



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS

**RESUMEN:** Se hace un recuento de varias resoluciones judiciales en las cuales se tocan los diferentes aspectos básicos del tema de la portación ilegal de armas. Desde su naturaleza y bien jurídico tutelado hasta los alcances de sus elementos integradores.

### SUMARIO:

1. Momento en que se consuma
2. Absolutoria por amenazas no excluye tipicidad
3. Acción de transportar no la configura
4. Error de prohibición excluye culpabilidad
5. Delito de peligro abstracto
6. Acciones que configuran el tipo penal
7. Análisis sobre los conceptos "portación" y "posesión" y presupuestos del tipo penal
8. Alcances del verbo "portar"
9. Distinción entre la tenencia y la portación de arma
10. Bien jurídico tutelado
11. Equivalencia entre los verbos "poseer", "tener" y "portar" para efectos de la configuración



## DESARROLLO:

### 1. Momento en que se consuma

"V. Como cuarto motivo, el impugnante alega que en la especie se irrespetó la necesaria correlación que debe existir entre la pieza acusatoria y la sentencia. Sostiene que a su defendido se le acusó por los delitos de homicidio simple en grado de tentativa, resistencia agravada y portación de arma prohibida, todo en concurso ideal, tras lo cual se le condenó por el primero y el tercero de esos delitos, pero cometidos en concurso material. El reproche no es de recibo: Lo que se establece en el artículo 365 del Código Procesal Penal, es que en sentencia no puede tenerse por probado otros hechos y otras circunstancias aparte de las descritas en la acusación. Pero nada dice de sus consecuencias jurídicas. En ese sentido, aunque en efecto (ver folio 23) el Ministerio Público a la hora de acusar estimó que los tres delitos de comentario concursaban idealmente, lo cierto es que ese criterio no vincula al Tribunal, que perfectamente podía derivar otro tipo de concurso entre ellos. Por lo dicho, no se aprecia el defecto alegado. A mayor abundamiento, debe indicarse que se ajusta a Derecho la aplicación hecha por el cuerpo juzgador de un concurso material entre el homicidio simple en grado de tentativa y la portación de arma prohibida. Esto porque se está ante dos acciones distintas, que se ajustan a diferentes disposiciones legales. Sobre el punto, ya esta Sala ha señalado lo siguiente: *"Recuérdese que el delito de tenencia de armas prohibidas (artículo 89 de la Ley de Armas, el cual ha sido denominado por el a quo en esta causa como "infracción a la Ley de Armas") se consuma con sólo tomar posesión del arma prohibida. Así, cualquier uso que se le dé a ella es constitutivo de otra acción ajena a la descrita en el tipo penal de comentario"* (sentencia N° 2003-00971 de las 12:45 horas de 24 de octubre de 2003). De conformidad con todo lo anterior, se declara sin lugar el reclamo."<sup>1</sup>

### 2. Absolutoria por amenazas no excluye tipicidad

"III.- [...]. No es acertado creer que por decretar subsumidas las amenazas, también suceda lo mismo con un hecho diverso acusado (la posesión de armas prohibidas) o que lleve a la absolutoria por ese cargo, no sólo porque la acusación es sobre hechos y no calificaciones jurídicas, y sobre ese hecho (posesión de armas prohibidas) no hubo pronunciamiento previo, lo que veda alegar el principio de Non Bis In Idem; sino también porque el uso de armas de fuego es un elemento accesorio solo eventual del tipo contenido en el artículo 195 del Código Penal, en tanto las citadas amenazas no necesariamente han de llevarse a cabo valiéndose de armas de fuego. Aún más, en gracia de digresión, sería sano plantearse si en



