



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Informe final de trabajo de investigación

Previo a la Obtención del Título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

Tema:

Caso No. 13260-2017-00007 que sigue la El Estado en contra de Guadamud Chóez Cesar Javier: “Inadecuada aplicación del tipo penal de porte de armas por parte del Fiscal y Juez”

Autores:

Carlos Arturo Zambrano Loor

Carlos Joel Montanero Mendoza

Tutor:

Dr. Arturo Mera Intriago

Portoviejo - Manabí - Ecuador

2017

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

Carlos Arturo Zambrano Loor y Carlos Joel Montanero Mendoza, de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo: Caso penal No. 13260-2017-00007 que sigue la El ESTADO en contra de GUADAMUD CHOEZ CESAR JAVIER: “Inadecuada aplicación del tipo penal de porte de armas por parte del Fiscal y Juez”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 15,de Agosto 2017

Carlos Arturo Zambrano Loor.
C.C.
AUTOR

Carlos Joel Montanero Mendoza.
C.C.
AUTOR

ÍNDICE

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
INTRODUCCIÓN.....	V
MARCO TEÓRICO REFERENCIAL	1
1.1. El delito	1
1.1.1. Definiciones doctrinarias.....	1
1.1.2. El delito como ente jurídico	3
1.2. Estructura jurídica del delito	3
1.2.1. Acción y omisión.....	4
1.3. Tipicidad.....	6
1.3.1. Elementos de la tipicidad	7
1.3.2. Tipo Penal.....	8
1.3.3. Ausencia de tipo	10
1.4. Delito por tenencia y porte de armas.....	10
1.4.1. Tenencia	11
1.4.1.1. Configuración del tipo penal de tenencia	13
1.4.2. El Porte	13
1.4. Configuración del delito de porte de armas.....	14
ANÁLISIS DEL CASO	15
2.1. Los hechos	15
2.1. Análisis del fallo condenatorio	18
CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA	47

Anexos	50
--------------	----

INTRODUCCIÓN

Bajo la modalidad de estudio de casos para obtener el título profesional emitido por la Universidad, se realiza el presente informe final del estudio del caso penal signado con el No. 13260-2017-00007, por el presunto delito de porte de armas tipificado en el artículo del Código Integral Penal, que sigue la fiscalía en contra el procesado Cesar Guadamud.

Para analizar el problema jurídico encontrado en la revisión de la causa penal mencionada se parte desde el objetivo o finalidad del proceso penal que es, determinar la materialidad del delito y el vínculo del tipo penal. En el sistema penal, se encuentra tipificada la infracción penal, cuyo fundamento base es el principio de legalidad, basado en que “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley”, de la misma manera cada delito tipificado en la normativa penal contiene sus elementos constitutivos para que una determinada conducta se pueda adecuar a la tipicidad del mismo.

El objetivo principal de la investigación práctica se ha planteado bajo los términos de demostrar y fundamentar jurídicamente si existe una inadecuada aplicación del tipo penal por porte de armas en el caso No. 13260-2017-00007, justificando el análisis en lo que se refiere a la adecuación de una conducta a un tipo penal, y en la importancia tener en claro que es la tipicidad, y cuáles son los elementos constitutivos de un delito.

Con el presente análisis de caso se pretende profundizar el estudio de la conducta típica prevista en el artículo 360 del COIP que se refiere a la tenencia y

porte de armas, pues en la práctica el tema de la tenencia y porte es un es un tema controvertido; por tanto, es necesario analizarlo detenidamente, para poder entender e identificar los elementos constitutivos de este tipo de delito y su tipicidad.

Sobre la tipicidad muchos autores al igual que el COIP concuerdan con que es una conducta que se adecúa a un tipo penal, como lo indica el cuerpo normativo, por lo general la conducta es penalmente relevante. En otras palabras, es la adecuación de la conducta a una figura legal. Es el encuadramiento del acto a la norma jurídica. Albán Gómez señala que la tipicidad tiene además una fundamental función procesal. La comprobación de la tipicidad de una conducta es un requisito básico para iniciar y continuar el proceso penal.

Otro aspecto importante por el cual se justifica el presente estudio es el verbo rector que se describe en los delitos en este caso es significativo y necesario tener en claro el verbo rector de tener y poseer ya que en algunos casos son asimilados como sinónimos, siendo totalmente diferentes el uno del otro. Además el estudio y análisis del presente caso marca un precedente ya que la administración de justicia aplica un tipo penal que a criterio personal no es el correspondiente

MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

1.1. El delito.

1.1.1. Definiciones doctrinarias.

Para iniciar el marco teórico referencial se partirá desde las conceptualizaciones y definiciones del delito, para determinar de manera sucinta las generalidades, estructura jurídica, y sujetos del mismo, para lo cual se revisará la doctrina, ley y jurisprudencia, para así continuar con el análisis del caso en específico.

En el estudio de la dogmática penal el delito ha sido definido por varios reconocidos autores, entre estos está el tratadista Von Liszt, que citado por GOLDSTEIN (1999) señala: “La infracción (o delito en el sentido amplio de la palabra), es un comportamiento humano especificado por la ley, contrario al derecho, culpable y que la ley sanciona por medio de una pena (GOLDSTEIN 1999, p. 203)¹.”

Haciendo referencia a lo antedicho por Goldstein de que el delito es una infracción, cabe mencionar que el COIP no define lo que es el delito pero define a la infracción penal también como una conducta típica, antijurídica y culpable y las clasifica en delitos y contravenciones dependiendo de la pena privativa de libertad que se imponga.

Revisando a CUEVA, (2009); sobre la definición de delito ha indicado:

¹Goldstein, Raúl. (1999). “*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*”. Argentina. Editorial Astrea.

En sentido dogmático, es definido como una conducta, acción u omisión típica, antijurídica y culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones objetivas de punibilidad. Los códigos penales y la doctrina definen al "delito" como toda aquella conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico del país donde se produce. (p.27)².

Para Carrara, el delito es: “La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Carrara, 1971, p. 60)³.

García Falconí, (2003), en su Manual de Práctica Procesal Penal proporciona la definición del diccionario jurídico latino que enseña que:

Delito es la acción u omisión penada por la Ley, el concepto está sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acuñado por los juristas romanos *nullum crimen nullum poena sine lege*, es su regla elemental, además agrega que resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, pues delito es solo aquello castigado por la ley. Por otro lado indica que también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos. (p.78)⁴.

Este mismo autor indica que los delitos se clasifican en delitos graves y menos graves, en atención a la pena que se impone, empleando pues un principio más cuantitativo (gravedad de la pena que señala cada código), que cualitativo.

² Cueva, Mario.(2009). *“El Delito en Sentido Legal”*. México. Editorial UNAM.

³ Carrara, Francesco. (1971). *“Programa de derecho crimina”* Bogotá. Editorial Temis.

⁴García Falconi, José. (2003). *“Manual de práctica procesal constitucional y penal”*. Quito. Editorial del Editorial Ministerio de justicia.

La concepción de la palabra delito ha sido un poco complicada en cuanto a su definición en los diferentes cuerpos legales así que Albán, (2010), señala:

Aun los autores que son partidarios de definir el delito en forma material, integrado por el concepto con aspectos extrajurídicos, sostienen que frente al derecho positivo poco valen los criterios ontológicos ideales o abstractos. Cualquiera que sea el concepto que se tenga a priori del delito, será el legislador, en cada caso y tomando en consideración precisamente argumentos extrajurídicos, quien determinará que una conducta pase a la órbita penal o deje de estar en ella (p.113)⁵.

1.1.2. El delito como ente jurídico.

Castellanos Tena, sobre la etimología de la palabra delito ha enseñado: “deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley” (Castellanos, 1589, p.125)⁶.

La concepción del delito como ente jurídico de acuerdo con Jiménez de Asúa: “Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Jiménez, 1997, p. 130)⁷.

1.2. Estructura jurídica del delito.

La estructura jurídica del delito es aquella que contiene los elementos del delito, también identificada doctrinariamente como “teoría del delito”, citando al

⁵Albán Gómez, Ernesto. (2009). “*Manual de Derecho Penal ecuatoriano, parte general*”. Tercera edición. Editorial Ediciones Legales.

⁶ Castellanos, Fernando. (1598). “*Lineamientos Elementales del Derecho Penal*”. México. Editorial Porrúa.

⁷ Jiménez De Asúa, Luis, (1997). “*Lecciones de Derecho Penal*”. Vol.3. México. Editorial Haría.

reconocido jurista Zaffaroni, expresa que: “La Teoría Del Delito sirve para verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado (Zaffaroni, 2006, p. 288)⁸.

Usualmente como se ha expresado se define al delito como, acción u omisión típica, antijurídica y culpable, encerrando de esta manera sus elementos o quedando estructurado el delito de la siguiente manera:

1. La Acción.
2. Tipicidad.
3. Antijuricidad.
4. Culpabilidad.

De la estructura anotada brevemente se referirá a los elementos como la acción, antijuricidad y culpabilidad; pues, el estudio de casos al que se está haciendo referencia se enfoca en la tipicidad, de la cual si se extenderá un poco más el análisis, por cuanto, la problemática encontrada en el caso específico recae sobre este elemento del delito que es el que contiene la descripción de lo tipos penales.

1.2.1. Acción y omisión.

Al decir de la acción, como primer elemento del delito también hay que mencionar a la omisión, tal como lo establece la normativa penal de la

⁸ Zaffaroni, Raul, ALAGIA, A., SLOKAR, A. (2006). “*Manual de Derecho penal. Parte General*. Quinta Edición. Editorial EDIAR.

legislación ecuatoriana, entonces se tendría a la acción y omisión como primer elemento del delito, tomando como referencia la obra de Cerezo Mir, (2012)⁹ se anota que la acción y la omisión en todos los cuerpos penales son punibles y constituyen delito, antes de esto se indica que los Códigos Penales no formulan el concepto de acción o de omisión.

