra A mata a B. Un error de representación o de ejecución es penalmente irrelevante, porque los tipos legales son abstractos y generales, aplicables a un número indeterminado de situaciones. La eficacia del error depende de su capacidad para eliminar la criminalidad subjetiva de la conducta.

Además de las eximentes putativas, ya mencionadas, con la teoría del error se vinculan otras figuras de interés para el derecho penal: el delito putativo y el delito imposible.

Por delito putativo, que para Binding es un error al revés, se entiende, según el Código Penal Uruguayo señala, "el hecho jurídicamente hecho cometido bajo la convicción de ser delictivo"¹⁹ (19), hipótesis en que el error incide en la tipicidad de la acción. Representa la contrapartida de las eximentes putativas, en las cuales se ejecuta un delito en la creencia errónea de que se actúa conforme a derecho.

En el delito imposible, el error versa sobre los hechos (objeto material del delito o medios empleados en su ejecución) que no se conocen bien, a diferencia del delito putativo, en el cual ellos son perfectamente conocidos.

La diferencia entre error de hecho y de derecho –teoría de la diferenciación, consagrada en el Código Civil y que cada día cuenta con menos partidarios- se opone la teoría de la unificación, defendida particularmente por penalistas alemanes (von Liszt, M. E. Mayer, Binding, Hippel).

Según ella, carece de significación jurídica que el error provenga, de un desconocimiento o de una apreciación inexacta de los hechos, o de un

¹⁸ CARLOS FONTAN BALESTRA, DERECHO PENAL, ARGENTINA, 1957, EDITORIAL ABELEDO PERROT, PAG#78.

¹⁹ CÓDIGO PENAL URUGUAYO

desconocimiento o falsa concepción de las disposiciones legales aplicables al hecho.

Los partidarios de la teoría de la diferenciación han ideado algunos arbitrios para darle cierta elasticidad y evitar así las injusticias que resultan de su aplicación rígida. Se ha recurrido al expediente de hacer, dentro del error de derecho, la diferencia entre el que recae sobre la Ley Penal y el que incide en una Ley no penal que integra el delito -situación que se plantea de preferencia respecto de las Leyes penales en "blanco"-, asimilando este último al error de hecho.

Tal distinción es artificiosa y está destinada al fracaso, porque unas y otras son inseparables del tipo.

Con la misma finalidad se acude a la división de los delitos en naturales y de simple creación política. En realidad, el dualismo tradicional no tiene razón de ser: ambos tipos de error excluyen el dolo, por cuanto en uno y otro caso el agente, obra de buena fe, convencido de que no ejecuta una acción antijurídica, de que no obra contra la Ley. La duda o la incertidumbre no se identifican con el error.

El que comete delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la Ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen. El primer acápite alude al error de hecho accidental y comprende tanto el error en la persona como la aberratio ictus. La parte final prevé la concurrencia, en el hecho realizado, de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal, como elementos del delito, y prescribe que éstas no serán tenidas en consideración, pero sí aquéllas. Un ejemplo permitirá aclarar el concepto: alguien se propone matar a su padre (parricidio) y por error mata a un extraño (homicidio); o, a la inversa, se dispone a matar a un extraño y mata a su padre. La regla se basa en el principio "de que la responsabilidad criminal no puede exceder al mal objetivamente causado, por una parte, y de que tampoco puede sobrepasar al hecho objetivamente considerado por el sujeto activo, por otra parte"²⁰ (Novoa).

En el primer caso hay intención no realizada; en el segundo existe error sobre un elemento esencial del tipo. En ambos supuestos el sujeto será castigado como autor del homicidio o en el caso del que cree que esta portando y juega con una pistola de foguero y resulta ser una de verdad, error que se puede dar hasta con un niño debido a que las pistolas de juguetes ahora son muy parecidas a las reales hasta en materiales y color, al punto que ya han pasado accidentes fatales por este motivo en el pasado.

²⁰ COMPENDIO DE DERECHO PENAL, ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, ESPAÑA, EDT. REV. DE DERECHO PRIVADO, 1958, TOMO I, PAG. 24

LA SANCIÓN PENAL.-

Toda disposición penal incriminatoria consta de dos partes: el precepto y la sanción. La acción típicamente antijurídica y culpable integra el precepto, que si no va acompañado de una sanción no constituye delito (por ejemplo, la tenencia ilegal es penada de 3 a 6 años).

No obstante que en el sentir de vastos sectores del pensamiento jurídico-penal, inspirados en la tesis de M. E. Mayer -tesis que en el fondo según la frase de Quintano Ripollés, no es más que "una pueril querrela terminológica"-, la amenaza penal no es elemento constitutivo sino consecuencia del delito, en nuestro derecho positivo es imposible prescindir del criterio tradicional, en atención a la explícita referencia a la sanción penal contenida en la definición de delito.

Por otra parte, es útil mantener este elemento por los inconvenientes que presenta su exclusión, como observa Fontecilla, frente a las excusas absolutorias, que justamente eliminan la pena en los casos determinados por la Ley.

Lo que da fisonomía jurídica al delito o delito culposo es el hecho de que estén sancionados por la Ley, a diferencia del delito o cuasi delito civil que se caracterizan por el daño que ocasionan en la persona o derechos de un tercero, tengan o no asignada una sanción penal.

SUJETO ACTIVO DEL DELITO.-

Todo delito en cuanto expresión de la actividad humana tiene dos sujetos: el activo, agente o autor, y el pasivo o víctima (nuestro legislador también lo denomina como el ofendido), y un objeto. El término autor, aplicable al sujeto activo, adquiere especial propiedad en la participación criminal, y la palabra delincuente tiene más un sentido biológico-social que una significación jurídica definida.

Agente o autor de un delito sólo puede serlo la persona. No se reconoce ahora tal calidad, como aconteció en otros tiempos, a los animales, a los objetos inanimados o a los elementos de la naturaleza. Por lo regular cualquiera persona puede serlo; pero la Ley exige a veces que invista ciertas calidades o condiciones (empleado público, pariente, cónyuge, etc.). En el primer caso tenemos un delito de sujeto indiferente; en el segundo uno especial o propio, calificado o privilegiado, distinción fundamental para los efectos de la comunicabilidad de los elementos del delito.

Cuando de persona se habla, surge la necesidad de establecer si sólo la conducta humana (persona natural) puede ser fuente generadora de los delitos

o si también es posible exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (delinquere societatis han potest).

SUJETO PASIVO DEL DELITO.-

Sujeto pasivo o víctima del delito es, en sentido amplio, la sociedad, porque todo delito importa un atentado a sus condiciones normales de existencia; y, en sentido propio, lo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción delictiva. Revisten, por lo, tanto, dicho carácter:

- a) El ser humano, que puede serlo durante su vida intrauterina, por lo que; la Ley sanciona el delito de aborto, y durante su existencia legal. Los cadáveres no pueden ser sujetos pasivos del delito, porque la existencia legal de las personas termina con la muerte. No obstante, el Código Penal sanciona la falta de respeto a los muertos y se reprime la violación de sepulturas; pero lo hace porque la ofensa a un cadáver afecta directamente a sus deudos e indirectamente a la sociedad. Tampoco son sujetos pasivos los animales. La Ley los protege, sin embargo, en interés del propietario o en interés público y se castiga los malos tratos inferidos a los animales y algunas Leyes establecen períodos de veda en la caza y en la pesca con el objeto de evitar la extinción de especies útiles;
- b) Las personas jurídicas, en cuanto a los delitos que atentan contra los bienes jurídicos que les pertenecen los que afectan a su patrimonio (hurtos, robos, estafas, incendios), a su "honor" (injurias) u otros intereses de que son titulares (falsificaciones);
- c) El Estado, protegido contra los atentados que amenazan su seguridad exterior y soberanía o su seguridad interior, o sea que amagan su existencia, y
- d) La sociedad en general, amparada contra las infracciones que afectan a la comunidad: vagancia, mendicidad, desórdenes públicos, etc.

Preciso es distinguir el sujeto pasivo de la persona perjudicada con el delito, es decir, la que ha sufrido un daño que debe ser indemnizado, personas que no necesariamente coinciden, ya que el perjuicio patrimonial o moral puede recaer sobre la propia víctima (robo, hurto, lesiones) o sobre un tercero, como sucede en el homicidio.

OBJETO DEL DELITO.-

La expresión objeto o cuerpo del delito tiene dos acepciones: una de orden penal, el objeto material del mismo u objeto de la acción, y otra de orden procesal, el objeto jurídico.

El objeto material representa la materialidad misma del delito, la persona o cosa sobre que recae: el cadáver en el homicidio, la cosa apropiada en el robo o

en el hurto. Pueden serlo tanto quienes invisten la calidad de "sujeto pasivo" o víctima -caso en el cual ambos conceptos de ordinario se confunden- como también los animales y las cosas inanimadas, entre las que se comprenden los cadáveres.

El objeto jurídico dice relación con el bien jurídico tutelado por la norma penal y lesionado, o puesto en peligro por la acción delictuosa; en otros términos, "se refiere a precisar a cuál de los delitos contemplados en la legislación penal corresponde un hecho material cualquiera"²¹ Del Río (21). En su acepción procesal, la idea que mejor traduce la expresión "cuerpo del delito" es la de "hecho punible", o sea la existencia del mismo, fundamento de todo juicio criminal, ya que si no consta que ha habido delito no puede procederse contra persona alguna aunque en el caso de la tenencia ilegal de armas no necesariamente se produce este hecho.