otro caso, ante una hipotética condenatoria por el delito de amenazas agravadas, podría condenarse también por la portación de armas prohibidas. Los suscritos no albergan ninguna duda de que ello resulte acomodado a Derecho. Si bien, probablemente las dos conductas estén en relación de medio a fin, no es menos cierto que ambas normas protegen bienes jurídicos diversos: la primera la libertad de determinación del ciudadano, (art. 195 C. P.) y la segunda, la seguridad común. La circunstancia de que no se trate de diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico, impide la aplicación de las reglas del denominado concurso aparente de normas en su modalidad de hecho previo impune. Así se sabe incluso por la letra misma del texto legal, puesto que al aludir al uso de armas de fuego, el artículo 195 del Código Penal no hace diferencia alguna ni señala que la amenaza deba practicarse con armas prohibidas, por lo que bien puede tratarse de armas permitidas, derivándose de ello que la norma en sí misma no contiene el disvalor relativo al tipo de arma empleada, si es que ésta es prohibida. Por consiguiente, será necesario acudir a otra norma para sancionar la portación y uso del arma prohibida. Incluso en línea de sentido común, no es aceptable que las amenazas graves e injustas ejercidas con un arma de lícita posesión, reciban la misma sanción que aquellas realizadas por medio del uso de un arma prohibida de alto poder destructivo. Por extensión, algo similar cabría argumentar contra un pretendido, y aún menos viable concurso aparente, entre la posesión de armas prohibidas y la figura de secuestro extorsivo, dado que este último se puede efectuar con armas lícitas y aún sin ellas, por lo que mal puede estimarse contenido en el disvalor del delito de secuestro extorsivo, el uso de armas prohibidas."<sup>2</sup>

### **3. Acción de transportar no la configura**

"Un examen del resultando primero de la sentencia de instancia, permite determinar que la acusación formulada contra el menor E. M. A. consiste en el transporte de un arma punzo-cortante de doce centímetros de largo. La acción no está descrita en el [artículo] 48 y ni sancionada en el [artículo] 89 [ambos de la Ley de Armas y explosivos]. En efecto dichas normas disponen en lo conducente: «Artículo 48... No se concederá permiso para portar en poblado armas cortantes, punzantes o contundentes. La portación de las que excedan de 9 cm. se considerará portación de arma prohibida y así se castigará...» «Artículo 89... Se le impondrá prisión de dos a cinco años, a quien posea armas prohibidas...» . Obsérvese que son distintos los verbos rectores de cada una de las conductas descritas en esos textos legales, de manera que no podría



pretenderse la existencia de tipificación en uno y la sanción penal en el otro, como es intención de la recurrente, pues se trata de acciones penalmente distintas. Asumir una posición como la de la fiscal G., quebrantaría el principio de legalidad (nullum crimen nulla poena sine previa lege), pues se estaría aplicando una pena destinada a la acción de poseer, cuando el tipo prohibitivo se refiere a transportar. Conceder lo que solicita la fiscal, supone permitir la aplicación de penas a acciones no tipificadas, en claro quebranto del [artículo] 39 de la Const. Pol., por lo que es inatendible su recurso y en consecuencia debe rechazarse."<sup>3</sup>