Como elemento del delito este mismo autor expresa que:

La acción ha de cumplir la función de elemento básico, unitario, de la teoría del delito, al que se añaden, como atributos o predicados todas las comprobaciones o valoraciones del enjuiciamiento jurídico-penal además la acción ha de cumplir, una función de elemento de unión o enlace de todas las fases del enjuiciamiento jurídico-penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) (párr. 4)¹⁰

De la omisión se dice que es: “La no acción con posibilidad concreta de acción, es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta”¹¹.

Sobre la antijuridicidad, el artículo 29 del COIP señala que para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá cumplir con dos verbos rectores que son el amenazar o lesionar un bien jurídico protegido, esta amenaza o lesión para que se considerada antijurídica debe ejecutarse sin justa causa.

Respecto a la culpabilidad también se hará referencia de manera específica a lo instaurado en el artículo 34 del COIP, mismo que enuncia que para que un

⁹Cerezo Mir, José. (2004) “*Curso de Derecho Penal español II*” Parte general. Tomo II: Teoría jurídica del delito”. Barcelona. Editorial Tecnos.

¹⁰ Cerezo Mir, José. (2004) “*Curso de Derecho Penal español II*” Parte general. Tomo II: Teoría jurídica del delito”. Barcelona. Editorial Tecnos.

¹¹ *Ibidem*

individuo sea calificado como responsable penalmente habrá de ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

1.3. Tipicidad

La tipicidad de acuerdo a la estructura jurídica del delito es el segundo elemento, como elemento del delito legalmente se encuentra establecido en el artículo 25 del COIP que señala: “Artículo 25.- Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”(COIP, 2015).

En concordancia a lo antedicho, Albán ha indicado que: “La tipicidad, el segundo elemento esencial del delito, es precisamente la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. En ese caso estaremos frente a un acto típico. (Albán, 2009, p.174)¹².

Analizando brevemente lo descrito en línea anteriores, por medio de la tipicidad se observa si la conducta de quien ha delinuido se adecúa a lo que describe de manera exacta la normativa penal. Tal como lo ha manifestado Muñoz Conde (2004) “es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (p.251)¹³.

Lo antedicho quiere decir que la adecuación es de carácter jurídico, por lo general a los actos penalmente relevantes, además se entiende que para que exista la tipicidad debe estar descrito de forma concreta el tipo penal. Son muchos los tipos penales que existen en nuestro código integral penal, cada uno

¹² Alban Gómez, Ernesto. (2009). “*Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*”. Quito. Ediciones legales.

¹³ Muñoz Conde, Francisco. (2004). “*Derecho Penal. Parte General*”. Editorial Tirant lo Blanch.

descritos de manera específico en cada articulado del mismo, unos que contienen dolo otros culpa.

Revisando a (Ticona, s.f.), de manera más precisa señala:

Tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo pena. (p.2)¹⁴.

De todos los autores consultados al igual que la ley, coinciden que la tipicidad como elemento del delito es la adecuación de la conducta de una persona, a cabalidad, al pie de la letra, de manera exacta, de la descripción de un delito, es decir de un tipo penal que se encuentra en un código, cabe recalcar que la tipicidad también responde al el principio constitucional de legalidad.

Para finalizar con las definiciones es importante mencionar a Peña y Almanza, (2010); que sobre la tipicidad han manifestado:

Es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social. (p.131)¹⁵.

1.3.1. Elementos de la tipicidad

Los elementos de la tipicidad doctrinalmente han sido clasificados en normativos – valorativos y subjetivo. Por normativos se entiende a aquellos elementos que para su comprensión debe realizarse un juicio o proceso de

¹⁴ TICONA ZELA, Eufracio. (s/f). “*Teoría de la tipicidad*” . (En línea). Consultado 18 de julio 2017. En: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticona_zela.pdf

¹⁵ PEÑA GONZALES, G.O & ALMANZA ALTAMIRANO, F. (2010). “*Teoría del delito manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*”. Editorial. APECC.

valoración jurídica provenientes de otras ramas jurídicas; es decir, que requiere un juicio de valor por parte del juzgador este valor puede ser de contenido normativo en cuyo caso se debe remitir al argumento jurídico positivo para su demostración, como por ejemplo valorar algún documento público, acta de defunción, entre otros.

Por otro lado del elemento subjetivo se puede indicar que éste comprende el estudio del dolo y otros elementos distintos del dolo, así como de su ausencia conocida en la ciencia penal como el error de tipo. En resumen los elementos de la tipicidad se reducen a los siguientes:

- Núcleo o verbo rector.
- Elemento objetivo.
- Elemento subjetivo.
- Elemento normativo.

1.3.2. **Tipo Penal.**

Como se ha indicado sobre la tipicidad que es la adecuación al tipo penal es importante identificar que es el tipo penal como tal. Para el tratadista Enrique Bacigalupo el tipo penal es la descripción de la conducta prohibida por una norma (Bacigalupo, 2014, p.31)¹⁶. El tipo penal entonces es ese delito que ha sido descrito por quienes han creado la ley penal, que está prohibido por atentar contra un bien jurídico protegido.

¹⁶ Bacigalupo, Enrique. (2014). *“Lineamientos de la Teoría del Delito”*. Cuarta edición. Argentina. Editorial Hammurabi.

Repasando el Manual de Derecho Penal, de Zambrano Pasquel, sobre la definición del tipo penal, cita al Dr. Alfonso Reyes, quien de manera concreta ha exteriorizado en su obra que: “el tipo penal es la abstracción descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible (Zambrano, 2008, p.33)¹⁷.

El tipo penal dentro del esquema de la tipicidad desempeña un rol importante por cuanto; ejerce las funciones de garantía procesal y penal. Procesal porque si el supuesto de hecho encaja en la descripción, es decir, si hay suficientes indicios de culpabilidad, solo así se dictará auto de llamamiento a juicio, y sobre en esto se comprobará si dicha conducta fue antijurídica y culpable.

Cabanellas en su diccionario jurídico señala que el tipo penal es “el conjunto de elementos, definidos por la ley, constitutivos de un delito” (Cabanellas, 2010, p.425)¹⁸.

Según la definición del diccionario de Cabanellas el tipo se basa en un conjunto de elementos lo que quiere decir que existe más de un elemento para que se configure la tipicidad, así mismo el autor ha indicado que los elementos son definidos únicamente por la ley.

El Ecuatoriano Albán Gómez, (2009), en su obra hace referencia al tipo desde el punto de vista del finalismo que supone que en el tipo penal hay un aspecto objetivo y otro subjetivo.

¹⁷Zambrano Pasquel, Alfonso. (2008). “Manual de Derecho Penal, parte general”. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.

¹⁸ Cabanellas De Torres, G. (2010). Diccionario Jurídico elemental” Editorial Temis. Pág. 424

Para comprobar lo primero hace falta que el acto reúna los elementos descriptivos y normativos previstos en la ley; pero es indispensable, sostiene, que se compruebe también la presencia del tipo subjetivo, es decir si la conducta es dolosa; o, en los casos en que excepcionalmente la ley lo prevé, si la conducta es culposa (o imprudente, como generalmente la califica la doctrina). Bajo este esquema el análisis del dolo y de la culpa no se realiza al estudiarse la culpabilidad, sino en el examen de la tipicidad. Por ello de no comprobarse la existencia de dolo o culpa, el acto es irrelevante para el derecho penal ni se requiere dar inicio a un proceso. (p. 145)¹⁹.

1.3.3. Ausencia de tipo

Como se ha explicado si no hay tipicidad no hay delito, o si no se cumplen con los elementos del tipo, la ausencia del tipo como lo indica Jiménez; supone que el hecho cometido no es delito; “El hecho no está descrito en el Código Penal como delito. La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley”. (Jiménez, 2005, p.578)²⁰.

1.4. Delito por tenencia y porte de armas

Una vez que ha sido definido lo que es el delito de manera legal y doctrinal, así como su estructura jurídica y se ha hecho el enfoque sobre la tipicidad y el tipo penal, se procede de manera referencial a revisar al delito por tenencia y porte de armas que tiene relación con el caso objeto del estudio de investigación y análisis.

¹⁹Albán Gómez, Ernesto. (2009). “*Manual de derecho penal Ecuatoriano: Parte general*”. Quito. Editorial Ediciones legales S.A.

²⁰Jiménez De Asúa, Luis. (2005). “*La ley y el delito. Principios del Derecho penal*”. 4ª edición. Buenos aires. Editorial Abeledo-Perrot.

La tenencia y porte de armas como delito se encuentra tipificado en el Artículo 360 del Código Integral Penal que textualmente indica:

Artículo 360.- Tenencia y porte de armas.- La tenencia consiste en el derecho a la propiedad legal de un arma que puede estar en determinado lugar, dirección particular, domiciliaria o lugar de trabajo, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que tenga armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. El porte consiste en llevar consigo o a su alcance un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que porte armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (COIP, 2015).

Ahora la tenencia y el porte son dos delitos diferentes, ello se evidencia en los elementos del tipo y en la penalidad de cada uno, pues; la tenencia se pena hasta con un año de privación de libertad y el porte hasta con cinco años, estos dos términos es obligatorio tenerlos claro, la tenencia y la portación, ya que cada uno cuenta con elementos diferentes aunque en ambos el bien jurídico protegido contra el que se atenta es la seguridad pública.

1.4.1. Tenencia.

Debido a que el COIP no establece una definición clara de lo que es tenencia y porte es necesario recurrir al criterio de tratadista que se han pronunciado sobre este delito para diferenciar la tenencia del porte y así identificar en el capítulo de análisis de caso si ha existido una errónea adecuación del tipo penal de la causa analizada.

