

Tenencia y Portación Ilegítima de Armas de Fuego: distintos supuestos, concursos con el tipo legal del art. 166 inc.2, análisis constitucional del agravante por la calidad del autor e implicancias prácticas.

Por Ab. Pablo A. Daruich y Ab. L. Ivan Vocos Brouwer de Koning.

INTRODUCCION:

La figura penal prevista en el artículo 189 bis 2° apartado del C. Penal, sistematizada en el Libro Segundo, Título 7 - rubricado “Delitos contra la Seguridad Pública”-, Capítulo I reprime con pena de prisión o reclusión, según el caso, la Tenencia y Portación de Armas de Fuego, artículo éste que fue reformado por la ley 25.886 en el año 2004, que introdujo una loable iniciativa a la política criminal que hace a todo estado moderno que pretende, a través de sus normas, controlar el delito y darle una acabada respuesta a la etiología criminal. Cuando la ley penal reacciona contra el delito, en muchos casos logra la disuasión de conductas criminales constituyendo ello una de sus principales funciones, la de prevención general. La aplicación de este tipo penal por parte de los jueces a suscitado en reiteradas ocasiones diferencias interpretativas-conceptuales, en lo relativo al verbo típico que comprenden ambas figuras, razón por la cual fue abordado en alguna medida por distintas corrientes doctrinales, no obstante lo cual, continúan produciéndose dudas y contradicciones al momento de subsumir este artículo del Código a la amplia casuística existente por estos días en nuestros Tribunales. Es por ello que advertimos que la temática propiciada en el presente estudio debe ser abordada con la profundidad que merece ante el reiterado “clamor popular de seguridad”, teniendo en cuenta que no pocos son los hechos delictivos en los que ciudadanos son víctimas de delincuentes que acometen contra su derecho de propiedad, los que en su gran mayoría son perpetrados con armas de fuego. Por lo anteriormente expuesto, resulta imprescindible clarificar todo lo relativo a la definición de las conductas típicas, el concurso de delitos (art. 55 C.P) con la figura del robo calificado con armas, y las consideraciones relativas a la constitucionalidad del agravante entorno a los antecedentes penales del autor del delito.

Los delitos que trata este título del código están dirigidos a proteger la seguridad común, entendiendo por tal la integridad de las personas y los bienes, que se deben hallar exentas de soportar situaciones peligrosas en las que se vean amenazados. Las acciones típicas que los producen son generadoras de peligro para esa integridad, al crear condiciones que pueden llegar a vulnerarla.

Los bienes y personas cuya integridad se protege, están determinados en otros delitos, como la vida de la víctima, en el homicidio, o la tenencia del tenedor en el hurto, mientras que aquí esos titulares están indeterminados. El peligro generado es un peligro común, es decir, un peligro en el que las posibilidades de dañar bienes jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas que son titulares de ellos; “amenaza a toda una comunidad” -según lo expone Creus-. Se pena el riesgo que indeterminadamente y en forma real y concreta han corrido un número de personas y bienes. Podemos calificar a estos delitos, según lo manifestamos anteriormente, como de peligro abstracto con respecto a los bienes jurídicos elementales como la vida, la salud, la libertad, pero creemos que los delitos bajo análisis en el presente tienen una lesividad propia; esta deviene del hecho de que el ciudadano tiene derecho a confiar en la fiscalización y control sobre circulación y uso de elementos particularmente peligrosos. Es esta confianza, en un estado jurídicamente garantizado, lo que constituye un valor en sí mismo y entronca con el concepto de orden público entendido como tranquilidad y sosiego en las manifestaciones de la vida social.

Entendemos, que en un país donde el estado no cumple cabalmente con uno de sus roles fundamentales, como es el de garantizar la seguridad pública, es necesario admitir la posibilidad de que la gente se proteja teniendo armas. Pero no podemos imitar la realidad de otros países en donde la tenencia de armas, su fácil posesión y tráfico, constituyen un “sagrado” derecho. Por ello hallamos la ratio legis en la protección de la seguridad social y el orden público ante el mal uso que eventualmente pudiera realizarse de las armas de fuego, y el peligro que significa una tenencia permisiva e indiscriminada.