La descripción que la Ley hace del hecho punible constituye el elemento tipicidad de la teoría del delito.

DELITOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN.-

La moderna doctrina penal los clasifica en:

Delitos de acción o de comisión, como propiamente debe decirse es el actuar, que produce o tiende a producir un cambio en el mundo exterior, quebrantando una norma penal de carácter prohibitivo.

Los de omisión comprenden dos categorías: los de omisión simple o propia, que constituyen la regla general, y los de omisión impropia, también llamados delitos de comisión por omisión.

Los primeros, que importan la violación de una Ley imperativa, consisten, de acuerdo con lo ya dicho, en "la no realización del acto esperado y legalmente exigible" Del Río²² (22). Pertenecen a esta categoría, entre otros, los que castiga al ciudadano que no cumple el servicio militar obligatorio, habiendo cumplido la edad legal (remiso); en la Ley Orgánica de Elecciones, que sanciona al que no sufraga, sin hallarse impedido por alguna de las causales que menciona.

Los delitos de comisión por omisión representan una clase intermedia.

Son verdaderos delitos de acción, por ser esencialmente prohibitivo el precepto legal violado; pero el resultado se obtiene mediante una omisión, estando el agente obligado a actuar, sea por mandato de la Ley, en virtud de una obligación contraída por él mismo o porque el peligro nace de su actividad voluntaria, el ejemplo tradicional es el de la madre que da muerte a su hijo no suministrándole alimentos. Se imputa en tal caso un resultado que se castiga

²¹ ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL, RAIMUNDO DEL RÍO, CHILE, 1939, PAG. 40

²² 22ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL, RAIMUNDO DEL RÍO, CHILE, 1939, PAG. 55

por una omisión, por lo que no es ésta la que castiga, sino aquél. En cambio en un delito de omisión propia el omitir no es el medio sino el objeto mismo de la imputación.

En otras palabras, en éste son negativos tanto la acción como el resultado; en aquellos la acción es negativa y el resultado positivo. Es la diferencia esencial que los separa. De lo dicho resulta que los presupuestos en que se basa la comisión por omisión son los siguientes: un deber jurídico de actuar del sujeto y que dicha actuación, de haberse producido, hubiera evitado el resultado delictuoso.

Por lo demás, son muchos los delitos de acción siempre que requieran un resultado como elemento de tipo, es decir, que se trate de delitos materiales susceptibles de transformarse en delitos de comisión por omisión. Como ejemplo típico se citan los que atentan contra la vida, pues, de acuerdo eje el verbo rector, a la Ley no interesa la manera como se perpetran.

Los que no admiten tal cambio llevan un verbo rector muy estricto, que indica la forma de comisión. Es el caso del robo y del hurto.

DELITOS INSTANTÁNEOS Y PERMANENTES O CONTINUOS.-

Podemos suponer unidad de acción y de delito, el caso más simple o más frecuente de delito unitario. Se presenta cuando a una acción única corresponde un resultado criminal único también. Desde este punto de vista se les divide en instantáneos, la regla general, y permanentes o continuos.

Instantáneo es el delito cuya acción consumativa se agota en un instante, es de duración inapreciable como el portar un arma sin un permiso; permanente o continuo, a la inversa, es aquel en que la acción que lo consuma crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien jurídico afectado. Su característica esencial es la persistencia de la acción y del resultado; aquella dura tanto como éste.

Gráficamente el delito instantáneo se representa por un punto y el permanente, por una línea.

La cesación del estado antijurídico depende de la voluntad del sujeto, activo; pero es posible también que se produzca por el hecho de terceros, de la propia víctima e incluso por otras causas, como, en el secuestro, por la muerte del secuestrado. En casos especiales, y concurriendo determinadas circunstancias, si es el propio sujeto activo quien le pone término voluntariamente, la Ley aprecia esta acción suya como causal de atenuación de la pena. Es lo que sucede, por ejemplo, en la sustracción de menores.

No debe confundirse el delito permanente con el instantáneo de efectos permanentes en el cual no es la acción consumativa la que perdura -el sujeto no tiene ya nada más que hacer- sino el resultado, las consecuencias, el mal producido.

Son delitos permanentes el secuestro de personas, la sustracción de menores, la detención arbitraria, las asociaciones ilícitas, el rapto, etc.; son de efectos permanentes, entre otros, la bigamia -calificación muy discutida por los autores- y la usura.

PROCESO DE DESARROLLO DEL DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS.-

1.1 EL ITER CRIMINIS.-

El delito nace como idea que se proyecta al exterior a través de una conducta encaminada a producir el resultado perseguido. Por eso todo delito tiene un iter criminis, que a veces, cuando la voluntad actúa de inmediato, como sucede en los de mera actividad (injurias verbales, por ejemplo), se reduce a una mínima expresión. Pero lo normal es que tenga un desenvolvimiento dinámico, que entre los extremos señalados se sitúen etapas intermedias, constitutivas del proceso de desarrollo del delito.

El iter criminis comprende las etapas por que atraviesa el delito desde la ideación hasta su consumación. Fundamentalmente ellas son dos: una interna o psicológica y otra externa o material. A veces interfiere entre ambos, como situación intermedia, la resolución manifestada de cometer un hecho punible, que la Ley castiga en ciertos casos calificados, sin embargo esta noción fundamental también ha sido olvidada totalmente por nuestro legislador al hacer su reforma legal.

1.2 FASE INTERNA.-

El delito es un acto voluntario y la voluntad, es un proceso mental del consciente, que tradicionalmente viene presentándose como integrado por la sucesión de tres momentos: la concepción del proyecto criminal, la deliberación acerca de él y la resolución o decisión de llevarlo a efecto.

Semejante descripción del acto voluntario dista mucho de ser científica.

Aparte de que ella supone tomar partido en favor del problema metafísico del libre albedrío, la psicología contemporánea estima que, más que una explicación del fenómeno volitivo, no sería sino la presentación esquemática de factores que se entrelazan para constituir proposición y conspiración para delinquir, que sanciona un todo que culmina en la acción.

Por lo demás, estos fenómenos síquicos carecen de relevancia jurídica, escapan al derecho penal, pues a éste -y al derecho en general- le interesa el hombre como ser actuante y no simplemente como ser pensante. Los pensamientos y voliciones criminales carecen de significación si no se manifiestan externamente. No existen para el derecho penal moderno delitos sin acción o de mera sospecha, pues él no penetra en el campo de la conciencia.

Ello porque dichos pensamientos y voliciones, aun cuando se supongan conocidos, no causan daño ni violan precepto legal alguno, aparte de que la voluntad no puede ser considerada y tratada como irrevocable.

1.3 FASE INTERMEDIA.-

El límite para la punibilidad de las ideas es la resolución manifestada, de perpetrar un delito, en la cual la Ley castiga no propiamente la idea resolutoria, sino su expresión, lo que ya constituye un acto externo si bien no materializado aún.

Es lo que diferencia la resolución manifestada de los actos preparatorios, en los cuales no se da todavía un principio de violación de una norma jurídica determinada. La resolución manifestada se presenta en nuestro Código en forma de proposición y conspiración para delinquir, que sanciona únicamente tratándose de los delitos contra la seguridad exterior del Estado y contra su seguridad interior.

1.4 FASE EXTERNA.-

Aquí se sale del dominio psicológico de las intenciones, o de la resolución simplemente manifestada, y se llega a la materialización de la voluntad criminal. Los actos externos se dividen en dos categorías: indirectos o preparatorios y directos o de ejecución, que comprenden la tentativa, el delito frustrado y el delito consumado (agotado).

1.5 ACTOS PREPARATORIOS.-

Con este nombre se designan ciertos actos preliminares que únicamente en la psiquis del autor del delito se vinculan a la comisión de un delito, por cuanto se relacionan con él sólo en forma mediata e indirecta; por ejemplo, la compra del arma para perpetrar un homicidio. Como "la ejecución del delito es un viaje emprendido por el malvado hacia la violación de la Ley" Carrara²³ (23), es frecuente que se realicen actos previos al momento ejecutivo que, sin ser parte de él, al menos lo hacen posible como el portar un arma.

La demarcación entre la actividad preparatoria y la ejecutiva, difícil de precisar a veces en la práctica, es de señalada importancia, en atención a que, por regla general, aquélla no está sujeta a sanción. En este sentido, el criterio clásico continúa imperando.

Fundamento de la impunidad del acto preparatorio es el principio de reserva (nullum crimen, nulla poena sine lege), la protección del Individuo frente a la posible arbitrariedad judicial, ya que tal acto no importa la violación de una norma jurídica. Es un verdadero postulado del derecho penal liberal, al que no es posible renunciar, el establecimiento de un límite mínimo a la actividad punible. Los autores clásicos invocan todavía otras razones: hacen notar que dichos actos son equívocos, no es posible asociarlos a un delito determinado,

²³ ÍB ÍDEM DEL ANTERIOR PIE DE PÁGINA DE ESTE AUTOR

por lo que no revelan de una manera indubitable la intención del sujeto, y que su impunidad favorece el desistimiento.