#### **4. Error de prohibición excluye culpabilidad**

"El Ministerio Público esgrime la tesis que en la especie no se dio el error como exculpante de la conducta ilícita del inculcado, en los términos expuestos por la juzgadora, sino, por el contrario, su proceder reprochable de portar oculta en su cuerpo una arma cortante, siendo un reo que descontaba una pena privativa de libertad, lo hace ser autor del delito previsto en el Artículo 97 de la Ley de Armas y Explosivos. Consecuentemente estima quebrantados (casación por el fondo) los artículos 30, 31, 34, 35, 42 y 45 del Código Penal, 3 inciso a), 7 inciso a), 48 y 97 párrafo 2) de la Ley de Armas y Explosivos. El cuestionamiento formulado plantea el problema del error como causa exculpante. El caso es de un reo recluido en una celda de máxima seguridad del Centro de Atención Institucional La Reforma, a quien se le decomisó una platina afilada de dieciocho centímetros de largo por dos centímetros de ancho, la cual portaba oculta cerca de los genitales. En la sentencia impugnada la Jueza tiene como base para absolver al justiciable, el desconocimiento de éste en cuanto a la portación de arma como constitutivo de una infracción penal. En abono de ello argumenta la juzgadora el hecho de estar el inculcado en una celda de máxima seguridad, causa impediendo para saber de la promulgación, hacía dos meses a la fecha de los hechos, de una ley represora de la conducta de portación de ese tipo de armas. El Ministerio Público recurre del fallo criticando las consideraciones de la funcionaria, pues a su juicio no puede haberse dado el "error de prohibición" en virtud de la exigencia de la normativa en cuanto ese error debe ser "esencial" e "invencible", lo cual no pudo haber ocurrido en la especie pues el inculcado tiene entre diez y once años de reclusión, y eso lo hacía estar en condiciones de conocer la ilicitud en la portación de ese tipo de armas. El reclamo no es procedente. La teoría del error ha sido ampliamente debatida en la doctrina y jurisprudencia. La distinción tradicional entre "error de hecho" y "error de derecho", aparece en la actualidad vencida,



pues es posible establecer la existencia de un error de tipo (sobre los elementos esenciales del tipo objetivo, Art. 34 CP) en el cual pueden concurrir perfectamente cuestiones de hecho o de derecho, y el error de prohibición proveniente del falso conocimiento o ignorancia de la norma prohibida o de la existencia de un permiso legal (Vid. Sala Tercera. Res. N° 446-F de 15:40 de 25 de setiembre de 1992 en Revista de la Asociación de Ciencias Penales N° 7 pp. 84-85; N° 344-F de 9:20 hrs. del 9 de setiembre de 1994 y N° 123-F de 0:44 hrs. del 10 de marzo de 1995). Para la juzgadora el inculpado no estaba en condiciones de conocer que portar armas cortantes constituía una infracción penal. Basa el aserto en dos circunstancias: uno, la condición particular del reo de estar recluido en una celda de máxima seguridad purgando una larga condena, factor que le impedía enterarse de la publicación de la normativa; otro, la reciente y novedosa incriminación de una conducta, como la observada por el inculpado, a poco de dos meses aproximadamente de haberse publicado la nueva ley (N° 7530 -Gaceta N° 159 de 23 de agosto de 1995-), en relación a la fecha de ocurrencia del ilícito (2 de diciembre de 1995). Son perfectamente admisibles esas circunstancias para determinar que el justiciable no estaba en condiciones reales de conocer la ilicitud de su conducta. Con anterioridad a la citada ley no era delito la portación de armas cortantes dentro de un presidio (Cfr. Ley N° 7002 de 24 de setiembre de 1985), y solo quedaba sujeto a las sanciones disciplinarias internas. El error sobre la comprensión del acto ilícito contenido en el nuevo precepto prohibitivo (Artículos 3.a y 97 in fine de la Ley de Armas y Explosivos), resultaba invencible para el justiciable. Su enclaustramiento en una celda de máxima seguridad, la atipicidad de la conducta antes de la normativa que ahora se le aplica y la imposibilidad de acceder a las publicaciones diarias del diario oficial, además de la reciente publicación al momento de los hechos, resulta perfectamente razonable la eximente de culpa invocada en su oportunidad por la defensa del inculpado y su acogimiento por parte de la Jueza en la sentencia. El error en la comprensión debe apreciarse en cada caso concreto para determinar, frente a las condiciones particulares reinantes, hasta dónde la imposibilidad material o intelectual del imputado le impide discernir que su acción u omisión está sujeta a pena, que la normativa le concede un permiso para actuar, o bien porque crea erróneamente que está actuando justificadamente. No significa, como lo dice el representante del Ministerio Público en el recurso, que se debe entender que en todos los casos en que un recluso es sorprendido portando arma blanca con hoja superior a nueve centímetros de longitud, pueda ser atendible la invocación de la mencionada causal



eximente de culpabilidad, sino cuando, como en el caso en estudio, las especiales condiciones prevalecientes admiten un razonamiento favorable sobre la existencia del error de prohibición. En el caso subexámine no era dable esperar del imputado el conocimiento sobre la ilicitud de su acción. En esas condiciones procede rechazar el recurso interpuesto."<sup>4</sup>