Sobre la tenencia, los ecuatorianos, Núñez y Aguilar, se han referido a la tenencia ilegal de armas de fuego expresando: “Este tipo de conducta es un delito que afecta la seguridad interna de un Estado (NUÑEZ, 2008, p.19)²¹

El autor citado en líneas anteriores hace referencia a la tenencia ilegal de armas, aunque su criterio podría abarcar no solo a la tenencia, sino también al porte sin autorización que efectivamente atenta contra la seguridad interna de un Estado; lo que simboliza que si la persona que tiene o porta un arma, tiene el permiso para hacerlo no atenta contra la seguridad. Entendiendo entonces según lo indicado por el autor; que este permiso es el que define si esa tenencia afecta o no a la seguridad interna.

En concordancia con el primer autor citado, haciendo estudio de derecho comparado, el Código Penal de Perú en su artículo 279 que analizado por el Doctor en jurisprudencia Varillas, (2016), se refiere:

Un ilícito de tenencia ilegal de armas de fuego se encuentra previsto y sancionado dentro del rubro de delitos contra la Seguridad Pública y específicamente tipificado como delito de peligro común en el Artículo 279 del Código Penal. Es una figura de peligro abstracto pues no es necesario la producción de un daño concreto, pues se entiende que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente²².

Según los razonamientos transcritos por los autores, en la comisión del delito de tenencia ilegal de armas, no es necesario un resultado, un daño

²¹ Yávar Núñez, Fernando & Aguilar Martillo, William. (2008). “*Audiencias de Formulación de Cargos por Delitos Flagrantes y no Flagrantes*”. Ecuador. Editorial Lituma Artes Gráficas.

²² Varillas Alzamora, Juan. (2016). “¿Portar un arma inoperativa permite condenar por tenencia ilegal de arma?”. (en línea). Consultado 19 julio 2017. En: http://juartival.blogspot.com/2016/10/portar-un-arma-inoperativa-permite_13.html

específico, sino que basta que exista el peligro abstracto, para que se configure este tipo penal

Haciendo un enfoque más específico sobre lo que significa tenencia, Cabanellas imprime en su diccionario jurídico que la tenencia es: “la mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual” Cabanellas, 2010, párr.)²³.

1.4.1.1. Configuración del tipo penal de tenencia.

Para que se configure el tipo penal de por el delito de tenencia de armas se deben cumplir los elemento de la descripción del tipo, el COIP señala que la tenencia consiste en el derecho a la propiedad legal de un arma que puede estar en determinado lugar, entonces se incurre en el delito cuanto no se tiene el derecho a la propiedad, es decir, el permiso o autorización de tener dicha arma de fuego.

El tipo penal de tenencia ilegal de armas de fuego, se basa en su verbo rector que es “tener” es un delito netamente de actividad, es decir qué; no demanda que la acción haya ocasionado un daño previo, sino que es suficiente que el bien jurídicamente protegido sea puesto en peligro; lo que significa que para que se ejecute este delito de tenencia ilegal, basta con que el sujeto activo tenga en su poder el arma de fuego sin autorización de la autoridad.

1.4.2. El Porte

²³ Cabanellas De Torres, G. (2010). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta.

Una vez analizado y definida la configuración de la tenencia ilegal de armas como delito, se pasa al estudio del porte, que no es lo mismo que la tenencia. Revisando el diccionario jurídico de Osorio, el porte es: “la conducción de algo de un punto a otro”²⁴. De lo que se desprende que el porte o portación es el hecho de transportar consigo un arma de fuego.

1.4. Configuración del delito de porte de armas.

Como se indicó que en la tenencia el verbo rector de la configuración del tipo penal es simplemente “tener” en el porte de armas el verbo rector es “llevar” como lo tipifica el código penal, que es sinónimo de “conducir” “transportar” que además agrega el articulado del COIP “consigo o a su alcance”, lo que significa que el porte no solo se configura el llevar el arma consigo sino que también debe estar al alcance del sujeto, como ubicarla en su vehículo o cualquier objeto que sirva para su conducción.

Para su configuración además el COIP indica que el porte no es de manera momentánea, sino que enfatiza describiendo al tipo penal que este porte debe ser permanente, una vez teniendo clara la tipicidad del delito de tenencia y porte se procede al análisis del caso concreto.

²⁴ Manuel Osorio. (2012). “*Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*”. Primera Edición. Guatemala. Editorial Datascan, S.A

ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Los hechos.

En el caso concreto escogido para el estudio y análisis como lo es la causa penal 13260-2017-00007 se ha encontrado el problema jurídico de una inadecuada aplicación del tipo penal de porte de armas por parte del Fiscal y Juez que da como resultado una sentencia condenatoria en contra del procesado, para analizar el problema que nace de la emisión de la resolución, es importante primero establecer los hechos, para partir desde allí con el estudio de la problemática.

En el caso No. 13260-2017-00007 por medio de un allanamiento se detiene al ciudadano Guadamud Choez Cesar Javier quien es llevado a la audiencia de flagrancia y formulación de cargos por un presunto delito de acción pública, en este caso el tipificado y reprimido en el COIP en el Art. 360 NUMERAL 2 “porte ilegal de armas”.

En la audiencia de flagrancia y formulación de cargos llevada cabo el día 19 de se legaliza de la detención, los hechos se suscitan cuando en el allanamiento en el domicilio del ahora procesado siendo aproximadamente las 03h00 éste fue visto por dos agentes de la policía en una actitud nerviosa y salió inmediatamente en precipitada carrera hacia la parte de atrás del domicilio trayendo en su mano derecha un objeto de color plateado con similares características a una arma de fuego.

A minuto seguido el señor Tnte. de Policía Flores mismo que estaba encargado de brindar seguridad por la parte trasera del domicilio procedió a identificarse como miembro de la Policía Nacional y a la voz de Alto policía, había podido observar el procesado habría colocado un arma de fuego en el piso del patio trasero del domicilio allanado, para acto conjuntamente con el personal del GIR, se ingresó de forma inmediata para evitar el uso del arma de fuego en contra de los funcionarios públicos.

El arma en mención fue colocada en el piso por parte del hoy detenido, por lo que se procedió a neutralizar al procesado, hecho que se puso en conocimiento del señor Fiscal, quien solicitó se señale día y hora para resolver la situación jurídica del ciudadano aprehendido, se dictó prisión preventiva para el procesado quien no demostró un arraigo y se señala fecha para la audiencia de juzgamiento por procedimiento directo, por cuanto la penalidad del supuesto delito no supera la pena privativa de libertad de cinco años.

El Fiscal en la audiencia formula cargos por el delito de porte de armas, indicando en sus alegatos que el procesado portaba un arma sin los permisos pertinentes, mostrando la misma, señalando que el grado de responsabilidad es el contenido en el Artículo 42 numeral 1 literal a) como autor, Fiscalía cuenta con elementos para demostrar la materialidad y la responsabilidad.

La defensa de la persona procesada manifestó que no iba a contravenir hechos, pero que si va aclarar que el delito cometido no es el mismo que formula el Fiscal pues, el allanamiento fue en su domicilio, a las 3 de la mañana cuando el procesado estaba durmiendo con su esposa y con sus hijos y ante el golpe en

la puerta frontal, él se levanta, cuando oye los gritos de “esto es un allanamiento”.

La defensa continúa diciendo que en efecto el procesado tiene en su casa un arma de fuego y como es bastante comprensible y se asusta y conociendo y que no tiene permiso para tenerlo, ante un allanamiento de la policía, intenta salir hacia el patio trasero para esconder el arma por el hecho de no tener un permiso legal, y por la parte trasera y en el momento en que sale al patio trasero y que es una cuestión humanamente comprensible se le ordena que pare y por supuesto y él frente a la policía colabora con todo el procedimiento el deja el arma en el piso y no pone resistencia.

En las pruebas la Fiscalía recepta los testimonios de los agentes de policía presente en el allanamiento, así como el parte policial los que concuerdan con que el allanamiento fue a las 03h00 am, que el procesado estaba dormido, en calzoncillo, que salió corriendo al patio de su casa con el arma en la mano para luego ser detenido, la defensa como pruebas presenta el testimonio de escritura de bien inmueble donde se realizó el procedimiento y se halló el arma de fuego que está a nombre del ahora procesado para demostrar que éste se encontraba en su domicilio al momento de dicho allanamiento.

El Juez luego de analizar las pruebas, y los alegatos resuelve de acuerdo a lo formulado por el Fiscal, esto es, el porte de armas establecido en el Artículo 360 inciso 2 del COIP, señalando que el porte consiste en llevar consigo o a su alcance un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida.

El juzgador además señala que el procesado al tratar de ubicarse en un lugar externo de su domicilio incurre en el delito de “porte de armas” y emite sentencia condenatoria en calidad de autor del delito de Porte de Armas, y se le impone la pena privativa de libertad de TRES AÑOS, debiendo descontarse todo el tiempo que hubieren permanecido privado de su libertad por esta causa.

2.1. Análisis del fallo condenatorio.

El caso N° 13260-2017-00007 que llega a conocimiento de la Unidad Judicial Penal del cantón Paján, suscrito por el señor Fiscal de turno en este cantón, Abogado Tito Mendoza Granizo, en el que da a conocer la aprehensión del ciudadano Cesar Javier Guadamud Choez, lo que fue sustentado en la audiencia de flagrancia por el señor Fiscal actuante, como DELITO DE PORTE DE ARMAS, tipificado en el Artículo 360 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal.

Este fallo es de carácter condenatorio, por lo que se revisará las causas y razonamientos que llevaron al juzgador a emitir esta sentencia, en el fallo escrito el Juez se pronuncia sobre los puntos actuariales que se han llevado acabo hasta la audiencia de juicio, señalando que las partes indican que la petición de someterse a un procedimiento abreviado, no iba a ser discutida por no haberse llegado a un entendimiento entre las partes, por lo que no se considera, pese a las peticiones constantes de autos (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

El juzgador señala que en el caso sub júdice, se han dado cumplimiento a los principios constitucionales, de concentración, contradicción, inmediación y

dispositivo. La suscrita Jueza de Garantías Penales, considerando las pruebas presentadas que sustentaron la teoría del caso de la Fiscalía, dio a conocer a los sujetos procesales oralmente su resolución.