Debe tenerse presente que en nuestro país, y particularmente en la provincia de Córdoba, registra un preocupante incremento de los delitos contra la propiedad – específicamente el robo con armas-, por lo que la ley que comentamos constituye una iniciativa tendiente al control y merma de las conductas apuntadas. Todo ello constituye un primer paso –no el único ni la solución definitiva- por parte del estado en su deber de reaccionar contra el delito y castigar a los infractores, a lo que debería acompañarse otras políticas de urgente aplicación cuyo abordaje y tratamiento exceden el cometido del presente trabajo.

Los delitos bajo análisis, se encuentran sistematizados en el Libro Segundo, Título 7 del código penal- rubricado “Delitos contra la Seguridad Pública. El nombre del título según el código originario que, durante la vigencia de los decretos leyes 17.567 y 21.338, fue de “delitos contra la seguridad común”, considerado en general como más adecuado por la doctrina. El bien jurídicamente protegido por las disposiciones de este título es, el estado colectivo exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o las personas en general. En la caracterización de este concepto se encuentran dos ideas básicas: la de seguridad y el peligro para las personas y los bienes. La seguridad pública consiste en el complejo de condiciones garantizadas por el orden público, que constituyen la seguridad de la vida, la integridad personal, de la sanidad, del bienestar y de la propiedad. Es característico de los delitos contenidos en este título, que las acciones típicas sean generadoras de una situación de peligro común, es decir de un peligro que se cierna sobre los bienes jurídicos de toda una comunidad o sobre un número indeterminado de personas sin perjuicio de los daños efectivos que puedan producirse, siendo irrelevante si efectivamente se producen o no y solo bastando con la situación de peligro generalizado o común sobre bienes o personas.

Ingresando al análisis de las conductas típicas, el art. 189 bis en su apartado 2 del C.P. reza: “La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años. Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión. Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo. La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

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

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años”.

Los delitos de portación y tenencia de armas, son tipos penales que comparten algunas características, como el bien jurídicamente protegido -entre otras cosas-, entendiendo a este como el estado colectivo exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o personas en general, en resguardo contra determinados riesgos materiales de alcance general. La seguridad pública resulta más expuesta ante individuos que deambulan llevando armas consigo, que ante quienes sólo la mantienen en su poder en su domicilio. El legislador ha sido más laxo en los requerimientos para permitir la tenencia de armas, pero se ha mantenido estricto a la hora de habilitar su portación. Otras de las cuestiones en común, es lo relativo al momento consumativo del hecho, ya que tanto en una como en otra figura delictiva se exige que la conducta del sujeto activo sea en flagrancia. Es que solo si se está realizando actualmente la conducta configurativa de la acción típica, se podría estar hablando de un peligro para la seguridad común. En honor a las exigencias del presente trabajo, dejaremos de lado el abordaje de los restantes puntos en común, y sólo acentuaremos las calidades que en la práctica nos permitan diferenciar una conducta de otra, ya que si bien las acciones típicas se encuentran muy ligadas, la diferenciación tiene grandes consecuencias jurídico-prácticas.

El que “porta” un arma, necesariamente la mantiene en su poder, pero el que la mantiene en su poder no necesariamente se encuentra portando. El autorizado a la tenencia no se encuentra autorizado para portar el arma. En cuanto a la conducta típica, es acá donde se advierten algunas diferencias esenciales que analizaremos seguidamente. El decreto 496/99 expone “la simple tenencia de armas de guerra... y sanciona al sujeto por el sólo hecho de disponer físicamente, en cualquier momento, de un arma de guerra, sea manteniéndola corporalmente en su poder o en un lugar donde esté a disposición del agente”.

Por su parte Creus, refiere que -refiriéndose a la tenencia- “... tiene el objeto el que puede disponer de él físicamente en cualquier momento, sea manteniéndolo corporalmente en su poder o en el lugar donde está a disposición del agente...”. Para Nuñez, “tiene” quien ostenta un poder de hecho y disposición sobre los objetos.