Sin embargo, existen actos preparatorios -los que Carrara denomina actos preparatorios contingentes- que son unívocos demuestran de modo legal alguno, aparte de que la voluntad no puede ser considerada y tratada como irrevocable.

1.6 ACTOS DE EJECUCIÓN.-

La actividad ejecutiva, según vimos, comprende la tentativa, el delito frustrado y el consumado.

En principio, la Ley penal interviene sólo desde el momento de la tentativa o conato.

LA TENTATIVA EN ESTA CLASE DE DELITO.- NOCIÓN.-

La etimología de la palabra tentativa, y de la voz "conato", envuelve la idea de una actividad tendiente a conseguir algo.

En lo jurídico el concepto se circunscribe. En primer término, no cualquiera actividad encaminada a la obtención del fin perseguido por el agente da origen a una tentativa, sino únicamente aquella prevista y sancionada por la Ley penal; luego, se requiere una acción capaz de lesionar el bien jurídico tutelado por la Ley, pero que no debe ir más allá de la puesta en peligro de dicho bien, porque su lesión efectiva importaría la consumación del delito. A esta altura la actuación del sujeto debe detenerse por causas ajenas a su voluntad, pues de lo contrario no habría tentativa punible.

En base de las ideas precedentes, podemos decir que existe tentativa en, sentido amplio, comprendiendo incluso el delito frustrado, cuando se da principio a la ejecución de un delito y la acción no se realiza o el resultado no se verifica por causas independientes a la voluntad del autor, verbigracia, desde que el ladrón porta el arma para delinquir (la tenencia ilegal de armas es un delito perse) hasta que lo hace siendo su resultado positivo o negativo.

Consiste entonces, en líneas generales, en la ejecución parcial de un delito, por haber fracasado en su objetividad jurídica o en la voluntad del delincuente, separado o conjuntamente. De acuerdo con la fórmula sintética de Maggiore (24), "es la ejecución fallida de una determinación criminosa"²⁴.

CARACTERÍSTICAS DE LA TENTATIVA.-

Hay que considerarlas en relación con el esquema del delito y con el resultado del mismo.

²⁴ DERECHO PENAL, GIUSEPPE MAGGIORE, EDT. TEMIS, COLOMBIA, 1954, PAG. 32

a) En cuanto a lo primero, es una figura accesoria. Enseña Beling que además de las figuras delictivas autónomas, existen formas accesorias vinculadas con ellas, y en las cuales el delito básico aparece representado tan sólo por un principio de ejecución.

Aisladamente consideradas carecen de significación; pero, relacionadas con el delito principal correspondiente, son causas de extensión del tipo y de la pena a situaciones que de lo contrario resultarían atípicas. Por eso no es posible hablar de tentativa en abstracto, sin relacionarla con un delito determinado.

b) Desde el punto de vista del resultado, la tentativa es un delito imperfecto, en el sentido de que con ella no se alcanza la consumación.

La concepción del conato como delito imperfecto sólo es válida partiendo de su naturaleza objetiva. Mirado el problema con criterio subjetivo no tendría sentido, por cuanto, revelada la intención criminal, resultaría superfluo distinguir entre delito perfecto e imperfecto.

Apreciada en sí misma, la tentativa es una infracción perfecta, a la cual el ordenamiento jurídico asigna una pena propia.

ESENCIA DE LA TENTATIVA.-

Varias teorías tratan de explicarla:

a) Teoría subjetiva.- Sostiene que la esencia de la tentativa radica en la voluntad del agente, exteriorizada en una conducta que tiende a la comisión del delito. Su principal defensor es von Buri y la siguen algunos penalistas franceses (Saleilles, Garçon, Vidal, etc.). Se le objeta fundamentalmente que la intención no basta para justificar el castigo de una conducta típica que sólo ha tenido una realización parcial.

b) Teoría sintomática.- Sustentada por los positivistas, que llegan a una conclusión parecida: la acción antijurídica que no ha producido el evento esperado carece de relevancia penal si la voluntad que la anima no revela una personalidad peligrosa.

c) Teoría objetiva.- En oposición a las anteriores, sostiene que la esencia del conato se encuentra en el principio de ejecución, cuyo castigo se subordina al peligro para el bien jurídico atacado. Mientras éste no exista, para nada cuenta la intención. Este criterio, que adquiere pleno desenvolvimiento con Carrara, es el de nuestro Código.

PRESUPUESTO PREVIO DE LA TENTATIVA.-

Es presupuesto de la tentativa, condición indispensable para su existencia, que la actividad dirigida al resultado antijurídico sea fraccionable, susceptible de fragmentarse en etapas sucesivas.

Por falta de este requisito sine qua non carecen de tentativa los delitos de simple omisión -no los de comisión por omisión, los llamados de posición, como mantenerse en morada ajena contra la voluntad del morador hecho no previsto en el Código.

Sin embargo, existen hechos punibles que, no obstante cumplir con el requisito de la fragmentación de la conducta delictiva, no son sancionadoras en grado de tentativa.

En el Código se encuentran en este caso las faltas, que sólo se castigan cuando han sido consumadas.

LÍMITES DE LA TENTATIVA.-

En ella se distingue un límite inferior, que divide los actos preparatorios de los de ejecución, y un límite superior, que la separa del delito consumado. El primero es de orden cualitativo, porque deslinda una actividad punible de otra que no lo es; el segundo, situado entre acciones ejecutivas, es cuantitativo.

ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.-

Son elementos integrantes de la tentativa:

- a) El principio de ejecución de un delito determinado;
- b) Intención de alcanzar el resultado delictivo que se persigue;
- c) Interrupción de la actividad criminosa y que ella se deba a causas independientes de la voluntad del agente.

Sistematizando lo dicho, es posible afirmar, como lo sostiene también Orestes Araújo, que el esquema legal del conato consta de dos elementos positivos, el uno objetivo: el comienzo de la acción ejecutiva, el otro subjetivo: la voluntad encaminada a la consumación de un delito; y de dos elementos negativos, uno objetivo: la no ejecución de todo el proceso que requiere la consumación, y otro subjetivo: que la interrupción se produzca por causas ajenas a la voluntad del autor del hecho.

A) PRINCIPIO DE EJECUCIÓN.-

La caracterización de la tentativa por el principio de ejecución.

Representa la realización parcial del delito y está constituido por actos directamente encaminados a la consecución del fin propuesto. El problema fundamental que plantea el principio de ejecución es el de su delimitación con los actos preparatorios, problema que en la práctica puede ofrecer serias dificultades y de cuya trascendencia nos hemos ocupado más atrás.

Las teorías formuladas al respecto se dividen en dos grupos: las subjetivas y las objetivas. Estas últimas cuentan con mayor número de partidarios.

Fundamentación subjetiva.-

A ella pertenece la doctrina de la univocidad, que, formulada por Carmigniani, fue desenvuelta por Carrara en su Programa, si bien en escritos posteriores la abandonó.

De acuerdo con esta doctrina, los actos preparatorios son equívocos, esto es, susceptible de interpretaciones diversas, y los de ejecución, unívocos, o sea que se manifiestan de un modo indubitable como dirigidos a la obtención de un resultado criminal determinado. Pero como la actividad desarrollada puede ser común a varios delitos (el disparo que no da en el blanco y pudo estar destinado a matar o a lesionar a la víctima), se hace necesario acudir a la intención del autor para individualizar el delito que se propuso cometer. Es por eso que esta teoría debe ser encasillada entre las de fundamentación subjetiva.

En el fondo, reduce el problema a una cuestión de prueba.

Fundamentación objetiva.-

Las teorías pertenecientes a esta categoría procuran resolver la dificultad, bien desde un punto de vista sustancial, bien desde un punto de vista formal. Entre las primeras hay que mencionar ante todo la de Carrara, que luego de desechar la univocidad, recurre al criterio del ataque a la esfera jurídica de la víctima. Variantes o modalidades de esta doctrina asientan el principio de ejecución en el peligro de lesión del bien jurídico protegido por la norma penal o en su potencialidad causal para producir el efecto perseguido.

Entre los autores que sustentan un criterio de delimitación objetivo formal, aparece en primer término Beling, para quien la figura accesoria de la tentativa se vincula con la correspondiente figura autónoma, de suerte que el principio de ejecución lo es del delito con el cual se relaciona. Así, en el homicidio, el requisito "matar a otro" se reemplaza por el de "comenzar a matar a un hombre". Mezger parte también de este deslinde formal, pero lo combina con el ataque al bien jurídico protegido.

El principio de ejecución de un delito es cuestión que debe resolverse con criterio objetivo, con referencia en cada caso concreto a la actividad a que alude el verbo rector del tipo principal.

Uno de los beneficios aportados por la teoría de la tipicidad es el de haber aclarado la difícil problemática que plantea la diferenciación de los actos ejecutivos de los simplemente preparatorios.

Sin negar la función indiciaria del fin perseguido que tiene el dolo en la tentativa, no es posible apoyarse en la sola subjetividad para calificar el principio de ejecución, porque esta expresión que emplea el Código, con el agregado de hechos directos, está indicando que en ningún caso es permitido prescindir de la materialidad de la actuación criminal.