Por lo que siendo el estado actual de la causa el de ELABORAR LA CORRESPONDIENTE SENTENCIA con la motivación completa y suficiente como lo prevé el Artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República y Artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal; para hacerlo, se realizan las siguientes consideraciones:

La suscrita Jueza realiza dando cumplimiento a las formalidades para la emisión de su fallo en las consideraciones primero y segunda se manifiesta de competencia, validez del proceso que ha llegado a su conocimiento para la realización de la presente audiencia de juicio, y también procede con la identificación del procesado.

PRIMERO.- La suscrita Jueza es competente para conocer la causa, sustanciar el juicio directo y dictar la Resolución que corresponda en Derecho, por mandato estricto de lo establecido en los Artículos 76 y 167 de la Constitución, Artículo 225 del Código Orgánico de la Función Judicial; los Artículos 398, 400 numeral 1), 404 numeral 1) y 640 del Código Orgánico Integral Penal, en estricta aplicación del principio de inmediación, toda vez que, el hecho propuesto y que ha llegado a conocimiento, es en la sección territorial en la que se ejerce sus funciones de Jueza de Garantías Penales. SEGUNDO.- Que en la sustanciación de la causa no existen vicios de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, por lo que habiéndose observado en la sustanciación del proceso y en el trámite de la audiencia de procedimiento directo, los principios de oralidad, concentración, contradicción y dispositivo, consagrados en el Artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, se declara la validez de todo lo actuado. TERCERO.- IDENTIFICACION DEL SENTENCIADO.- CESAR JAVIER GUADAMUD CHOEZ, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía 0923869192, de 33 años de edad, casado, de ocupación empleado público, domiciliado en la Avenida 9 de octubre, Paján y Sucre de este

cantón y actualmente recluso en el Centro de Privación de la Libertad para personas adultas en conflicto con la Ley Penal del cantón Jipijapa (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

Luego de pronunciarse sobre la identificación del procesado, la validez y la competencia en el considerando tercero la identificación del sentenciado. En el considerando número cuatro se pronuncia sobre: **“la relación precisa y circunstancia del hecho punible”** la juzgadora indica:

(...)Del parte policial N° DNSDMQ393212 elaborado por Capitán Ricardo Manuel Castro Angos y Teniente Diego Alejandro Flores Escobar, respecto a un hecho ocurrido el día 19 de Enero del 2017 a las 03h00 aproximadamente en las calles Sucre y 9 de Octubre de este cantón Paján, en cuya parte pertinente indica: “...dentro del operativo desplegado por los señores agentes de la UNASE, se procedió a dar cumplimiento con el Oficio N° 0045-2017-UJMPP. De fecha 18 de enero del 2017, suscrito por el señor Andrés Fernando Torres Pozo, JUEZ UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE PENAL DEL CANTON PAJAN (E), en donde dentro de su parte pertinente autoriza el allanamiento y aprehensión de bienes de un domicilio ubicado en la Provincia de Manabí, cantón Paján, cuyas características es de una construcción mixta de una planta con columnas, color celeste y puerta metalizada de color blanco, de igual manera se debe manifestar que para dicho operativo se realizó en conjunto con personal especializado del Grupo de Intervención y Rescate, personal de criminalística, así como se lo realizó en compañía de la Doctora LEONELA RODRIGUEZ, Fiscal de turno de la Unidad de Flagrancias de la ciudad de Portoviejo. De igual manera, se debe manifestar que al momento de ingresar al domicilio antes descrito y a la voz de “ALTO POLICIA” se procedió a observar a una persona de sexo masculino en actitud nerviosa, quien **inmediatamente salió en precipitada carrera hacia la parte de atrás del domicilio** portando en su mano derecha un objeto de color plateado con similares características a una arma de fuego, a minuto seguido el señor Tnte. De Policía mismo que estaba encargado de brindar seguridad por la parte trasera del domicilio procedió a identificarse como miembro de la Policía Nacional y a la voz de Alto policía, había podido observar que una persona de sexo masculino habría colocado un arma de fuego **en el piso del patio trasero del domicilio allanado** (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

De lo revisado, se ha subrayado y puesto en negrita lo puntos de los cuales se hace el análisis, hasta ahora se puede evidenciar dos cosas, de acuerdo con el parte policial, el procesado al momento del allanamiento, de la detención se encontraba en su domicilio y nunca salió de éste, a más de ir al patio trasero dentro del mismo.

En la Audiencia de Juicio Directo que se llevó a efecto en éste proceso, los sujetos procesales en su alegato de apertura han manifestado lo siguiente: a) FISCALIA: Que comparece en atención a lo que determina el Artículo 195 de la Constitución, en concordancia con el Artículo 282 del COFJ y en armonía con el Artículo 444 del COIP, respecto a un hecho ocurrido el día 19 de enero del 2017, **a las 03h00 aproximadamente.**

Efectuando un procedimiento, se observa a una persona de sexo masculino en la cual a la voz de alto policía, se pudo observar que la misma tenía en su mano derecha un objeto metálico brillante, se trataría de un arma de fuego y la misma, una vez realizada la pericia, es un arma de fuego, tipo revolver de fabricación industrial marca Smith & Wesson de color plateado, con cache de madera color café, calibre 22 de serie n° BER9059, no teniendo los permisos respectivos de dicha **arma y se adecua su conducta en lo indicado en el Artículo 360 inciso 2 del COIP, esto es el porte de armas, indicando por el cual el verbo adecua esta conducta es de llevar consigo o a su alcance.**

La Fiscalía señala que se adecúa la conducta al tipo penal del art 360 inciso 2, manifestando que el procesado lleva el arma consigo y esto según su

apreciación se adecúa al tipo penal, cuando en realidad la normativa penal señala que para que se porte debe “llevarse consigo o a su alcance permanentemente.

La defensa del procesado, a criterio personal en este caso actúa efectivamente señalando que no va contravenir hechos, pero que si va a demostrar que el fiscal se ha equivocado en la formulación de cargos; pues, la conducta no se adecua al tipo y expone la descripción de la vivienda y que el procesado **a las 3 de la mañana en que se realiza el procedimiento está en su casa durmiendo con su esposa y con sus hijos** y ante el golpe en la puerta frontal, él se levanta.

En el considerando de las pruebas la juzgadora señala: Considerando lo determinado en el Artículo 640 numeral 5 del COIP, las partes anunciaron sus pruebas. La Fiscalía, anunció, oportunamente, como pruebas:

1. Parte Policial.
2. Acta De Audiencia De Calificación De Flagrancia.
3. Informe De Reconocimiento Del Lugar De Los Hechos Y Evidencia.
4. Certificado de la Dirección Logística del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Informe Balístico por la Unidad de Apoyo Criminalístico de Manabí.
5. Informe del sistema automatizado de identificación balística por Criminalística.
6. Y como prueba testimonial a los señores miembros de la policía y personal que estuvo a cargo del allanamiento y posterior detención.

En la prueba testimonial, todos los testigos de la Fiscalía relatan los hechos tal cual se ha presentado en el parte policial, ninguna versión cambian, mientras que en las repreguntas la defensa de la persona procesada, realiza sus **repreguntas** a todos los que han rendido testimonio enfocándose en preguntar la hora del allanamiento y el estado en el que se encontraba el procesado cuando ingresaron los agentes, todos los repreguntados manifestaron que el allanamiento fue a las 03 am aproximadamente y que el señor estaba solo con calzoncillo y ahí le hicieron vestir, que nunca tuvo una posición hostil y que puso el arma en el suelo del patio trasero.

En el considerando quinto de la sentencia la Jueza se pronuncia sobre las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad.

La dogmática penal, ha coincidido en describir cuáles son los elementos constitutivos del delito, esto es, que exista un acto (acción u omisión), que sea típico (principio de legalidad), antijurídico (contrario a la ley) y culpable (imputabilidad y libertad para actuar), cada uno de estos elementos tiene sus características propias, pero en sí mismo el delito tiene un fin que lo conceptualiza en su mente el agente activo del delito y lo concreta a través de las acciones físicas que son palpables con un resultado lesivo o que puede poner en peligro algún bien jurídico. El acto, es una manifestación de voluntad que lleva dentro de sí, la voluntad misma, y ésta a la vez tiene un contenido que está dado por las participaciones y las representaciones y como todo acto tiene por característica ser finalista, lleva la orientación hacia algo definido, hacia un objetivo, consecuentemente el acto es la base para el delito, así como también antecedente para el tipo, por lo mismo, el delito es un acto que tiene como características formales el ser típico y antijurídico, y como objetivo, el ser finalista; por ello es que una vez establecida la relación finalista entre el acto y la ley, entonces se hace imprescindible determinar si ese acto se adecua causalmente a la descripción legal y si hay el

ensamblamiento armónico del acto con el tipo penal, entonces en ese caso se puede aceptar que se ha comprobado el cuerpo del delito, o sea, de aquel delito en cuyo tipo se adecuó el acto. Pero, tenemos que admitir que todo delito lleva dentro de sí elementos constitutivos tanto objetivos como subjetivos y que cuando una conducta que lleva dentro de sí todos estos elementos que exige el tipo penal al describir la conducta criminalizada, en ese momento ese acto se adecua al tipo penal y con ello se puede decir que ha surgido el delito. Zaffaroni, respecto al bien jurídico protegido por el derecho penal, sostenía que: "La legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que estos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados (por la respectiva norma que lo manifiesta). La ley penal solo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional. Estos mandatos ordenan la criminalización primaria de algunas acciones que los afectan, pero aunque no lo (sic), no por ello dejarían de ser bienes jurídicos". De acuerdo a lo establecido en el Artículo 360 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal, el porte consiste en llevar consigo o a su alcance un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado, por lo que al haberse justificado la existencia de la infracción penal, corresponde analizar si el procesado a través de su accionar tuvo el dominio de esta conducta reprochable; debiendo señalarse previamente que todo ciudadano goza de la presunción de inocencia que reconoce nuestra Constitución a todo ciudadano (Art, 76 numeral 2), que como lo ha desarrollado la doctrina es una presunción iuris tantum, que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de forma que apreciando en conciencia esa actividad probatoria, unida a otros elementos de juicio pueda deducirse una sentencia condenatoria. Así toda condena debe ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico positivo interno del Estado, impidiendo siempre la existencia de una condena sin pruebas, aplicándose auxiliarmente el principio in dubio pro reo como criterio auxiliar que impone a éste juzgador la obligación de ratificar el estado de inocencia, si no se obtiene el convencimiento más allá de toda duda razonable. Así toda condena debe ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico positivo interno del Estado, impidiendo siempre la existencia de una condena sin pruebas,

aplicándose auxiliariamente el principio in dubio pro reo como criterio auxiliar que impone a éste juzgador la obligación de ratificar el estado de inocencia, si no se obtiene el convencimiento más allá de toda duda razonable (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