En relación a la portación, puede decirse que lo hace quien lleva una cosa consigo, trasladándola de un lugar a otro. Se ha dicho que se trata de la tenencia más el transporte del arma, pero para que se vulnere el bien jurídicamente protegido por la norma, no basta la tenencia y el traslado, sino que son necesarios dos elementos más: que el arma se encuentre cargada y que sea apta para el disparo. Para que esa portación sea delictiva debe realizarse sin la autorización, lo que significa que el agente no haya obtenido de la autoridad competente la habilitación para portar el arma que se trate. Para Reinaldi la portación consiste en “llevar el arma en condiciones de uso inmediato en lugar público”, aclarando que, porta un arma el

sujeto que la lleva cargada, es decir, con la munición en el cargador de modo que esta lista y dispuesta para ser utilizada sin necesidad de proceder a su carga. Nuestros tribunales han admitido como portación el llevar el arma en el cinturón y el cargador en el bolsillo o llevarla en la gaveta del automóvil.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, se ha pronunciado sobre los elementos configurativos del delito de portación ilegal de arma, exponiendo “...que la portación no autorizada de armas exige que se lleve el arma consigo, trasladándola de un sitio a otro, en lugar público, de acceso público o en lugar privado donde el sujeto activo se ha hecho presente, en condiciones de uso inmediato, aunque para ello deba montarse y, en su caso, cargarla (cfr. Balcarce, Fabián I., *Armas...* cit., p. 92; en sentido equivalente, Reinaldi, Víctor F., *Delincuencia...* cit., p. 167). Además, tratándose –al igual que la tenencia– de un ilícito contra la seguridad pública (seguridad común), exige la conducta flagrante del sujeto activo, “...*pues sólo si se está realizando actualmente* -la conducta configurativa de dicho entuerto- *se puede hablar de un peligro para la seguridad común ...*”. Asimismo, este tribunal ha marcado en reiterados fallos la distinción entre una y otra figura penal diciendo que “mientras la tenencia de armas equivale a la conservación de ellas dentro de un ámbito material de custodia o en un lugar, aún escondido, en el que se encuentre a su disposición (cfr. Balcarce, Fabián I., *Armas, municiones y materiales peligrosos en el Código Penal* (art. 189 bis), Lerner, Córdoba, 2004, p. 76; Reinaldi, Víctor F., *Delincuencia armada*, 2ª edición ampliada y actualizada, Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 161), la portación exige que se lleve el arma consigo, trasladándola de un sitio a otro, en lugar público, de acceso público o en lugar privado donde el sujeto activo se ha hecho presente, en condiciones de uso inmediato, aunque para ello deba montarse y, en su caso, cargarla (cfr. Balcarce, Fabián I., *Armas...* cit., p. 92; en sentido equivalente, Reinaldi, Víctor F., *Delincuencia...* cit., p. 167). Por lo demás, tratándose ambos delitos, de ilícitos contra la seguridad pública (seguridad común), tanto la tenencia, como la portación, exigen la conducta flagrante del sujeto activo. (GUARDATTI, Horacio Eugenio y otro p.ss.aa. portación de arma de guerra, Sent. 304, 28/11/2007). Así, el mismo fallo del altísimo tribunal, también se expidió sobre una cuestión discutida en la doctrina en cuanto a la posibilidad de la coautoría en el delito de portación ilegal de armas, exponiendo que la tenencia compartida sobre una única arma es posible, y el reproche habrá de llegar cuando se compruebe en los hechos, que los agentes han tenido un efectivo poder de disposición sobre ella (Balcarce, ob. cit., p.76). A diferencia de la tenencia, la portación no parece susceptible de ser compartida, pues si bien la primera sólo implica contar con la posibilidad de disponer de tal objeto, la segunda requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso. No obstante, para el efectivo dominio de hecho sobre el

material no se requiere el persistente contacto físico con el objeto cuya tenencia desautorizada la ley veda (Balcarce, ob. cit., p 92/93). Del análisis de las características que le son propias a la figura de la portación, se advierte una seria dificultad conceptual y fáctica de coautoría, en razón de que la portación no se aprecia “prima facie” compatible con el ejercicio de la misma por parte de dos sujetos, ya que el hecho de que uno la lleve consigo implica que el otro no goza de la misma. Esto es así dado que la portación tiene un plus sobre la tenencia: ambos implican poderes de hecho, pero a la primera se le agrega el llevarla consigo mismo y pudiendo efectivizar su posibilidad de disposición en cualquier momento. En sentido opuesto, la mera tenencia como poder de hecho que en sí permite ser compartida, en razón de que el verbo típico “tener” admite esa posibilidad, que el tipo se dé en conjunto y por la actuación compartida de dos o más sujetos en calidad de coautores.