## 5. Delito de peligro abstracto

"V.- Por último, se plantea en el recurso la concurrencia aparente, por subsidiariedad material, del delito de SECUESTRO EXTORSIVO con el de PORTACIaN DE ARMAS PROHIBIDAS, por estimar que éste fue necesario "... para la ejecución del plan único del autor...". Además, se señala también la procedencia del principio de especialidad, por cuanto el artículo 213 inciso 2) del Código Penal, que sanciona el robo, contempla una causa de agravación, precisamente por el uso de armas; al igual que lo hace el inciso 3) del artículo 215, que sanciona el secuestro extorsivo. No comparte la Sala los argumentos esgrimidos. La tenencia de armas prohibidas, que sanciona el artículo 89 de la Ley de Armas y Explosivos vigente, constituye un delito de peligro abstracto. Consiste en una conducta que el legislador calificó, de por sí, como antijurídica, atendiendo a la naturaleza de los objetos sobre los que recae la posesión y que lesiona, sin necesidad de ulteriores actuaciones, el bien jurídico tutelado. Esta Sala, en su voto 683-F, de las 9,05 hrs. del trece de diciembre de 1991, al respecto señaló: "...es cierto que todos los delitos requieren de una consecuencia lesiva para el bien jurídico, sin excepción, y que la consecuencia en algunos tipos penales consiste en un efectivo daño al bien jurídico, mientras que en otros -como ocurre en el caso de autos- solo consiste en poner en peligro ese bien jurídico tutelado. Lo anterior en realidad no releva exigir, en todos los casos, una consecuencia lesiva para el bien jurídico tutelado, incluso en los delitos de peligro abstracto, solo que en estos últimos la consecuencia lesiva no requiere de una específica demostración en el caso concreto, porque el legislador valoró la conducta y estimó que ella lesiona el bien protegido, aunque desde luego admite prueba en contrario." Es por ello que este tipo de delitos ha sido catalogado por cierto sector de la doctrina como "de pura actividad" (así: Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis-Ilanud, 1984, p. 101). Ahora bien, la posibilidad de que se produzca una relación subsidiaria, en estos casos, se restringe, doctrinariamente, a los delitos de peligro concreto en concurrencia con el delito de resultado (ver: CASTILLO GONZ|LEZ, Op. Cit., p. 52), donde éste desplaza al primero. Sin embargo, puede sostenerse que el principio general para que el delito de peligro resulte