Continúa razonando: que tiene que admitir que todo delito lleva dentro de sí elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos y que cuando una conducta que lleva dentro de sí todos estos elementos que exige el tipo penal al describir la conducta criminalizada, en ese momento ese acto se adecúa al tipo penal y con ello se puede decir que ha surgido el delito (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 360 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal, el porte consiste en llevar consigo o a su alcance un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado, **por lo que al haberse justificado la existencia de la infracción penal, corresponde analizar si el procesado a través de su accionar tuvo el dominio de esta conducta reprochable; debiendo señalarse previamente que todo ciudadano goza de la presunción de inocencia** (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

Toda condena debe ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico positivo interno del Estado, impidiendo siempre la existencia de una condena sin pruebas, aplicándose auxiliariamente **el principio in dubio pro reo** como criterio auxiliar que impone a éste juzgador la obligación de ratificar el estado de inocencia, si no se obtiene el convencimiento más allá de toda duda razonable (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

En el mismo considerando la Juzgadora indica que **la tenencia y la portación de armas son dos conceptos completamente distintos, con diferentes requerimientos y diferentes grados de responsabilidad.** La tenencia implica la posesión del arma de fuego dentro de una propiedad ya registrada ante las autoridades competentes. En tanto el permiso para portación permite al dueño del arma de fuego tenerla consigo para su utilización inmediata, es decir, sin territorio delimitado.

(...) La tenencia y la portación de armas son dos conceptos completamente distintos, con diferentes requerimientos y diferentes grados de responsabilidad. La tenencia implica la posesión del arma de fuego dentro de una propiedad ya registrada ante las autoridades competentes. En tanto el permiso para portación permite al dueño del arma de fuego tenerla consigo para su utilización inmediata, es decir sin territorio delimitado. Se pueden tener documentos para la portación de hasta dos armas y cada uno de esos permisos tiene vigencia por tres años, así lo indica la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos Y Accesorios y su respectivo reglamento en analogía con el Decreto Ejecutivo No. 1573, publicado en el Registro Oficial No. 529 de 16 de febrero de 2009 , se expiden reformas al Reglamento a la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, en las que se establecen que los requisitos para las autorizaciones, permisos y más trámites administrativos que contempla la Ley y el Reglamento a la Ley de la materia serán expedidos mediante Acuerdo del Ministerio de Defensa Nacional. El permiso de portar armas es el acto administrativo mediante el cual los Centros y Subcentros de Control de Armas conceden la autorización pertinente a las personas naturales y jurídicas PARA LLEVAR CONSIGO O TENER A SU ALCANCE las armas registradas. Excepcionalmente, Las armas de fuego de uso civil las podrán portar los ciudadanos de acuerdo a la función, actividad, lugar y justificación para la que fueron autorizadas. Las personas naturales podrán obtener permisos para portar un arma para su defensa personal y otra para fines deportivos o cacería. Las personas naturales que hayan obtenido el respectivo permiso para defensa personal podrán portar, con el arma autorizada, hasta el número de cartuchos correspondientes a la capacidad máxima de una alimentadora. Toda persona, sin excepción e incluso los

miembros de la Fuerza Pública en servicio activo; tienen la obligación de registrar las armas de su propiedad y obtener los permisos para portarlas. El permiso para portar armas es personal, intransferible y válido en todo el territorio nacional sin embargo, no faculta para portarlas en manifestaciones, reuniones, asambleas, juntas y más actos públicos de cualquier orden. Sergio Politoff, indica que el concepto clave para determinar el concepto normativo de posesión o tenencia, es el de “esfera potestativa”. Así podrán existir situaciones en las cuales el arma, de hecho, una persona la sostiene, y sin embargo no la posee o tiene para efectos jurídico penales, por cuanto no ha salido de la esfera de potestativa de quién se la entrega, siendo esa tenencia fugaz atípica. La esfera u órbita potestativa está integrada por tres ideas, que constituyen formas específicas de ejercer el control sobre la cosa, las cuales son: “Custodia, vigilancia y actividad”. En la “custodia” el control lo ejerce el sujeto activo personalmente, ya sea porque la tiene a la vista o por presencia, con la posibilidad inmediata de recobrarla. “A través de la custodia la persona con derecho sobre la cosa manifiesta su decisión de mantener su poder o control de hecho sobre ella”. La idea de “órbita de vigilancia” excluye la custodia directa y personal del derecho habiente; ésta no es visual, ni se ejerce a través de su presencia. El control se realiza a través de representantes, o bien gracias a medios mecánicos o físicos. En la actividad, el sujeto activo mantiene subordinada la cosa a través de un complejo de condiciones estrechamente inherentes a su persona y que se representan por símbolos o datos prácticos y concretos que recuerdan por así decir, la vigencia del poder del sujeto activo, es decir, su órbita de actividad. Ese símbolo de índole fáctica retiene la cosa subordinada a su poder, como por ejemplo, “el permanecer la cosa en el lugar en que fue colocada por el derechohabiente y en el cual éste quiere que continúe. Por ello, la diferencia entre tenencia y porte radica, no solo en los verbos rectores, sino en las circunstancias del hecho, el análisis del alcance del arma que tenga el sujeto activo, el solo hecho de tener un arma al alcance con tres cartuchos, sin permiso legal para su uso, que fuere utilizada al escuchar el ingreso de la Policía Nacional, quien se identifica, justamente, para evitar confrontaciones, que pongan en riesgos otros bienes jurídicos tutelados, a las circunstancias establecidas en este caso, como el hecho de tomar un arma de forma inmediata, tratar de ubicarse en un lugar externo de su domicilio, pero tratando de esconder dicha arma, cuando en los testimonios, uno de los agentes aprehensores indicó que si temía la reacción del ciudadano, porque incluso estaba en estado etílico. El objeto material de la acción o del delito, “es aquella cosa o persona sobre la que recae la acción, normalmente, se vincula con los instrumentos del delito o con los medios empleados para perpetrarlo”. Y para que las armas tengan la calidad de objeto material de este delito deben encontrarse en un estado de conservación mínimo que las hagan

útiles para la funcionar de acuerdo a su uso natural (disparar). Un arma incapaz de arrojar un proyectil mediante la expansión de gases, es decir, a través del disparo, no puede ser considerada un arma de fuego y, por tanto, no puede constituir un objeto susceptible de satisfacer las necesidades del tipo penal. Ante lo cual, concluidas las intervenciones, considerando que el señor Fiscal en su alegato de apertura manifestó que iba a demostrar que el señor CESAR JAVIER GUADAMUD CEDEÑO es culpable del delito sancionado en el Artículo 360 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal, esto es por el delito de Porte de Armas (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

Sigue indicando que se pueden tener documentos para la portación de hasta dos armas y cada uno de esos permisos tiene vigencia por tres años. El permiso de portar armas es el acto administrativo mediante el cual los Centros y Subcentros de Control de Armas conceden la autorización pertinente a las personas naturales y jurídicas para llevar consigo o tener a su alcance las armas registradas (Tenencia y Porte de Armas, 2017).

Continúa la sentencia señalando: Por ello, **la diferencia entre tenencia y porte radica, no solo en los verbos rectores, sino en las circunstancias del hecho,** el análisis del alcance del arma que tenga el sujeto activo, el solo hecho de tener un arma al alcance con tres cartuchos, sin permiso legal para su uso, que fuere utilizada al escuchar el ingreso de la Policía Nacional, quien se identifica, justamente, para evitar confrontaciones, que pongan en riesgos otros bienes jurídicos tutelados, a las circunstancias establecidas en este caso, como el hecho de tomar un arma de forma inmediata, tratar de ubicarse en un lugar externo de su domicilio, pero tratando de esconder dicha arma, cuando en los testimonios, uno de los agentes aprehensores **indicó que si temía la reacción del ciudadano** (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