Encarado el problema de la tentativa en función del correspondiente delito autónomo con el cual se vincula, resulta que el elemento esencial del conato es de carácter relativo. No existe un principio de ejecución válido para cualquiera figura delictiva, incluyendo la tenencia ilegal de armas.

A las ideas expuestas se ciñe en lo esencial el siguiente criterio: tratándose de la tentativa de homicidio es de rigor que se realicen hechos que manifiesten de una manera inequívoca la intención del autor de producir la muerte de una persona, practicando actos de ejecución de tal naturaleza y gravedad que tiendan natural y precisamente a obtener este resultado y lo cual es recogido como criterio análogo por nuestro legislador para endurecer la pena indicando que el fin de portar un arma siempre será para matar o herir a alguien más.

Para tener carácter ejecutivo, es ineludible que la actividad realizada pueda merecer el calificativo de adecuada al fin delictivo que persigue el sujeto, que los actos ejecutados sean aptos para producir el resultado criminal. Tal cosa se desprende de la Ley misma, que exige, como vimos hechos directamente encaminados a la obtención de la finalidad perseguida.

La dificultad radica en saber si la conducta poseía aptitud causal para producir el resultado que no se realizó. Para averiguarlo es preciso recurrir a un juicio a posteriori, pero que se supone formulado con anterioridad. Como el resultado no se ha producido, no queda otro camino que pronosticarlo.

Porque puede suceder que la no consumación del delito se deba no a la interferencia de una nueva serie causal, sino a que los actos ejecutados carezcan de eficacia para lograrla. En este caso nos hallamos ante un delito imposible.

B) INTENCIÓN DE ALCANZAR LA FINALIDAD DELICTIVA.-

Hicimos notar anteriormente que el dolo en la tentativa desempeña un papel gravitante como una función indiciaria del fin perseguido, de suma

importancia en aquellos casos en que el hecho o hechos realizados, no obstante constituir un principio de ejecución, son susceptibles de interpretaciones diversas. Cuando no es posible establecer claramente el delito intentado, la doctrina y algunas legislaciones se inclinan a considerar los actos de ejecución ya iniciados como dirigidos a perpetrar el delito de menor gravedad de entre aquellos a cuya consumación pudieran conducir.

Por ser la tentativa una actividad incompleta, el dolo, siendo sustancialmente igual al del delito perfecto, presenta en ella modalidades especiales. Desde luego, la tentativa implica una desproporción entre la acción cumplida y el fin perseguirlo. De ello resulta una disparidad entre la intención, que no difiere de la del delito consumado, y los actos efectivamente ejecutados, menores siempre a los exigidos para la consumación.

Por eso se ha dicho que la voluntad, así como el delito, tiene también un iter criminis (iter criminis es el itinerario del crimen). Por otra parte, si bien en los delitos perfectos la intención se infiere generalmente del resultado, en la tentativa no sucede lo mismo, en razón de que la actividad delictuosa quedó detenida a medio camino.

Eso explica el valor indiciario del dolo en la tentativa. Es la intención del agente lo que en definitiva permitirá esclarecer su comportamiento, a falta de un resultado que encuadre en un tipo autónomo.

Aparte de éste, en dos casos más la tentativa se regula en función de la culpabilidad: al exigir la Ley que la interrupción del proceso ejecutivo se verifique por causas ajenas a la voluntad del actor, y que el desistimiento se produzca voluntariamente para escapar a la sanción.

La tentativa requiere dolo directo, intención criminal, para su existencia. Por consiguiente, no existe en los cuasidelitos. Hablar de tentativa en los cuasidelitos es contradictorio, porque en ella el sujeto no alcanza a realizar lo que se proponía y en el cuasidelito hace lo que no se proponía. Por la misma razón, es improcedente en los delitos preterintencionales.

C) INTERRUPCIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL DELITO.-

Es elemento estructural del conato que la interrupción del proceso ejecutivo provenga de causas independientes de la voluntad del autor debido a su mala utilización o a una circunstancia accidental cualquiera.

Las causas determinantes de la interrupción pueden ser voluntarias o internas y causales o externas. Las primeras dan origen a la tentativa abandonada, no sujeta a sanción; las últimas, a la impedida, esto es, a la tentativa normal y ordinaria, que es la que castiga la Ley.

A su vez, las causales o externas, derivadas de un accidente extraño al agente, se subdividen en físicas o materiales, que actúan sobre el cuerpo del sujeto activo (como si se le arrebatara el arma), o sobre el medio empleado (por ejemplo, si el revólver se le obstruye), y morales, de naturaleza síquica, que

obran sobre su voluntad y le constriñen a abandonar su proyectada empresa criminal (si, en el caso propuesto, huye porque oye ruido de pasos).

Por el contrario, el desistimiento es voluntario cuando la interrupción sobreviene por propia iniciativa del agente, por estímulos internos, sin causas o motivos exteriores que lo obliguen a ello. Es indiferente el motivo psicológico que lo impulsa, trátase de uno egoísta (temor al castigo) o altruista (piedad).

Cuestiones sin importancia para nuestro legislador.

La idoneidad en cuanto a los medios empleados es absoluta cuando estos, por su propia naturaleza, son radicalmente ineficaces para producir el resultado que se busca; por ejemplo, tratar de matar a alguien con una pistola de fogeo como lo expusimos en un tema anterior.

Es relativa cuando los medios siendo eficientes de por sí, resultan ineficaces en la práctica, verbigracia, el que desea abrir una caja fuerte y emplea torpemente los instrumentos de que dispone y no lo consigue; en nuestro caso, una persona dispara un balazo a otra y no le apunta bien; se pretende envenenar empleando un medio idóneo, pero en cantidad insuficiente para causar la muerte, o el veneno no produce efecto por inmunidad de la víctima, etc.

Dicha inidoneidad no debe valorarse en abstracto, sino en concreto, en relación al delito que se quiere cometer. Por otra parte, la inidoneidad del medio debe ser inicial; si es posterior, superviniente, una ganzúa que se rompe, por ejemplo, existe tentativa punible, pues entonces el iter criminis se ha interrumpido por causas ajenas a la voluntad del agente.

El delito imposible por absoluta imposibilidad del objeto o del medio, queda impune porque, en caso contrario, la represión recaería sobre la mera voluntad criminal; pero ello no obsta al castigo de los actos que por sí mismos constituyen delitos. En cambio, la imposibilidad relativa es punible, a título de tentativa o de delito frustrado, según los casos, debido a la existencia de un peligro objetivo.

Nuestro Código no considera expresamente el doctrinario delito imposible; pero, de la aplicación de los principios que lo rigen, resulta que en caso de imposibilidad absoluta no hay delito, conclusión que los comentaristas apoyan.

Las legislaciones penales modernas facultan por lo común al juez, si el delito es imposible, para atenuar o eximir de pena al inculpado (por ejemplo: Código Penal Argentino, artículo No. 44; suizo, artículo No. 23), y también para aplicarle medidas de seguridad si se trata de un delincuente peligroso como en el caso del código Penal chileno.

DELITO CONSUMADO.-

Es el límite superior del iter criminis.

Se entiende consumado el delito cuando la acción ejecutiva encuadra en un tipo legal y se produce el resultado, toda vez que se realiza lo que el precepto legal prohíbe u ordena. Con la consumación, la hipótesis de hecho contenida en la Ley se convierte en realidad.

La consumación es objetiva y supone la realización del fin inmediato perseguido por el sujeto, por ejemplo, la muerte de la víctima en el homicidio, no de los fines ulteriores que pudo tener en mente. Cuando, después de perfecto el delito, continúa su desarrollo hasta que el autor obtiene el fin último que se proponía -se dice.- que el delito está agotado, etapa ultraconsumativa que solo se da en los delitos materiales.

"El agotamiento consiste en la verificación de ulteriores efectos consecutivos de la consumación" Maggiore²⁵ (25). Por ejemplo, la venta de los objetos hurtados o robados y el aprovechamiento del dinero obtenido.

Desde un punto de vista objetivo y práctico, es posible afirmar que la diferencia fundamental entre tentativa, frustración y consumación es la siguiente: el delito consumado se realiza tanto subjetivamente, para el autor, como objetivamente, para la víctima; el frustrado, sólo en su aspecto subjetivo, y la tentativa, ni objetiva ni subjetivamente, ya que su resultado no es más que un principio de ejecución.

Nuestro Código legisla sobre el proceso de desarrollo del delito y castiga la tentativa, el delito frustrado, el consumado y la proposición y conspiración para delinquir. Para saber cuándo se produjo la consumación, hay que estarse al verbo rector de cada tipo en particular. Son punibles no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Habrá tentativa cuando el autor da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

Como primer requisito para la existencia de la tentativa, exige la Ley que el principio de ejecución tenga lugar por hechos, palabra empleada en el sentido de actos ejecutivos, y que esos hechos sean directos, como medio de diferenciada de los actos preparatorios, que indirectamente tienden a la ejecución del delito.

La segunda condición requerida, que falten uno o más hechos para el complemento de la acción delictuosa, puede provocar dificultades en lo que respecta al desistimiento voluntario de la tentativa.