desplazado por otro tipo penal, radica en que ambos protejan el mismo bien jurídico, o bien que el primero pretenda evitar la comisión del segundo, o signifiquen distintos estadios de ofensa al mismo bien (como la agresión, confrontada con las lesiones, o la tenencia de drogas y su tráfico). En la especie, no se presenta ninguna de estas situaciones, pues el artículo 89 de la Ley de Armas no sanciona la mera tenencia de objetos con una finalidad específica de evitar posteriores actuaciones (como la tenencia de instrumentos aptos para cometer delitos), sino la posesión por particulares de armamentos que, de ningún modo lícito, podría justificarse. De lo anterior se infiere que el disvalor de la conducta que constituye el secuestro extorsivo (o la privación de libertad agravada), no comprende el disvalor de la norma que sanciona la tenencia de armas prohibidas, pues existe una diversidad de bienes jurídicos tutelados (en aquellas figuras, la libertad y, en su caso, el patrimonio; en esta última, la tranquilidad pública). Por ello, no estamos en presencia de diferentes modos de ofensa al mismo bien jurídico, ni distintos estadios de agresión. Amén de ello, la tenencia de dichas armas, en relación con los delitos mencionados -lo que vale también para el caso del robo agravado-, no fue más que accidental, pues las conductas pudieron ser ejecutadas empleando otros instrumentos, e incluso otras armas cuya tenencia no sea ilícita (ver, en tal sentido el voto de esta Sala 241-F, de las 8,30 hrs. del 30 de junio de 1994); o hasta algunos cuya posesión, pese a estar sancionada, sí se vería subsumida por el robo, como la de objetos aptos para cometer delitos, acorde con lo que ya se expuso. No es atendible, entonces, el alegato de quien recurre de que debe apreciarse el caso concreto para señalar que el uso de las armas prohibidas era absolutamente necesario con miras a consumar el secuestro extorsivo (folio 249), pues ello conllevaría vulnerar la esencia de los concursos de delitos, sentando el principio de que siempre que se produzca ese hecho punible, absorberá otro tipo penal que protege un distinto bien jurídico; amén de que ni siquiera, por regla general, puede admitirse que el secuestro o el robo vayan acompañados del uso de armas prohibidas. De igual modo, la circunstancia de que el robo se califique por la utilización de armas, no significa el desplazamiento por especialidad del artículo 89 citado, dada, se reitera, la falta de identidad entre los bienes jurídicos tutelados o, al menos, la cabida de uno dentro del otro, por ser más comprensivo; como tampoco podría darse un concurso aparente entre la agresión que prevé el artículo 140 del Código Penal y la referida norma, por las mismas razones. En el caso del secuestro extorsivo, el inciso 3) del artículo 215 no sanciona, per se, el uso de armas como una causa que agrave la figura, sino que



se refiere "a los medios empleados en su consumación", pero relacionados siempre con que, a causa de ellos, la persona secuestrada sufra daño físico, moral, síquico o económico. Ello, obviamente, puede derivarse de la utilización de armas o explosivos, pero también de otras múltiples y variadas circunstancias (v. gr.: la fuerza, el maltrato o las agresiones innecesarias, el uso de vehículos u otros bienes de la propia víctima para ejecutar el hecho, etc.) y por ello, no puede hablarse de una relación de especialidad, por cuanto no existe un vínculo de género a especie entre ambas figuras. En virtud de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso."<sup>5</sup>

## 6. Acciones que configuran el tipo penal

"III.- PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN POR EL FONDO: Errónea interpretación de la ley de armas y explosivos. Conforme dispone el artículo 443 del código procesal penal, se formula recurso de casación por el fondo alegando que se ha interpretado y aplicado erróneamente el artículo 88 de la ley de armas y explosivos. Explica en el escrito presentado, que el fallo tiene por acreditado que el imputado llevaba bajo la alfombra de su vehículo un arma de fuego permitida sin el debido permiso y calificó la acción como portación ilegal de arma de conformidad con el artículo 88 de la ley respectiva. La recurrente no comparte dicho criterio, señalando que la norma de referencia establece dos acciones distintas, una que es la de la portación y otra es la tenencia y establece dos mecanismos diferentes para sanciona una y otra conducta. Explica que por "tenencia de arma ha de entenderse como la acción de disponer de ella físicamente, es decir, por mantenerla corporalmente en la esfera de dominio del sujeto con independencia de su origen o finalidad, consumándose el hecho con la sola acción de tener el objeto y ejercer sobre él un poder de hecho tal que le permita por su sola voluntad disponer físicamente de él." El concepto de portación un arma de fuego es más estricto y restringido que se define como "el hecho de cargar sobre sí o disponer públicamente, en lugar público o de acceso público, un arma de fuego cargada en condiciones de uso inmediato. Es decir, la portación conlleva dos elementos característicos: las condiciones de inmediatez de uso, lo que implica que el arma esté dispuesta a ser utilizada y al ámbito corporal y/o espacial." Sobre esa base se argumenta que se puede poseer un arma sin portarla y quien la porta necesariamente la posee, siendo que el imputado como no la portaba en su cuerpo sino bajo la alfombra de su carro, entonces estamos ante una posesión de arma permitida, pero no de una portación porque no la mantenía consigo, en consecuencia debió sancionar el hecho de conformidad con el párrafo primero del artículo 88 que