(...).. El Código Orgánico Integral Penal determina que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción, así como la responsabilidad

penal del acusado, y que debe ser actuada bajo los principios establecidos en el Artículo 454, esto es bajo las reglas de los principios de oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión e igualdad de oportunidades. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José) que se encuentra vigente en nuestro país, toda persona tiene derecho a ser oída a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En el Artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador se establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución y en atención a lo que instituye el Artículo 76 en el que se establecen las garantías al debido proceso, y en los numerales 1, 3 y 4 de nuestra Carta Magna se dispone que es deber de los jueces garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, y que los procesos judiciales se sustanciarán con observancia del trámite propio de cada procedimiento; y, que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. Así mismo en el Artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador se establece el principio de seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. En el Artículo 172 de la Constitución de la República del Ecuador se establece que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. El derecho penal de nuestro país recae sobre dos principios básicos el de legalidad y el de presunción de inocencia, correspondiéndole a la Fiscalía el de desvirtuar el principio de inocencia del procesado, lo cual si ocurrió en el presente caso, por haber anunciado por escrito la práctica de las pruebas pertinentes de manera oportuna en la forma establecida en nuestro sistema jurídico, siendo el titular de la investigación. Por lo que en virtud de la justificación de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del ciudadano CESAR JAVIER GUADAMUD CEDEÑO, en calidad de autor del delito de Porte de Armas, tipificado en el Artículo 360 inciso 2 del COIP, la Juzgadora estima necesario recordar que el delito acusado por la Fiscalía, es el tipificado y sancionado en el Artículo 360 inciso 2 del COIP, que textualmente determina: “El porte consiste en llevar consigo o a su alcance un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del

Estado. La persona que porte armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”, por lo que en atención a las normas antes mencionadas se ha determinado la culpabilidad de la persona CESAR JAVIER GUADAMUD CEDEÑO. El Ecuador es un Estado de derechos y justicia, así lo preceptúa el Artículo 1 de la Constitución de la República, la administración de justicia deberá aplicar principios que están plenamente indicados en lo que establece los Artículos 168 y 169 de la carta magna, conforme los principios establecidos en la Constitución, Convenios y Tratados Internacionales de los cuales el Ecuador es suscriptor y luego de observar estas consideraciones, en estricto cumplimiento de las obligaciones de esta Juzgadora unipersonal, como son las determinadas Código Orgánico de la Función Judicial, en su Artículo 19, nos obliga a actuar por iniciativa de parte legitimada, y más aún, resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley...”, he aquí que el Código Orgánico Integral Penal, en el Artículo 453, nos plantea dos objetivos en lo referente a la finalidad de la prueba, estos son, que se tiene que establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado en el presente caso, cuyos dos objetivos tienen que estar enlazados de acuerdo con las actuaciones procesales de pruebas en la audiencia de juicio, las mismas que se obtienen mediante la existencias de indicios probados, graves, precisos y concordantes para poder establecer el nexo causal entre la infracción y sus responsables, iniciando con la justificación de la existencia material de la infracción comprobada conforme a derecho, con hechos reales, varios, relacionados, con el asunto materia de la acusación Fiscal, de tal forma que sean concordantes entre sí, y que conduzcan a una sola determinación o conclusión, que no permita la duda razonable, es decir, que los mismos lleguen más allá de toda duda, rompiendo de esa forma el derecho de presunción de inocencia o estado de inocencia, que en el ámbito procesal, significa una presunción iuris tantum, la que exige ser desvirtuada ante los Órganos Jurisdiccionales a través de la actividad probatoria. No obstante, la teoría del caso de la Fiscalía fue probada y, consecuentemente, se destruyó la presunción de inocencia del ciudadano CESAR JAVIER GUADAMUD CEDEÑO, toda vez que las pruebas presentadas llegaron a determinar que efectivamente el acusado CESAR JAVIER GUADAMUD CEDEÑO, ha tenido participación en el delito; según consta en parte policial y con las declaraciones de los agentes de policía intervinientes, que sustentan el mismo, en el informe pericial balístico sustentado en audiencia de juicio por el perito de criminalística, que concluye en que el arma está apta para producir disparos y cuenta con tres cartuchos del mismo calibre, y en el reconocimiento de evidencias, en que se hace conocer que se aprehende al señor CESAR

JAVIER GUADAMUD CEDEÑO en su domicilio, luego de haber sido observado con un arma de fuego en su mano, al practicar un allanamiento, dejando a la voz de alto policía, un objeto (arma de fuego) a un costado de su persona, siendo recuperado por los agentes aprehensores y que fue reconocido pericialmente como un ARMA DE FUEGO TIPO REVOLVER DE FABRICACIÓN INDUSTRIAL MARCA SMITH & WESSON DE COLOR PLATEADO, CON EMPUÑADURA (CACHAS) DE MADERA COLOR CAFÉ, CALIBRE 22”, DE SERIE N° BER9059, ANALIZADA SE DETERMINA QUE PERTENECE AL CALIBRE 22” QUE FUE DISPARADA LUEGO DE SU ULTIMA LIMPIEZA, QUE SE ENCUENTRA EN REGULAR ESTADO DE CONSERVACION Y BUEN ESTADO DE FUNCIONAMIENTO, SIENDO APTA PARA PRODUCIR DISPAROS. QUE LOS TRES CARTUCHOS PERTENECEN AL CALIBRE 22” Y PUEDEN CONSTITUIRSE COMO UNIDADES DE CARGA PARA ARMAS DE FUEGO DE SU MISMO CALIBRE, conforme lo sustento en Audiencia el señor Tecnólogo Edgar Giovanni Singo Alarcón de la Unidad de Criminalística (TENENCIA Y PORTE DE ARMAS, 2017).

La juzgadora expresa que de acuerdo con los principios de concentración, inmediación, contradicción y dispositivo, se ha llevado a efecto el análisis de las pruebas y de los argumentos de los sujetos procesales actuantes en la audiencia de juicio directo, tal como lo establece el numeral 6 del Artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador, el numeral 15 del artículo 15 y el artículo 640 del Código Orgánico Integral Penal y demás normas pertinentes. (Tenencia y Porte de Armas, 2017).

Antes de pronunciarse sobre la parte resolutive la juzgadora concluye: Por lo que en virtud de la justificación de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del ciudadano, en calidad de autor del delito de Porte de Armas, tipificado en el Artículo 360 inciso 2 del COIP, la Juzgadora estima necesario recordar que el delito acusado por la Fiscalía, es el tipificado y sancionado en el Artículo 360 inciso 2 del COIP, por lo que en atención a las normas antes

mencionadas se ha determinado la culpabilidad de la persona procesada (Tenencia y Porte de Armas, 2017).

Sigue marcando que la teoría del caso de la Fiscalía fue probada y, consecuentemente, se destruyó la presunción de inocencia del ciudadano, toda vez que las pruebas presentadas llegaron a determinar que efectivamente el acusado, ha tenido participación en el delito;

En el considerando séptimo: que es la parte resolutive resuelve:

(...) SEPTIMO.- PARTE RESOLUTIVA.- Por lo ya expuesto, y al haberse justificado conforme a derecho tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad penal de la persona procesada por parte de la Fiscalía, de conformidad con lo establecido en los Artículos 76, 167, 168 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 640 numeral 8 del Código Orgánico Integral Penal, y en los artículos 150, 151 y 225 numeral 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, en mi calidad de Jueza de la Unidad Judicial Penal del Cantón Paján, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, dicto SENTENCIA CONDENATORIA EN CONTRA DE LA CIUDADANO CESAR JAVIER GUADAMUD CHOEZ, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía 0923869192, de 33 años de edad, casado, de ocupación empleado público, domiciliado en la Avenida 9 de octubre, Paján y Sucre de este cantón y actualmente recluso en el Centro de Privación de la Libertad para personas adultas en conflicto con la Ley Penal del cantón Jipijapa, a quien se lo declara culpable de ser autor directo del delito de PORTE DE ARMAS, tipificado y sancionado en el Artículo 360 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal y en base al análisis realizado en el aspecto constitucional y garantista de los derechos se le impone la pena privativa de libertad de TRES AÑOS, debiendo descontarse todo el tiempo que hubieren permanecido privado de su libertad por esta causa, considerando el principio de proporcionalidad contenido en el numeral 6 del Artículo 76 de la Constitución, por lo que, la pena privativa de libertad impuesta, es suficiente para reprochar la conducta del sentenciado. De igual forma, se lo sanciona al pago de la MULTA DE CUATRO SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL, en atención a lo estipulado en el Artículo 70 del COIP,

la misma que será depositada en la cuenta No. 3001108171 del BanEcuador a nombre de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Manabí, multa que deberá de cancelar en el plazo establecido en el Artículo 69 del COIP, sin perjuicio de que se remita la respectiva documentación a la Unidad de Coactivas del Consejo de la Judicatura. Oficiese al señor Director del Centro de Privación de la Libertad de Personas Adultas en conflicto con la Ley Penal del cantón Jipijapa haciéndole conocer la pena impuesta en contra del ciudadano y la Sentencia emitida sobre su situación jurídica. Una vez que se remita la prueba solicitada por Fiscalía, sobre el cotejamiento del arma en otros delitos, se procederá a su destrucción. Considerando las circunstancias de la infracción se determina la medida de protección establecida en el Artículo 558 numeral 8 del COIP, suspendiendo cualquier trámite a nombre del sentenciado CESAR JAVIER GUADAMUD CHOEZ, para la obtención de permiso de porte o tenencia de armas, garantizando la seguridad de los ciudadanos. De conformidad con el Artículo 56 del COIP, se dispone la interdicción de los bienes del sentenciado, mientras dure la pena, la misma que surtirá efecto desde que la sentencia cause ejecutoría, e inhibe a la persona privada de la libertad de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por sucesión o causa de muerte, para lo cual se oficiará al Registrador de la Propiedad del cantón Paján y a la Agencia Nacional de Tránsito, Subjefatura en el cantón Jipijapa. No se observa la existencia de una indebida actuación por parte del Fiscal actuante, ni del defensor privado en la sustentación del proceso, ya que han actuado conforme lo prevén los Artículos 26 y 330 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con los Artículos 411 y 444 del Código Orgánico Integral Penal. Actúe el Abogado Orly Manrique, Secretario de esta Unidad. Notifíquese y cúmplase (Tenencia y Porte de Armas, 2017).