En otro orden de cosas, no pocas son las veces en que los operadores jurídicos, al momento de calificar una determinada conducta, se enfrentan con las dificultades que devienen de concursar el delito (art. 55 C.P) sub-exámen con otras figuras delictivas, en especial el Robo Calificado previsto en art. 166 inc. 2 del C.P . Así, el delito de portación ilegal de arma cometido en el mismo contexto de acción del desapoderamiento no constituye un hecho independiente, ya que no puede valorarse como lesivo del bien jurídico seguridad común (criterio del T.S.J. en el fallo “Torres”, S n° 13, 15/03/1999). De estos casos se desprende, que merced al principio constitucional del nos bis in idem, corresponde la sola concurrencia de la figura de Robo Calificado, por tratarse de un único delito, toda vez que entre los arts. 189 bis inc. 2° 3er. Párrafo y 166 inc. 2° del C.P existe un concurso aparente, por mediar una relación de implicancia y de subsidiariedad tácita; en otras palabras, la falta de independencia de tales acciones torna inadmisibles la aplicación del concurso real de delitos (art. 55 del C.P.), existiendo según Zaffaroni una “unidad de ley”. En efecto, el tipo penal del art. 166 inc. 2° del C.P requiere la utilización de un arma, y “utilizar” significa “...aprovecharse del uso de una cosa...”, por lo que esto último exige como presupuesto necesario –esto es, que inexorablemente debe suceder- la portación de la misma en el momento del hecho, por lo que para robar con un arma primero hay que portarla indefectiblemente, existiendo entre ambas conductas lo que algunos doctrinarios denominan una “relación de implicancia” o de contención propia del concurso aparente, donde el tipo implicante (robo cometido con arma) necesariamente comprende al tipo implicado (portación de arma), sosteniendo de tal manera que no se afectará el principio nos bis in idem, que resultaría conculcado si recae un múltiple castigo a una misma conducta.

Por ello, y en relación a la naturaleza jurídica del concurso planteado, sostenemos que media una subsidiariedad tácita, por entender que el delito de Portación resulta inherente al

del Robo Calificado por el uso de arma, representando ambas categorías distintos niveles de desarrollo en la misma conducta delictiva, mediando a la vez una progresión en la afectación jurídica, razón por la cual debe quedar desplazado el tipo implicado de menor desarrollo en la conducta desplegada, para proceder a la aplicación del delito subsidiario que para el caso es el de Robo cometido con arma de fuego...”.

En igual sentido, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, ha establecido que la utilización de un arma en el mismo contexto de acción del desapoderamiento no constituye un hecho independiente, porque ella no puede valorarse como lesiva del bien jurídico seguridad común (“Ferreyra”, S. n° 103, T.S.J Cba., 11/12/2002). A su vez, en el citado precedente también se ha sostenido que sólo si, concluida la ejecución del robo, hubiera sido aprehendido el imputado manteniendo el arma bajo su poder estaría dado el aspecto objetivo del delito. En síntesis, si la aprehensión del autor y el secuestro del arma de fuego se produjo a los pocos minutos del ataque a la propiedad ajena y a escasa distancia del lugar del hecho, es decir si existiese inmediatez temporal y espacial entre la conducta y la posterior aprehensión del imputado, dicho accionar quedará comprendido dentro del mismo contexto del robo.

En relación a los antecedentes penales del imputado, como agravantes del delito de portación ilegítima de armas, es posible distinguir en la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como provinciales dos posiciones respecto a la problemática planteada.

Por un lado, la corriente minoritaria considera que no resulta violatoria del principio non bis in idem, la sentencia que valora como agravante las condenas anteriores que registra el imputado, y al mismo tiempo lo declara reincidente.

En consecuencia, el principio constitucional citado finca en evitar que el Estado pueda efectuar repetidos intentos de condenar a una persona por el mismo delito, vale decir que prohíbe que la misma persona sea sometida a un nuevo proceso judicial por el mismo hecho o a cumplir otra vez pena por el mismo delito. Sin embargo, la incidencia de condenaciones previas sobre la pena actual, sea en su modalidad de cumplimiento o monto, no importa volver a juzgar el hecho anterior, por lo que no se viola el citado principio. Asimismo, consideran que dicha decisión resulta adecuada al principio de culpabilidad, teniendo en cuenta las exigencias de la prevención general y especial, pautas que deben presidir la elección del monto de pena a imponer de manera de no sobrepasar la reprochabilidad por el hecho cometido.