²⁵ DERECHO PENAL, GIUSEPPE MAGGIORE, EDT. TEMIS, COLOMBIA, 1954, PAG. 47

De lo analizado anteriormente, la única característica diferencial entre tentativa y delito frustrado radica en la cantidad de los actos de ejecución: algunos en aquélla, todos en éste. Algo difícil de precisar en la práctica y que en gran parte depende de la naturaleza del delito, particularmente, como vimos, de que sea material, ya que en los formales de mera actividad, en los cuasidelitos y en los preterintencionales no cabe la imperfección.

De acuerdo a eminentes penalistas, la conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la Ley las pena especialmente.

1-La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución del crimen o simple delito.

La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas. Exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos.

EQUILIBRIO DE LA PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.-

DENOMINACIONES.-

La materia relativa a la reacción social contra el delito es conocida con los nombres de Penología o de Ciencia Penitenciaria, si bien esta última denominación parece inapropiada porque el calificativo de penitenciaria no permite extender su contenido más allá de las penas privativas de la libertad, y la Penología comprende el estudio de todas las penas, de las medidas de seguridad y de las instituciones post-carcelarias o post-asilares que les sirven de complemento y es necesario ingresar a su estudio y análisis para ver si nuestro legislador hizo un buen trabajo al endurecer la pena.

NOCIÓN DE LA PENA.-

La reacción social opera no solamente contra el delito ya realizado, sino también contra el delito esperado, esto es, reviste dos formas: prevención y represión. La primera queda fuera de los límites del Derecho Penal. La segunda, que es la manera como la sociedad reacciona ante el delito cometido, actúa mediante las penas y las medidas de seguridad, aun cuando unas y otras tienen también carácter preventivo.

Muy numerosas son las definiciones que de la pena se han dado. Vidal la define diciendo que "es un mal infligido, en nombre: de la sociedad y en ejecución de una condena judicial, al autor de un delito, porque él es culpable y

socialmente responsable de su acto" dice Cuello Calón²⁶ (26), perfeccionando la concepción de Vidal, afirma que "es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal".

Según Von Liszt, "es el mal que el juez inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto ya su autor"²⁷ (27) Para Maggiore, la pena, en sentido jurídico, "es una sanción personalmente coercitiva, que se conmina y se impone al autor de un delito". Quintano Ripollés la define como "la privación de un bien impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la Ley"²⁸ (28).

Esta noción de la pena merece destacarse porque pone de relieve sus características sustantivas y procesales.

Elemento común a todas las definiciones que de la pena se han dado, es el mal o sufrimiento que ella involucra.

FINES DE LA PENA.-

En varias partes de este análisis nos hemos referido a este segundo componente no menos importante cual es el endurecimiento de la pena con la reforma legal, pero como ya habíamos indicado así mismo en temas anteriores, esta debe ser equivalente al delito que se está sancionando y no puede endurecerse la pena por alguna voluntad exógena o circunstancial.

Aún cuando los objetivos o finalidades que se asignan a la pena varían de acuerdo con las doctrinas penales, desde Feuerbach ha venido afirmándose que, en general, ella cumple una doble función: preventiva y retributiva. La función preventiva puede ser, a su vez, general y especial. La prevención general se dirige al conglomerado social y se realiza mediante la amenaza penal contenida en la Ley, que sirve de contramotivo para contener a los que se sientan inclinados a delinquir, ya que pensar en suprimir el delito es utópico.

La prevención especial mira al delincuente, o sea a quien concretamente llegó a violar los preceptos de la Ley punitiva, y se realiza de dos maneras: mediante la reforma o enmienda del reo, a quien se procura transformar en un elemento útil a, la sociedad; y por medio de la eliminación o inocuidación, cuando se trata de individuos incorregibles, a fin de colocarlos en la imposibilidad de continuar delinquir. La función retributiva mira "al interés social. Que existe en mantener la autoridad de la Ley, haciendo efectivas las consecuencias jurídicas del delito" Del Río²⁹ (29), esto es, a la necesidad de evitar que los delitos queden impunes.

²⁶ DERECHO PENAL, EUGENIO CUELLO CALÓN, EDT. BOSCH, ESPAÑA, 1944, TOMO I, PAG. 64.

²⁷ TRATADO DE D. PENAL, FRANZ VON LISZT, 2do TOMO, ESPAÑA, EDITORIAL REUS, 1926-29, PAG. 85

²⁸ COMPENDIO DE DERECHO PENAL, ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, ESPAÑA, EDT. REV. DE DERECHO PRIVADO, 1958, TOMO I, PAG. 90.

²⁹ ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL, RAIMUNDO DEL RÍO, CHILE, 1939, PAG. 67

Aunque, bien mirado, la retribución, que corresponde a la fórmula *quia peccatum est* (porque se ha pecado), no es propiamente un fin sino la inevitable consecuencia de la pena, por lo que todas ellas son retributivas.

Este es el moderno concepto jurídico de la retribución, profundamente distinto de la antigua concepción teológico-moral de la expiación, conforme a la cual el sufrimiento purifica y redime las propias culpas. Sólo los objetivos que miran al futuro, de conformidad al principio *ne peccetur* (para que no se peque), esto es, la prevención, constituyen un fin de la pena, porque tienden a la defensa de la sociedad contra los delincuentes.

Para la escuela clásica la pena es un medio de tutela jurídica, cuyo fin es el restablecimiento del orden jurídico alterado por el delito, lo que se obtiene retribuyendo el mal que éste ocasiona con el que la pena produce, en otras palabras, mediante el castigo del culpable. Le asigna como objetivos, además, la corrección del delincuente y la prevención de nuevos delitos.

La doctrina correccionalista, desarrollada a mediados del siglo XIX por el profesor alemán Carlos Roeder, pero cuyos orígenes remontan a Platón, sostiene que el fin de la pena es la reforma o corrección íntima de la voluntad perversa del delincuente, en términos que su conducta futura corresponda a una verdadera rectitud interna y no a motivos de orden externo, concepción unilateral que ha sido objeto de merecidas críticas.

La escuela positiva afirma que la pena no es un castigo, sino un medio de defensa social. Como fin principal le asigna la prevención del delito, y, como fines secundarios, la disminución de la alarma social que produce y la reparación de los daños.

Esta acción preventiva y defensiva se realiza por la vía de la prevención especial, esto es, mediante la readaptación del delincuente al medio social, o bien, tratándose de incorregibles, mediante su eliminación o segregación.

En esta forma se verifica una selección artificial, análoga a la que se produce en el orden natural por la muerte de los seres que carecen de aptitud vital. Garofalo se manifiesta partidario, como medio de producir la selección, de aplicar en vasta escala la pena de muerte o de segregar indefinidamente a los delincuentes inadaptables.

El fin defensivo de la pena es generalmente aceptado en la actualidad. La escuela de la política criminal acentúa la importancia preventiva de una pena, y declara que procede distinguir los fines que se obtienen con la amenaza penal contenida en la Ley, de los que se consignan con la ejecución de la pena.

La amenaza penal, como vimos, realiza un fin de prevención general. La ejecución de la pena realiza también esa función, por cuanto obra a modo de advertencia para todos. Influye además sobre la víctima, que obtiene la satisfacción de ver que el delincuente no ha quedado impune; pero fundamentalmente actúa sobre el condenado, realizando así una función de prevención especial.

REQUISITOS Y CONDICIONES DE LAS PENAS.-

La escuela clásica, que analizó con detención el asunto, los reunió en dos grupos: requisitos de legitimidad y de idoneidad a los cuales se agregan algunos secundarios. Los primeros se estiman necesarios para que la pena sea justa; los de idoneidad, para que cumpla los fines que le son propios; los secundarios contribuyen a asegurar la eficacia de la sanción.

A. Requisitos de legitimidad.- Son los siguientes:

a) Legalidad.- La pena que se imponga al reo debe ser legal, esto es, debe hallarse establecida con anterioridad en la Ley y aplicarse con arreglo a sus prescripciones, principios consagrados en la Constitución Política y el Código Penal vigente.

b) Aflictividad.- La pena es productora de un sufrimiento. Según la escuela clásica, la aflicción penal debe recaer especialmente sobre la libertad, lo cual explica la gran difusión de las penas privativas y restrictivas de la libertad en los códigos que se inspiran en sus principios.

Rechazó, en cambio, las corporales, que lesionan la integridad física del individuo, y las infamantes, que menoscaban su integridad moral y van contra los derechos inmanentes del hombre y su Carta de Derechos.

Las modernas tendencias penales, sin desconocer el carácter aflictivo de la pena, aspiran a obtener el máximo de seguridad social con el mínimo de sufrimiento individual.

c) Proporcionalidad.- **Que la pena sea proporcionada al delito significa que debe existir equivalencia entre su gravedad** –lo subrayo en negrillas- y la de la pena con que se le sanciona, equivalencia que, objetivamente, el primitivo derecho Penal expresó con la Ley del Talión (existe el pago del mal causado). La proporcionalidad es cualitativa cuando la naturaleza de la pena corresponde a la del delito, y es cuantitativa cuando la gravedad de la pena concuerda con la del delito.

Se ha negado la posibilidad de establecer tal ecuación entre pena y delito, por tratarse de entidades heterogéneas. Ello es efectivo si el problema se enfoca en su aspecto externo y objetivo, pero no lo es si se establece una equiparación valorativa, apreciando la importancia de los bienes jurídicamente protegidos.