Entrando ya al análisis profundo de la resolución en este caso se puede observar que efectivamente existió una inadecuada aplicación del tipo penal de porte de armas por parte del Fiscal y Juez; por cuanto, si se analizan las pruebas como lo son las circunstancias del hecho plasmadas en el mismo parte policial que fue presentado y sustentado por los policías al momento de la detención del procesado, éste se encontraba en su domicilio, y tenía el arma en su domicilio y nunca salió del él.

Lo que hizo la defensa fue probar la mera tenencia, y en este caso La Juzgadora no considera la tipicidad del delito; esto es, que la conducta del procesado no se adecúa los elementos del tipo a la descripción del tipo penal; pues, en ningún momento el procesado salió de su domicilio, o llevaba consigo el arma de fuego, sino que por el miedo, el susto de tener un arma ilegal la cogió con la finalidad de esconderla, mas no de usarla, ya que como lo indicaron todos los testigos el procesado nunca puso resistencia.

Para razonar sobre la existencia o no del tipo y llegar a una resolución el Juzgador debe tener en cuenta que la tipificación penal es la criminalización de una norma de ilustración realizada por el legislador y concretada en una ley penal. La tipicidad lo aplica el juez, la tipificación lo realiza el legislador, y la calificación de un comportamiento como delito lo hace el Fiscal, en este caso los dos últimos han hecho una errónea adecuación del tipo penal, condenando al procesado por un delito de porte, cuando de acuerdo a los elementos debió ser por tenencia.

El tipo penal de tenencia ilegítima de armas de fuego es un delito que no requiere para su consumación resultado material alguno; lo que ha ocurrido en el caso actual, y esto debido a que efectivamente el procesado únicamente poseía el arma donde solo se ha cumplido el presupuesto de tener el arma sin autorización de hacerlo.

Es importante también señalar que resultan irrelevante las razones o motivos personales por el cual el procesado tenía en su poder un arma de fuego, ya que; para que se configure el delito, tal como lo establece la ley es suficiente

mantenerla en su poder sin la permisión de la autoridad correspondiente que haría esta tenencia legal.

La simple tenencia del arma de fuego que es lo que ha ocurrido en este caso donde se configura el delito de tenencia ilegal, por qué no se configura el “porte”, es sencillo, no cumple con los elementos del tipo “porte” significa “conducción”, es decir, “llevar” de un lado a otro, es decir movilizar el arma de un lado a otro, en el caso el procesado tenía el arma en su domicilio, nunca la movilizó ni la trasportó fuera del bien mueble de su propiedad.

Se puede determinar que el artículo 360 del COIP de tenencia y porte de armas, presenta un conflicto respecto de lo verbos tener y portar, más aun cuando en el inciso segundo se refiere al porte “permanente”, pero el Juez en su crítica debe tener en cuenta que el significado del vocablo “permanente” que va ligado al “porte” significa conducción o transporte, en el caso estudiado existió una tenencia de carácter fugaz y momentáneo.

Estos dos términos tenencia y portar son asimilados en algunos como sinónimos, siendo totalmente diferentes el uno del otro; pues la tenencia como hemos visto es la ocupación de una cosa con o sin título; en cambio, la portación es el hecho de llevar consigo un arma de fuego.

De conformidad con estos criterios, y con lo analizado anteriormente, la característica de la portación o tenencia ilegal de un arma de fuego, es que se consuma con la sola acción de tener el arma sin autorización alguna, aún cuando

no se vaya a cometer ningún acto delictivo con ella; es decir, no es necesario un daño concreto, se trata de un acto de peligro abstracto.

Para tener más en claro el error cometido tanto por el Juez y el Fiscal en la presente causa, al no adecuar la conducta al tipo penal correcto se anota lo publicado por el Dr. Hernán Onofre Salinas, (2012); que en su tesis de posgrado se puede citar:

Basado en este análisis, considero que la característica de la tenencia es que el arma de fuego no necesariamente tiene que ser encontrada en poder de la persona, portándola o haciendo uso de ella; basta que se encuentre entre sus pertenencias, con su conocimiento, pudiendo acceder a ella sin necesidad de la intervención de terceros, de tal manera que pueda hacer uso de la misma por su propia voluntad; y si esta persona no tiene el permiso correspondiente estamos frente al tipo de conducta denominado tenencia ilegal de armas. En cambio, el portador es aquel que se le encuentra en su poder un arma de fuego, en condiciones de poder ser usada, que si no cuenta con el permiso necesario, estaría de igual manera cometiendo el delito de tenencia ilegal de armas. Como se puede observar, si bien es cierto existen diferencias entre tenencia y portación; pero si lo apreciamos desde un punto de vista objetivo, podríamos determinar que existe una similitud y de hecho lo hay; pues, para que se adecue dentro de este tipo penal que nos encontramos investigando, es necesario únicamente la falta de autorización para tener o portar una arma de fuego; acto que en todo caso constituye un peligro para las personas y los bienes jurídicos protegidos. (p.14)²⁵.

De lo anotado se desprende que en efecto puede existir una confusión entre la tenencia y el porte de armas de fuego, pero los fundamentos de la tenencia ilegal son claros y precisos, ya que el inciso 1 del artículo 360 determina que, cuando se tenga un arma en un lugar determinado, ya sea dirección particular,

²⁵ Onofre Salinas, Hernán. (2012). "El principio de favorabilidad en el delito de tenencia ilegal de armas". Tesis Magistral. (en línea). En: <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/8168/1/Gabriel%20Paz%20Costa.pdf>

domiciliaria o lugar de trabajo, está refiriéndose a un espacio cerrado, que es en este caso como se ha encontrado el arma.

El tipo penal no es el que el procesado a adecuado su conducta siendo este por el de porte de armas Art 360 inciso 2, los hechos no se adecuan al tipo penal por el que se lo ha sancionado, en este caso, no se pretende demostrar o indicar que el delito cometido quede en la impunidad, porque como lo señaló el abogado de la defensa técnica del procesado, si se ha cometido un delito, pero se ha adecuado incorrectamente el tipo penal, lo que afecta además a la proporcionalidad de la pena impuesta.

El verbo “ Portar” pertenece a la acción de empuñar o exhibir el arma en un lugar o espacio público no en un espacio cerrado como en este caso ha sido el domicilio del procesado, así mismo el portar un arma abarca el llevarla o transportarla en la cintura, en un bolso u oculta entre la ropa. La doctrina y jurisprudencia han considerado que para que se configure el delito de portación, el arma además debe encontrarse cargada con municiones aptas para el disparo y en condiciones de uso inmediato.

Otro punto que se puede indicar, es que la Jueza no hizo una correcta valoración de la prueba por parte de la defensa y las repreguntas hechas a los testigos, en donde todos afirmaron que el procesado al momento de que ingresaron al domicilio se encontraba dormido y en calzoncillos, se evidencia que es el domicilio del procesado.

En la escritura que presenta el Abogado consta éste como dueño de la propiedad donde se encontró el arma de fuego, es decir, que además de la inadecuada aplicación del tipo penal se tiene que establecer si la Juez hizo o no un análisis objetivo, mesurado y de sentido común, ya que la prueba es la piedra angular del proceso penal.

En la acción de la presente causa el sujeto activo mantiene sometida el arma cumpliendo con las condiciones que establece la ley para que se configure el delito como tenencia ilegal, pero no sale de su órbita de actividad, es decir, la mantiene y la retiene en su poder, permanece en su domicilio y de allí la diferencia de su verbo rector, que es meramente tenencia.

En este punto después del análisis se considera importante revisar precedentes jurisprudenciales, en vista de que en el marco teórico referencial no se analizó ni se aportó con jurisprudencia

CNJ. Resolución N°: 304 2014 766 2013

(...) Cuando la conducta del autor revela a través de la prueba, que éste **portaba en su cuerpo un arma de fuego, trasladándola de un sitio a otro, de un lugar público a un lugar privado, evidente que ejecutó la acción de “porte”** de un objeto que está prohibido por la ley, más aun cuando no tiene autorización legal para ello. Contrario sensu, cuando el sujeto activo del delito tenga dentro de su esfera de dominio, sea dentro de un bien mueble o inmueble, sea o no de su propiedad, pero que este bajo su custodia y disposición, se entenderá que la acción ejecutada por su voluntad es la de tenencia de arma de fuego. (p.11).

En la jurisprudencia registrada, los jueces de la Corte nacional de manera acertada aclaran que para que se configure el porte de armas como tal se debe; valga la redundancia; “portar” el arma en el cuerpo, y no solo portarla sino

trasladarla de un espacio a otro, siendo estos espacios públicos o privados, lo que no ha ocurrido en el caso; pues, como se vuelve a indicar y como lo señalan los hechos el procesado se encontraba dentro de su domicilio, dormido.

CNJ Resolución N°: R260 2012 J339 2010.

(...) Es importante primero para este Tribunal de esta Sala Penal establecer el concepto del verbo rector del tipo penal porque (por el cual) ha sido sentenciado el recurrente. La Real academia Española señala “Portar” es llevar o traer un bien; el Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, de Manuel Ossorio, define el “portar armas “ como el traer o llevar consigo las armas, las mismas que deben estar en condiciones de uso inmediato en un lugar público. (p.7).

En esta sentencia de la Corte Nacional los jueces hacen referencia a uno de los elementos del tipo penal que en el caso que nos incumbe es el “porte”, más no la tenencia.

(...) CNJ Resolución 0908 2015,p.12 “*Que portar significa trasladar de un lugar a otro.... **Mientras que la tenencia es la posesión del arma que se da dentro del domicilio o lugar de trabajo de la persona**”*

Como se observa en todas estas resoluciones emitidas por la Corte Nacional se desprende y se diferencia el delito de tenencia y el de porte, siendo claro los jueces en que la tenencia se configura cuando se encuentra el arma en el domicilio del sujeto activo o en su trabajo, es decir, en un espacio cerrado como ha ocurrido en el caso estudiado.