La mayor pena que se impone por el nuevo delito no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino el haber sido condenado a cumplir una pena de prisión, que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que el principio de non bis in idem prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal.-

Otro sector doctrinario, por el contrario, afirma que la agravante es manifiestamente inconstitucional, en virtud de que viola, según el autor que se escoja al analizar la figura penal, o el principio de culpabilidad o el principio de inocencia o el principio non bis in idem.

En relación al primero de los principios enunciados –de culpabilidad-, el art. 18 la Constitución Nacional determina que sólo penarán conductas, lo que implica establecer que nuestro sistema adopta un derecho penal de acto y no de autor, prohibiendo la sanción de personalidades, formas de ser o estados peligrosos que no se hayan materializado en acciones.-

Así, De la Fuente y Salduna, entienden que “se viola gravemente el principio de culpabilidad, toda vez que no se castiga al autor en función a la gravedad del hecho, sino que se lo hace en función a los antecedentes condenatorios que registra o de las causas en trámite donde se le hayan concedido excarcelaciones o exenciones de prisión”, en síntesis sólo se valoran las condiciones personales del autor.- Agregan: “las altísimas penas establecidas para el supuesto en cuestión, llegan a superar la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor. De manera que resulta inconstitucional invocar criterios de prevención general y especial para la imposición de penas desproporcionadas pues, en ese caso, el autor estaría siendo usado como una especie de instrumento, vulnerando de esa manera, el principio de dignidad humana.”

Por otra parte, hay quienes consideran la inconstitucionalidad de la agravante en virtud de que la misma resultaría violatoria del principio de inocencia, expresando que por medio de su aplicación se pretende que el sujeto sea castigado más gravemente por registrar causas en trámite y en las cuales no se ha declarado su responsabilidad por el hecho.

Respecto de la violación del principio non bis in idem, cabe señalar que quienes se enrolan en la inconstitucionalidad de la figura, sostienen que se agrava la condena en base a otros hechos por los que el imputado ya fue castigado –en caso de condena firme-, o en los que está siendo juzgado –en el supuesto de las causas en trámite-. Vale decir, que la agravación de la pena no se funda en el hecho cometido por el agente, sino en los hechos anteriores, lo que significaría reconocer la persecución o la condena de una persona, más de una vez y por el mismo evento criminal, ya que la calificante de la pena se sustenta en otros sucesos por los cuales el encartado ya fue juzgado.-

A nivel local, comparte esta posición Fabián Balcarce, quien sostiene que “la figura penal bajo análisis se entronca con una noción de derecho penal de autor, que confronta con el principio fundamental que caracteriza al derecho penal democrático y liberal de acto, determinando que la sanción penal resulte claramente desproporcionada con el hecho delictivo de portación de arma. Como acertadamente se ha sostenido, este tipo constituye un delito especial impropio en el que el motivo de la agravante radica en la condición penal del sujeto activo.”

Nuestro sistema de persecución penal, delineado desde la propia Constitución Nacional, pasando por el Código Penal y más modernamente por los Tratados Internacionales a los que adhirió nuestro país; se alinea al llamado Derecho Penal de acto. Nuestro sistema punitivo es de acto y no de autor. Así la C.N. ya desde el art. 18 nos dice “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...” fijando así los límites de la responsabilidad penal de las personas frente al poder represivo del Estado.

Si bien no hay controversias en cuanto a la legitimidad de los llamados delitos de peligro abstracto, es decir aquellos en los que el legislador a tipificado como delictivas, “conductas que por si solas no lesionan concretamente un bien jurídico protegido”; también es cierto que se debe exigir, al menos, la demostración de una conducta objetivamente peligrosa, se exige la causación de una verdadera situación de peligro.

El delito de portación de armas, es uno de los llamados delitos de peligro, en tanto sólo se pune la conducta de llevar consigo (portar) un arma de fuego sin la debida autorización, con prescindencia de los resultados que el autor de dicha conducta pueda perseguir. Ahora bien, si a esta situación de perseguir penalmente a una persona por una conducta que no genera una lesión concreta sino que causa una situación de peligro, se le suma que su accionar debe agravarse por su conducta precedente, entonces el legislador estaría transgrediendo los límites del sistema penal, en tanto el “hecho” de la portación pasa a un segundo plano puesto que lo realmente tenido en cuenta pasa a ser el autor (peligroso) y no el hecho.