Y es aquí, en este punto en específico donde fallaron nuestros diputados al realizar su trabajo legislativo

d) Individualidad.- El sujeto de la sanción no siempre ha sido el individuo; también lo fueron la familia y el grupo social. La escuela clásica reaccionó contra estos abusos y proclamó el principio, que la Revolución Francesa hizo triunfar, de la personalidad de la pena. Aunque nadie puede ser castigado por

delitos ajenos, es inevitable que los efectos de la sanción alcancen a otras personas.

e) Ejemplaridad.- La pena debe servir de escarmiento, tanto a quien la sufre como al grupo social. La escuela positiva ha demostrado que el valor ejemplarizador de la pena es muy escaso.

f) Igualdad.- La diversificación humana, producto de complejos y variados factores, exige que el requisito de la igualdad de la pena sea entendido en su aspecto puramente formal, como la simple reafirmación del antiguo principio constitucional de la igualdad ante la Ley.

En ningún caso en su aspecto sustancial, pues las finalidades mismas de las sanciones penales reclaman su adaptación a las condiciones personales de cada delincuente, lo cual supone una necesaria discriminación frente a las desigualdades bio-sociales de los individuos.

El concepto más preciso respecto de la igualdad ante la Ley se compendia en a fórmula: "Igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones".

B. Requisitos de idoneidad.- Estos requisitos, que ya enunciaron diversos penalistas son tres:

a) Publicidad.- La escuela clásica proclamó el principio de la publicidad de los actos judiciales. Pero como en materia penal ella es peligrosa, por cuanto puede dificultar y aun imposibilitar la investigación, la escuela positiva no acepta la publicidad de los actos judiciales cuando peligran las buenas costumbres o se trata de juicios seguidos a menores.

b) Certeza.- El delincuente debe estar conciente de que será sancionado y de que la sentencia que sobre él recaiga será cumplida. Respecto de lo primero, cabe observar que sólo una parte de los delitos que se perpetran son efectivamente sancionados. En efecto, hay que distinguir entre la criminalidad real constituida por los delitos que se cometen; la criminalidad aparente formada por aquellos que la policía descubre, y a criminalidad legal representada por los que efectivamente la justicia sanciona, porción reducida esta última de la aparente y, sobre todo, de la real. En cuanto al efectivo cumplimiento de la pena impuesta, es entre nosotros excepcional, a causa de que los indultos (perdón de la pena en casos de excepciones) se prodigan sin ninguna consideración a las necesidades de la defensa social contra los delincuentes.

Las expectativas de impunidad son, por desgracia, en estas condiciones, un poderoso incentivo para iniciarse o para perseverar en la vida del delito.

c) Prontitud.- Mientras más se aproxima la condena al delito mayor es la eficacia de la sanción. Las sentencias condenatorias tardías, cuando ya se ha borrado el recuerdo del delito, tienden a convertir al delincuente, por lo menos a los ojos del vulgo, en una víctima del rigor implacable de la Ley.

c. Requisitos secundarios.-

a) La pena debe ser revocable, a fin de que sea posible remediar los errores judiciales. Su irrevocabilidad es el argumento más fuerte que se esgrime contra la pena de muerte. Las penas revocables por excelencia son las pecuniarias, y es éste uno de los motivos que explican su difusión en el derecho penal moderno.

b) La pena ha de ser enmendadora, esto es, capaz de producir una efectiva readaptación social del delincuente.

c) La pena debe ser temporal. La escuela clásica combatió las penas perpetuas, que aniquilan en el condenado todo interés por su regeneración. Las tendencias modernas aconsejan la sustitución de las penas perpetuas por las de duración indeterminada, que salvan ese inconveniente.

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.-

La escuela clásica estimó que la pena constituye el medio de lucha más eficaz contra el delito. La escuela positiva, por intermedio de Ferri, principalmente, partiendo de fundamentos antropológicos y sociológicos, demostró lo contrario y los códigos penales modernos han introducido, junto a las penas, las medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito.

Las medidas de seguridad consisten, según se dijo, en ciertas disposiciones adoptables respecto de determinadas personas, no dentro de una idea de amenaza o de retribución, sino de un concepto de defensa social y de readaptación humana, por tiempo indeterminado indicaba Del Río.

Atendiendo a su naturaleza y al fin que persiguen, se las clasifica en medidas reeducativas, recomendables especialmente para los menores en situación irregular, vagos y mendigos; de curación y custodia, indicadas para los enajenados mentales, alcohólicos y toxicómanos; de segregación aplicables a los habituales y profesionales del delito, y de vigilancia apropiadas para los mal vivientes y los que se dedican a tráficos ilícitos.

El fundamento de tales medidas hay que buscarlo en el criterio de la peligrosidad que les sirve de presupuesto y que legitima su aplicación a individuos de quienes se espera la comisión de delitos.

Mucho se ha discutido acerca de si existen o no diferencias cualitativas entre las penas y las medidas de seguridad, discusión que proviene del diferente carácter y de los fines que se asignan a estos medios de lucha contra el delito. Se sustentan al respecto dos teorías: la unitaria y la dualista. De acuerdo con la primera, defendida por los positivistas, tales diferencias no existen, porque unas y otras constituyen una sanción que prácticamente se traduce en privación o restricción de la libertad, y porque persiguen una finalidad común: la defensa social. La teoría dualista, por el contrario, señala diferencias importantes: la pena es retributiva, la medida de seguridad, preventiva; aquélla está reservada a los imputables, ésta se aplica a imputables e inimputables; la pena es la más

importante consecuencia jurídica del delito y se impone en proporción a su gravedad, y la medida de seguridad, en función al estado o condición del individuo. Como consecuencia de ello, son indeterminadas en su duración, a diferencia de las penas que se caracterizan por su determinación.

Nuestra legislación contiene medidas de curación y custodia aplicables a los enajenados mentales y a los alcohólicos y demás toxicómanos, medidas tutelares y correctivas respecto de los menores y algunas otras de carácter preventivo de que nos ocupamos en el análisis de temas anteriores. Son sometidos a medidas de seguridad de diversa índole a otras categorías de delincuentes notoriamente peligrosos (reincidentes, vagos, mendigos, tahúres, proxenetas).

LAS SANCIONES EN MATERIA PENAL.-

CLASIFICACIONES DE LAS PENAS.-

Las penas que pueden imponerse, con arreglo al Código Penal, son las que contiene este cuerpo legal para cada delito, complementada por algunas disposiciones adicionales. A ellas se añaden las incorporadas en ciertas Leyes penales especiales.

Las penas admiten diversas clasificaciones, según sea el punto de vista que se considere:

A. Atendiendo a la naturaleza del bien jurídico de que privan, se las divide en:

- a) Penas corporales, que recaen sobre la vida o la integridad corporal (muerte, azotes).
- b) Penas privativas de la libertad o penas de encierro, que se cumplen en un establecimiento carcelario y sujetan al penado a un régimen disciplinario especial (presidio, reclusión y prisión).
- c) Penas restrictivas de la libertad, que coartan la libertad ambulatoria del condenado en lo que respecta principalmente a la elección del lugar de residencia, o le imponen ciertas obligaciones (confinamiento, extrañamiento, relegación, destierro, sujeción a la vigilancia de la autoridad).
- d) Penas pecuniarias, que recaen sobre los bienes de la persona (multa y comiso).
- e) Penas privativas de derechos que incapacitan al penado para el ejercicio de determinados derechos y actividades que la Ley señala (inhabilitaciones, suspensiones y otras interdicciones).

B. En atención a su gravedad, y en concordancia con la división tripartita de los delitos, y se clasifican en:

a) Penas de crímenes (muerte, presidio, reclusión y relegación perpetuas; presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores; inhabilitaciones absolutas y especiales, perpetuas o temporales).

b) Penas de simples delitos (presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores, destierro y suspensión de cargos u oficios públicos o profesión titular, inhabilitación perpetua y suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal).

c) Penas de faltas (prisión e inhabilitación perpetua y suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal).

d) Penas comunes a los crímenes, simples delitos y faltas (multa, pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito).

C. Penas principales y accesorias, son principales aquellas que tienen autonomía, que poseen existencia propia, y accesorias las que, por ministerio de la Ley, van unidas a una pena principal. Se menciona como penas accesorias, la imposición de castigos disciplinarios tales como la incomunicación en celda solitaria con personas extrañas al establecimiento penal. También son también penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la Ley, ordena que otras penas las lleven consigo, de acuerdo con los cuales estas penas van siempre adheridas a una principal, privativa o restrictiva de la libertad, de suerte que las inhabilitaciones y suspensiones tienen, según las circunstancias, el rango de principales o de accesorias. Siempre que el Tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposición de la Ley.

D. Penas aflictivas y no aflictivas, aunque toda pena es aflictiva, por cuanto produce un sufrimiento, la doctrina reserva este calificativo en términos generales, para aquellas que cuya duración excede de tres años.

E. Penas corporales y no corporales, la doctrina considera corporales a las penas -que denomina asimismo personales- las penas contrapuestas a las pecuniarias (multa y comiso). Sin embargo que los países a nivel mundial han erradicado casi en su totalidad esta clase de penas aún ciertos países las conservan porque las mezclan con sus creencias religiosas, como por ejemplo, en Irán existen penas que conllevan latigazos.