Otro punto importante de manifestar, pero que no se profundizará es que en la problemática encontrada acerca de la mala adecuación del tipo penal del Art. 360.2 del COIP, además trasgrede los principios constitucionales y procesales como el principio de o duda a favor del reo, el principio de

objetividad, y de legalidad, este último que tiene estrecha relación con la tipicidad; ya que, implica obligatoriamente que los tipos penales son claros, expresos y concisos, en relación a la conducta que se le da relevancia penal como también respecto a la pena.

Para terminar el análisis hay que volver hacer hincapié sobre el objetivo o finalidad del proceso penal que es, determinar la materialidad del delito y el vínculo del tipo penal.

Como se ha venido indicando en el sistema penal, se encuentra tipificada la infracción penal, cuyo fundamento base es el principio de legalidad, basado en que “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley”, de la misma manera cada delito tipificado en la normativa penal contiene sus elementos constitutivos, para que una determinada conducta se pueda adecuar a la tipicidad del mismo.

El verbo rector que se describe en los delitos en este caso es significativo y necesario tener en claro el verbo rector de tener y poseer; pues, como se ha evidenciado en el caso, aquí hubo una equivocación por parte de la administración de justicia en cuanto a la confusión de estos verbos que tanto el Juez como el Fiscal le han dado un sentido de sinónimo cuando son totalmente diferentes.

Los efectos jurídicos que ocasiona una errónea adecuación del tipo penal que no se subsume al delito por el cual ha sido procesado e imputado en este

caso han acarreado una pena equivocada, mucho mayor a la que debería con lo que conlleva además la vulneración de principios constitucionales.

Los delitos se configuran de acuerdo a su estructura misma, que ha nacido dentro de la dogmática penal en el marco de sus elementos, por ello no se equivoca Zaffaroni, al expresar que: “la Teoría Del Delito sirve para verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado (Zaffaroni, 2006, p. 288)²⁶.

Los elementos de la tipicidad doctrinalmente han sido clasificados en normativos – valorativos y subjetivo. Por normativos se entiende a aquellos elementos que para su comprensión debe realizarse un juicio o proceso de valoración jurídica provenientes de otras ramas jurídicas, es decir; que requiere un juicio de valor por parte del juzgador, este valor puede ser de contenido normativo en cuyo caso se debe remitir al argumento jurídico positivo para su demostración, como por ejemplo, valorar algún documento público, acta de defunción, entre otros.

Entonces, se tiene que para la correcta aplicación de la justicia, los fiscales y jueces deben aplicar el tipo penal adecuado, haciendo una revisión de los elementos del mismo, es decir, deben analizar que estos elementos cumplan con los elementos del tipo, que todos estén presente para determinar y juzgar la adecuación a la conducta típica.

²⁶ Zaffaroni, Raul, ALAGIA, A., SLOKAR, A. (2006). “Manual de Derecho penal. Parte General. Quinta Edición. Editorial EDIAR.

Teniendo en cuenta además que también el primer elemento del delito es el acto, es el hecho inicial el elemento de hecho, inicial para que concurra el delito se debe verificar su adecuación a la descripción literal concebida por la ley, esto es la tipicidad.

CONCLUSIONES

Como conclusión principal se puede indicar que se ha cumplido con los objetivos presentados en el pre proyecto del estudio de caso que han servido para el desarrollo del informe final mismo que se determinaba en demostrar y fundamentar jurídicamente si existió una inadecuada aplicación del tipo penal por porte de armas en el caso No. 13260-2017-00007, lo que se ha comprobado de acuerdo a la revisión doctrinal, legal y jurisprudencial analizada.

No se subsume dentro del tipo penal del delito de porte ilegal de armas, pues no se ha cumplido con los elementos constitutivos de este delito, la conducta del sujeto activo es de mera tenencia, pues, el arma se encontró dentro del domicilio del procesado en horas de la madrugada, cuando éste se encontraba dormido, el hecho de haberla “sacado” al patio para esconderla por el temor de que no tenía los permisos de la misma, no quiere decir que se adecúe al tipo penal de portación.

Las hipótesis específicas planteadas también han sido corroboradas, al no adecuarse la conducta al tipo penal se resuelve una sentencia condenatoria que impone una pena superior a la que establece por el delito de tenencia y al existir la controversia por la diferencia entre porte y tenencia de armas existe un problema jurídico, en cuanto a los resultados en la resolución de la sentencia condenatoria en donde se equivoca el Fiscal y el Juez por no subsumir el hecho factico al tipo penal.

Existe una confusión en cuanto a la diferenciación de porte tenencia por parte de la administración de justicia en el caso analizado y esto además vulnera el principio de legalidad, el cual reza que si una conducta humana está castigada como delictiva, será menester que su descripción sea lo más determinada posible.

La portación, o porte de armas de fuego en términos descriptivos de su concepto, implica la tenencia de la cosa, pero inserta al cuerpo del sujeto activo, es decir, en su cintura, en su auto, en un espacio abierto, lo que además implica la conducción del arma, que no es otra cosa que el traslado de un lugar a otro, lo que no ha ocurrido en el caso.

Después de la exhaustiva revisión de la jurisprudencia, la ley, la doctrina y al sentencia estudiada se concluye que los hechos referidos en efecto configuran el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tipificado y sancionado en el artículo 360.1 del COIP, debido a que el arma no fue hallada en el poder del procesado sino dentro de su domicilio.

En resumen la tenencia implica tener el arma de fuego bajo la esfera de conservación, es decir; dentro del domicilio ejercer un dominio de hecho sobre la misma, o sea tener el arma de fuego dentro de la propiedad, mientras que la portación implica llevar consigo el arma, la inadecuada aplicación del tipo penal, acarreó en este caso la imposición de una pena mayor de la que debía recibir el procesado, pues se lo condenó por porte de armas cuando en realidad existió una tenencia.

Tanto el Juez como el Fiscal involucrados en este caso no han utilizado parámetros objetivos para establecer y diferenciar el verbo rector entre tener y poseer conjunto con los otros elementos del tipo penal, lo que ha hecho que se estipule la pena del delito de porte y no tenencia concediendo una pena mayor.

El Juez como autoridad competente y como sujeto que tiene en sus manos la decisión final de dictar una sentencia condenatoria o ratificatoria de inocencia; debe señalar las razones que lo lleven a tener por acreditados o no, ciertos o falsos los hechos que componen los elementos materiales del delito, expuestos en la prueba y expresar la valoración que haga de ellas, es decir, exteriorizar su apreciación., así mismo debe aplicar la tipicidad que ha sido elaborada por el legislador.

No hay que olvidar que la tipicidad a la que se refiere el COIP describe el tipo penal, cuando un sujeto comete una infracción penal esta conducta se adecua al tipo y ahí aparece la tipicidad, además este elemento de la teoría del delito, hay que relacionarla fundamentalmente con el principio de legalidad. Así lo hace en forma expresa la Constitución (Art. 76, numeral 3): “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal” es decir que este elemento del delito debe estar en una ley escrita para así poder adecuar el hecho.

El análisis del caso evidencia como la mala aplicación del Art. 360.2 del COIP, tiene efectos jurídicos negativos respecto a la situación jurídica del procesado, que en este caso fue condenado a una pena mayor de la que merecía,

esta mala interpretación o inadecuada aplicación del tipo va en contra de las garantías y principios constitucionales.

Al momento de escoger el caso y realizar el estudio el proceso estaba en estado de apelación por el problema jurídico de la errónea adecuación del tipo, en la actualidad la Sala ha reformado la sentencia en cuanto al tipo penal y la pena privativa de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Albán Gómez, Ernesto. (2009). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano, parte general*. Tercera edición. Editorial Ediciones Legales.

Bacigalupo, Enrique. (2014). *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Cuarta edición. Argentina. Editorial Hammurabi.

Cabanellas De Torres, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Editorial Heliasta.

Carrara, Francesco. (1971). *Programa de derecho criminal* Bogotá. Editorial Temis.

Castellanos, Fernando. (1598). *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. México. Editorial Porrúa

Cerezo Mir, José. (2004) *Curso de Derecho Penal español II” Parte general*. Tomo II: Teoría jurídica del delito. Barcelona. Editorial Tecnos.

Cueva, Mario.(2009). *El Delito en Sentido Legal*. México. Editorial UNAM.

Garcia Falconi, José. (2003). *Manual de práctica procesal constitucional y penal*. Quito. Editorial del Editorial Ministerio de justicia.

Goldstein, Raúl. (1999). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Argentina. Editorial Astrea.

Jiménez De Asúa, Luis. (2005). *La ley y el delito. Principios del Derecho penal*. 4ª edición. Buenos aires. Editorial Abeledo-Perrot.

Jiménez De Asúa, Luis, (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Vol.3. México. Editorial Haría

Muñoz Conde, Francisco. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Onofre Salinas, Hernán. (2012). *El principio de favorabilidad en el delito de tenencia ilegal de armas*. Tesis Magistral. (en línea). En: <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/8168/1/Gabriel%20Paz%20Costa.pdf>

Peña Gonzales, G,O & Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del delito manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. S/C:Editorial. APECC

Ticona Zela, Eufracio. (s/f). *Teoría de la tipicidad* . (En línea). Consultado 18 de julio 2017. En: http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticona_zela.pdf

Varillas Alzamora, Juan. (2016). *¿Portar un arma inoperativa permite condenar por tenencia ilegal de arma?*. (en línea). Consultado 19 julio 2017. En: http://juartival.blogspot.com/2016/10/portar-un-arma-inoperativa-permite_13.html

Yávar Núñez, Fernando & Aguilar Martillo, William. (2008). *Audiencias de Formulación de Cargos por Delitos Flagrantes y no Flagrantes*. Ecuador. Editorial Lituma Artes Gráficas.

Zaffaroni, Raul, Alagia, A., Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho penal. Parte General*. Quinta Edición. Editorial EDIAR.

Zambrano Pasquel, Alfonso. (2008). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Anexos