Si admitimos esta figura, sin más, podrían verse vulnerados no sólo el principio rector de culpabilidad, sino también el de non bis in idem en tanto se estaría agravando la situación del imputado por un hecho que ya fue juzgado o al menos, procesado.

Ahora bien, si haciendo un esfuerzo interpretativo admitiéramos estas figuras agravadas de portación de armas: como entendemos que el mismo legislador luego nos dice que se reducirá la pena en un tercio del mínimo y del máximo, “...cuando por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos”. La contradicción surge evidente.

Por todo esto, se presenta como imprescindible analizar si el agravante de la portación de armas por los antecedentes de su autor o por encontrarse éste, gozando una excarcelación o exención de prisión anterior vulnera aquellos principios constitucionales de la persecución penal que inspiran todo proceso penal y que se erigen como verdaderas vallas infranqueables para el poder represivo del Estado.

CONCLUSIÓN:

A modo de conclusión y en orden al desarrollo expuesto supra, entendemos en relación a los conceptos vertidos sobre las acciones típicas de los delitos, que la tenencia es la acción de tener o llevar el arma consigo o cerca de sí mismo, sin la posibilidad de realizar un disparo en forma inmediata dados los numerosos movimientos que se deben efectuar para que el arma se halle presta a ser disparada. En cuanto a la portación, la misma está configurada por aquella conducta en donde se entrelazan la posesión y el transporte del arma, juntamente con la disposición casi inmediata de ésta para el disparo (inmediatez en el uso). El requisito fundamental será determinar que habrá portación cuando el arma no solo este en poder del agente sino que además este cargada y pueda ser disparada con la realización de uno o dos movimientos manuales.

En cuanto al concurso de delitos con el tipo penal de Robo Calificado con armas, la portación o tenencia de armas, queda subsumida dentro del tipo de aquél, siempre que la aprehensión del autor y el secuestro del arma de fuego se produzca a los pocos minutos del ataque a la propiedad ajena y a escasa distancia del lugar del hecho, es decir que si existe inmediatez temporal y espacial entre la conducta y la posterior aprehensión del imputado, dicho accionar quedará comprendido dentro del mismo contexto del robo.

Finalmente, y en lo relativo a la discusión sobre la constitucionalidad o no del agravante inserto en la parte final del apartado 2º del 189 bis del C.P., entendemos que admitirla sería violatorio a los principios que la Constitución Nacional ha marcado como pautas invulnerables a la aplicación efectiva del poder punitivo del Estado. En un Derecho Penal Liberal, donde rige el principio fundamental de la lesividad (art. 19 C.N), no es legítima la imposición de la pena sino existe al menos, riesgo alguno de afectación del bien jurídico en el caso concreto. El excesivo adelantamiento de la punición, que alcance conductas no peligrosas por sí mismas, resulta repugnante a los principios constitucionales.-

Bibliografía:

- ABOSO, Gustavo Eduardo, "*Régimen penal de armas de fuego, municiones y explosivos a partir de la reforma introducida por la ley 25.886*", "*Reformas Penales al código Penal*" Ed. B de F, Montevideo-Bs. As., 2005
- BACIGALUPO, Enrique "Principios Constitucionales del Derecho Penal" Ed. Hammurabi, Bs. As.
- BALCARCE, Fabián I., "*Armas, municiones y materiales peligrosos en el Código Penal (art. 189 bis)*", Lerner, Córdoba, 2004, p. 76
- BLASCO FERNANDEZ DE MOREDA, Francisco "*Sobre el concepto y alcance del delito de tenencia y portación de armas de guerra*", en La Ley, t. 132, pags. 406/413
- DE LA FUENTE, Javier E.-SALDUNA, Mariana, "Régimen penal de armas y explosivos", en "Reformas Penales", AA.VV., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 226.
- CREUS, Carlos "*Derecho penal, Parte especial*", Buenos Aires, 1999, Ed. Astrea, t. II
- CREUS, Carlos-BUOMPADRE, Jorge Eduardo "*penal, Parte especial*", Buenos Aires, 2007, Ed. Astrea, t. I
- LAJE ANAYA, Justo-LAJE ROS, Cristóbal, "*Notas al Código Penal Argentino. Reformas 2000-2006*", Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, p. 312
- NÚÑEZ, Ricardo C., "*Derecho Penal Argentino*", Lerner, Córdoba, 1971, t. VI
- REINALDI, Víctor F., "*Delincuencia armada*", 2ª edición ampliada y actualizada, Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 161