F. Penas alternativas y copulativas.- Se dice que un delito es sancionado con penas alternativas cuando la Ley establece para él diversas penas, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o más distintas, y queda a la elección del juez la imponible en cada caso concreto tal como la: rebelión, sedición, secuestro de personas, sustracción de menores.

Estas penas entran en el llamado sistema de las penas paralelas, generalmente aceptado por la doctrina y las legislaciones. Las penas son copulativas cuando todas ellas deben aplicarse conjuntamente en el caso de

que se trate, como sucede, verbigracia, en la prevaricación, en los fraudes y en el cohecho manifiesta la doctrina penal internacional.

OTRAS PENAS.-

Además de las enunciadas, existen todavía otras penas, que imponen tanto el Código Penal como ciertas Leyes Penales Especiales: la interdicción del derecho de ejercer la guarda; el decomiso de armas de fuego sin permiso; la clausura de establecimientos; la publicación de una sentencia condenatoria; expulsión de extranjeros indeseables; privación de la carta de nacionalización.

LIMITES, NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS PENAS.-

En el tratamiento de esta materia nos ceñiremos a la clasificación de las penas atendiendo al bien jurídico afectado por la aflicción penal.

PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.-

El presidio, la reclusión y la prisión son penas privativas de la libertad que se cumplen en un establecimiento carcelario y someten al condenado a un régimen disciplinario especial. La pena de presidio difiere de la reclusión y de la prisión, en que aquella sujeta al reo a los trabajos establecidos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal, y éstas, en cambio, no le imponen trabajo alguno; esta clase de penas no existe en nuestro sistema legal penal porque así lo prohíbe la Constitución, pero es muy aplicado en diversos países del mundo.

Confirmando lo anterior, se dispone que los condenados a reclusión y prisión son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina carcelaria y carecieren de los medios necesarios, o no tuvieran oficio o modo de vivir conocido y honesto, pues en tales casos quedarán sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia.

PENAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD.-

Son el confinamiento, el extrañamiento, la relegación, el destierro, la sujeción a la vigilancia de la autoridad y la expulsión de extranjeros indeseables.

Confinamiento es la expulsión del reo de un territorio con residencia forzosa en un lugar determinado.

Extrañamiento es la expulsión del reo del territorio de la República al lugar de su elección.

Relegación es la traslación del reo a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad.

Destierro es la expulsión del reo de algún punto de la República, que puede ser una ciudad, comuna, departamento o provincia.

En el Código Penal Ecuatoriano no existen estas figuras de sanción, sin embargo las he recogido de la doctrina internacional como una posible vía para el cambio de la pena para la tenencia ilegal de armas, por cuanto como explique desde el comienzo de este trabajo, la pena privativa de libertad de tres a seis años de reclusión menor me parece desproporcional al delito.

Sin embargo también estaría virtualmente de acuerdo con esa sanción siempre y cuando se aprehenda al presunto infractor, se lo investigue y sino es un individuo de peligrosidad para la sociedad se lo amoneste verbalmente y se le decomise el arma y si se trata de un sujeto de peligrosidad o con antecedentes penales se le imponga una pena menor.

IV. PENAS PECUNIARIAS.-

Pertencen a esta categoría la multa y el comiso. La pena de confiscación general de bienes está prohibida por la Constitución.

a) Concepto de multa y su cuantía.- La multa consiste en la obligación impuesta por el juez al condenado de desembolsar una suma de dinero en concepto de pena

Las multas de acuerdo a nuestro Código Penal son variadas de acuerdo al delito que se comete, pero son aún en muchos casos mínimas y en algunos casos ridículos, por lo que también se deberían revisar estos montos de acuerdo a los criterios expuestos en este trabajo anteriormente.

c) Imposición de la multa.- En cuanto a su imposición, para regular la cuantía de la multa y en su aplicación a los casos concretos el Tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la Ley le permite para imponerla, consultando para determinar en cada caso su monto no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes. Por consiguiente, el Código permite individualizarla, lo que tiende a obviar, en cierta medida al menos, el principal inconveniente que presenta la pena de multa: su desigualdad frente a las distintas situaciones económicas de los penados.

Si el sentenciado carece de bienes para satisfacerla, opera el fenómeno de la conversión de la multa, por la de sustitución y apremio, sufrirá la pena de reclusión.

c) El comiso.- Consiste en la pérdida de los efectos provenientes del delito y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho punible.

Por efectos del delito se entienden los objetos o el dinero de que se apropió el delincuente; y por instrumentos del mismo, los elementos materiales de que se haya valido para su comisión. Los trámites procesales relativos al comiso los indican diversos cuerpos penales como el caso del decomiso de las armas de fuego sin permiso.

d) La caución.- La pena de caución, produce en el penado la obligación de presentar un fiador abonado que responda, o bien de que aquél no ejecutará el mal que se trata de precaver, o de que cumplirá su condena; obligándose a satisfacer, si causare el mal, o quebrantare la condena, la cantidad que haya fijado el tribunal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

Hemos a través de este largo análisis llegado a diversas conclusiones que ahora las resumimos así:

1- La reforma por parte de los legisladores fue antojadiza y circunstancial al violento momento que vive el Ecuador.

2- Es necesario reformar este artículo por cuanto viola varios principios constitucionales principalmente el relativo a dos garantías fundamentales: la presunción de inocencia de toda persona y el llevar el debido proceso para determinar la culpabilidad de una persona.

3- Estaríamos frente a una violación constitucional más al transgredirse el derecho de propiedad que se tiene sobre las cosas, más aún cuando han sido adquiridas de manera lícita, sin embargo no sólo es necesario adquirir las cosas legalmente sino cumplir los requisitos legales.

4- La proporción de la pena a través del endurecimiento que sufrió en meses pasados es exagerada y no diferencia entre una persona con antecedentes a un criminal peligroso ya que para ambos casos se pueden aplicar las mismas penas (dependiendo del tipo de delito).

5- No podemos equiparar como ya lo vimos anteriormente al delito del abuso de armas donde el arma ya ha sido utilizada con la figura de la tenencia de armas.

6- Está comprobado a nivel mundial legal – penal que el endurecimiento de las penas no frena el acometimiento de delitos y que por lo tanto la pena irá de acuerdo a las circunstancias e idiosincrasia de cada Estado

7- Sin embargo que desde hace muchos años atrás son las Fuerzas Armadas, las encargadas de emitir los permisos correspondientes si existe algún delito en donde se utilicen armas de fuego será la Policía Nacional la que tiene que investigar todo lo relativo al uso de esa arma de fuego tal como el calibre del

arma utilizada, las pruebas de balística; por lo que sería lógico que la Policía otorgue estos permisos para que las investigaciones y los controles sean llevados de una mejor manera. Por consiguiente la Policía debe actuar de manera conjunta con la fiscalía para que este organismo haga todas las indagaciones necesarias para el esclarecimiento de la misma, y poder determinar las sanciones acorde al caso.

8.- vale indicar que el permiso de portar armas de fuego dado por Comando Conjunto es exclusivamente para la tenencia de las mismas y no para su abuso. Vale recalcar que la parte posterior del permiso del armas se indica que éste no será válido en actividades como; mitin políticos o todo tipo de actividades públicas que pongan en peligro a la sociedad.

9- No se establece expresamente en la Ley de Fabricación, Importación, Exportación Y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, que los autorizados a portar armas también deben de tener permiso para ejercer actividades o tenencia de cartuchería.

10- La Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios debe ser reformada en algunos de sus articulados.

11- La duración del permiso es de dos años, período que en lo personal me parece muy limitado debido a los interminables exámenes, documentos y demás requisitos que hay que cumplir para obtener el permiso.

12- La Ley de Fabricación, Importación, Exportación y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios no diferencia entre una metralleta o una escopeta de cartuchos de cañón largo (que difícilmente podrían ser utilizadas para un asalto por su corto alcance y falta de portabilidad) o una pistola automática, los requisitos y otorga el permiso correspondiente una vez cumplido los mismos porque comete igual error al no distinguir las diversas clases de armamentos y considerarlo de la misma manera.

*Quiero expresar que tres de las conclusiones que señalo en este trabajo fueron recogidas una semana después de haberlas redactado, coincidentemente por un lector de Diario El Universo en su sección de "Cartas a El Universo" del día Domingo 5 de noviembre de 2006, que escribe sobre este tema que ya está causando preocupación en una parte de la sociedad y no precisamente entre criminales sino en personas de bien y esta preocupación ha sido trasladada a los medios de comunicación prestigiosos como el antes citado y que me parece atinado adjuntar el recorte. (ANEXO 1)

JURISPRUDENCIA.-

Por haber sido esta reforma introducida hace pocos meses atrás no existen todavía referentes jurisprudenciales y recién se están llevando a cabo las primeras instrucciones fiscales como lo podemos apreciar en el recorte que se adjunta. (ANEXO 2)

LEGISLACIÓN COMPARADA.-

Como no aporté con jurisprudencia considero razonable aportar con algo de legislación comparada de algunos países para ver como manejan la tenencia ilegal de armas:

1- ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos el tema de las armas y su tenencia siempre ha sido un continuo debate debido a los índices de violencia que soporta ese país y más aún se ha convertido en un acalorado debate jurídico por cuanto algunos ven el derecho de poseer y portar un arma como un derecho protegido por su propia Constitución e incluso en algunos estados especialmente del sur como Texas es más fácil obtener un arma y portarla que sacar una licencia de conducir.

Esto ha dado agrios debates en ambas cámaras entre Republicanos y Demócratas con diversos proyectos de carácter federal, los cuales aún no se ponen de acuerdo en nada hasta nuestros días mientras la violencia crece día a día en ese país que se hace llamar del primer mundo.

Sin embargo hay algunos Estados especialmente del norte donde para comprar un arma hay que esperar un período de tres días para obtener el permiso antes de la entrega, sin embargo en el Ecuador ya se adopta este mismo sistema. Es decir, luego de que se cancela el arma, el propietario no puede retirarla hasta que su permiso se encuentre listo.

2- CHILE

En Chile lo interesante de su legislación relativa a la tenencia de armas sin la correspondiente licencia es su pena.

Conforme el artículo 57 del Anexo I al Decreto 395/75, Reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos N° 20.429, dicha autorización de tenencia, habilita al legítimo usuario a mantener el arma en su poder, usarla con fines lícitos, transportarla, adiestrarse y practicar en polígonos autorizados, adquirir y mantener munición para la misma, repararla o hacerla reparar, adquirir piezas sueltas, repuestos, adquirir elementos para la recarga autorizada de la munición, recargar municiones, entrar y salir del país transportando el material autorizado. Obviamente, todo ello, de conformidad y con las limitaciones que se desprenden de los términos de las normas y disposiciones vigentes.

Repasando la norma penal chilena, y considerando las distintas figuras, tenemos como conductas típicas:

a) La tenencia ilegítima de arma de uso civil: tal conducta se encuentra tipificada en el Art. 42 bis incorporado a la Ley N° 20.429, siendo reprimida con multa de \$ 1.000. - a \$ 10.000 pesos chilenos - y arresto de hasta 90 días.

b) La tenencia ilegítima de arma de guerra: conducta que se encuentra tipificada en el artículo 189 bis tercer párrafo del Código Penal, reprimido con prisión de 3 a 6 años.

c) La portación ilegítima de arma de uso civil: conducta que se encuentra tipificada en el art. 189 bis cuarto párrafo del Código Penal, reprimido con prisión de 6 meses a 3 años.

d) La portación ilegítima de arma de guerra: como consecuencia del texto originario y las observaciones del Decreto 496/99, tal conducta no constituye delito sino una mera infracción a la Ley Nacional de Armas y Explosivos N° 20.429.

Uno podría preguntarse cuál es la razón por la cual se incriminan estas conductas, y se les adjudica la pena estipulada por el legislador. En cuanto a ello, es menester tener en cuenta la seguridad pública como bien jurídico protegido por la norma.

A través del artículo 189 bis la legislación penal protege la seguridad general y común ante la amenaza de quien cuenta y tiene a su alcance y dominio el medio idóneo para hacer efectivo el evento lesivo a esa seguridad.

3- COMUNIDAD EUROPEA – ESPAÑA

Este tema se encuentra tratado en la Directiva 91/477/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1991, relativa al control de la adquisición y tenencia de armas Diario Oficial L 256 de 13.9.1991, Dictamen rectificativo: Diario Oficial L 299 de 30.10.1991.

La presente directiva establece categorías de armas de fuego cuya adquisición y tenencia por particulares están bien prohibidas, bien supeditadas a autorización o a declaración. La directiva no se aplica a la adquisición ni tenencia de armas y municiones por:

- El ejército, la policía o los servicios públicos;
- Los coleccionistas y los organismos con vocación cultural e histórica en materia de armas y reconocidos como tales por el Estado miembro en cuyo territorio están radicados;
- A las transferencias comerciales de armas y de municiones de guerra.

La directiva no será obstáculo en la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la posesión de armas o que regulan la caza y el tiro deportivo. Las autoridades de los Estados miembros expedirán un documento

europeo de armas de fuego previa solicitud de cualquier persona, que se convierte legalmente en poseedor y usuario de un arma de fuego. Este documento debe estar siempre en posesión del usuario del o de las armas de fuego mencionada(s) en él.

Las medidas de control relativas a la venta, la adquisición y la tenencia de estas armas incumben a los Estados miembros; sin embargo, estas medidas deberán ajustarse a lo dispuesto en la presente directiva. El régimen de adquisición y tenencia de las municiones es idéntico al de la tenencia de armas de fuego para las que están destinadas.

La presente directiva establece también procedimientos de control de la circulación de las armas de fuego en la Comunidad Europea. Dichos procedimientos afectan:

- A las transferencias definitivas de armas de un Estado miembro a otro;
- A las transferencias temporales de armas (durante los viajes) entre dos Estados miembros como mínimo.

Las armas afectadas por estas formalidades son todas las armas de fuego, con la excepción de las armas de guerra. Se establecerá, a más tardar el 1 de enero de 1993, una red de intercambio de información entre los Estados miembros acerca de las transferencias de armas, ya sean definitivas o no, ya sean lícitas o no.

La directiva no afecta a la competencia de los Estados miembros para adoptar medidas encaminadas a prevenir el tráfico ilegal de armas. Los Estados miembros reforzarán los controles sobre tenencia de armas en las fronteras exteriores de la Comunidad.

4- BOLIVIA

El ilícito de tenencia ilegal de armas de fuego se encontraba previsto y sancionado en el ordenamiento del Proyecto Oficial del Código Penal de Manuel López - Rey Arrojo del año 1943 en el Capítulo III. de los Delitos contra la Seguridad Interior del Estado, 2da. Sección Delitos contra La Paz Pública Art. 177 y señalaba que era necesario una autorización o cumplir ciertos requisitos para llevar o usar un arma y en caso de carecer o no cumplir con los requisitos era sancionado con prestación de trabajo de un mes y un día a tres meses o en reprobación judicial y una multa de mil a tres mil bolivianos.

En la actualidad en el Código Penal en el Capítulo III bajo el nombre de Delitos Contra la Tranquilidad Pública, regula todas aquellas conductas que alteran la pacífica convivencia de una sociedad y se encuentran tipificados los delitos de instigación pública a delinquir, apología pública de un delito, asociación delictuosa, organización delictual y el terrorismo que en Bolivia aún amenaza.

No se encuentra en el ordenamiento penal el tipo del delito de la tenencia y

portación ilegal de armas de fuego es decir no existe la descripción que hace el legislador de la conducta prohibida y sancionada con una pena y es necesario normar y regular todos los aspectos inherentes a la tenencia de armas de fuego para reducir la criminalidad y asegurar la tranquilidad pública sin embargo hoy en día solamente se cuenta con el Proyecto de Reglamento de Registro Nacional de Armas de Fuego & 61618;RENARF&61618; mediante Resolución N. 062 de fecha 20 de febrero de 1997 en el que se establece que la Dirección Nacional de la Policía Técnica Judicial es el organismo encargado del registro y control de armas de fuego en general sean estas civiles o de guerra.

BIBLIOGRAFÍA

-ESQUEMA DEL DERECHO PENAL, ERNST VON BELING, EDT. DE PALMA, 1944, ARGENTINA.

-PROGRAMA DEL CURSO DEL DERECHO CRIMINAL, FRANCESCO CARRARA, 1944, ARGENTINA, TOMOS I Y II.

-DERECHO PENAL, CARLOS FONTAN BALESTRA , ARGENTINA, 1957, EDT, ABELEDO PERROT.

-TRATADO DE DERECHO PENAL, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, TOMOS III, IV Y V; 1956, EDT. ANDRÉS BELLO, CARACAS, 1945.

-TRATADO DE D. PENAL, FRANZ VON LISZT, 3 TOMOS, ESPAÑA, EDT. REUS, 1926-29.

-CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO, EDUARDO NOVOA, CHILE, EDT. JURÍDICA DE CHILE,1960.

-COMPENDIO DE DERECHO PENAL, ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, ESPAÑA, EDT. REV. DE DERECHO PRIVADO, 1958, TOMO I.

-TRATADO DE DERECHO PENAL, MANZINI VINZENZO, EDT. EDIAR, ARGENTINA, 1948-50, TOMO 5.

- DERECHO PENAL, GIUSEPPE MAGGIORE, EDT. TEMIS, COLOMBIA, 1954.
- DERECHO PENAL, EUGENIO CUELLO CALÓN, EDT. BOSCH, ESPAÑA, 1944, TOMO I.
- PRINCIPIOS DEL DERECHO CRIMINAL, ENRIQUE FERRI, ESPAÑA, 1933.
- ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL, RAIMUNDO DEL RÍO, CHILE, 1939
- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR
- LEY DE FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN Y TENENCIA DE -
ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS
- T.S. VIVES, DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, ESPAÑA-VALENCIA
TIRANT LE BLANCH 2DA EDICIÓN, 1995.
- CARLOS CREUS, DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL TOMO 2, 3RA
EDICIÓN, EDITORIAL ASTREA, BUENOS AIRES, 1990.
- CÓDIGO PENAL CHILENO
- CÓDIGO PENAL BOLIVIANO
- CÓDIGO PENAL CHILENO
- CÓDIGO PENAL SUIZO
- CÓDIGO PENAL URUGUAYO