tiene pena de uno a tres meses de prestación de trabajos de utilidad pública que es la pena de la figura penal. Solicita se anule la sentencia y se ordene el reenvío. Se declara sin lugar el motivo alegado, pues la portación no implica que el arma deba llevarse adherida al cuerpo. El artículo 88 de la Ley de Armas y explosivos establece: "Artículo 88.- Tenencia y portación ilegal de armas permitidas. Se le impondrá pena de uno a tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades, a quien tenga en su poder armas permitidas por la presente ley que no se encuentren inscritas en el Departamento. Se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, a quien porte armas permitidas por esta ley y no cuente con el respectivo permiso. A quien porte armas permitidas por la presente ley y, habiendo contado con el respectivo permiso en el período anterior, no lo haya renovado dentro de los nueve meses posteriores al vencimiento, se le impondrá pena de uno a tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades." (El texto actual ha sido incluido y reformado por Ley N° 7957 del 17 de diciembre de 1999. Lo subrayado es propio). Del texto de la norma se desprenden varias acciones que configuran el tipo, entre ellas la tenencia de armas contemplada en el párrafo primero y la portación de armas que fue la calificación considerada para condenar al encartado establecida en el párrafo segundo y se establecen diferentes penalidades para cada acción. Sobre el contenido típico de la portación y la tenencia, este Tribunal había señalado que: "... en el primero se refiere a llevar o traer y en el segundo a "tener uno en su poder una cosa", entendiendo esa posesión como el deseo de conservarla." (Sentencia 158-99 del siete de mayo de 1999 del Tribunal de Casación Penal). Las armas de fuego son bienes muebles y por ello susceptibles de tenencia, que conlleva el ejercicio de los atributos de la posesión sobre el bien y que puede ostentarse bajo diversos títulos (poseedor, propietario, depositario etc,) de esa forma quien tiene una arma en la vivienda, finca u oficina, sin la autorización respectiva, incurre en la figura de tenencia que establece del párrafo primero del artículo 88 citado; mientras que si el sujeto activo lleva, trae o transporta el arma en lugares públicos se trata de una portación. De lo dicho se deduce que la tenencia y la portación tienen una relación de género a especie, ergo, se puede ejercer la tenencia sin la portación, pero no a la inversa, y ambas son acciones diferentes a las cuales la ley ha establecido distinción porque afectan en forma diferente el bien jurídico tutelado. Es claro que la diferencia conceptual que señala la



defensa no es aceptable, pues del contenido gramatical de las acciones descritas en el tipo penal se colige que la portación consiste en llevar o traer una arma para lo cual no se tiene permiso y según la descripción fáctica que contiene la resolución impugnada, el encartado llevaba el arma en su vehículo, por lo que la acción encuadra en el párrafo segundo del artículo 88 antes citado, sin que se requiera necesariamente que el arma se encuentre adherida o ceñida al cuerpo para que haya portación como pretende hacerlo ver la recurrente, pues basta con que se lleve de un lugar a otro, sea ceñida al cuerpo, en un maletín o en el vehículo como en este caso. La propuesta que formula la defensa no resiste el análisis crítico, dado que bajo esa premisa, quien lleva un arma en un maletín o bolsa entonces sólo ejerce una tenencia y no una portación de la misma, contrariando el significado del término, pues lo que sugiere como tenencia, se refiere sobre todo a los atributos propios de la posesión y no de la portación. En consecuencia, si el acusado llevaba el arma bajo la alfombra del vehículo, ello constituye portación del arma en los términos del artículo 88 párrafo segundo de la Ley de Armas tal como lo estableció el Tribunal de instancia, por lo que debe rechazarse el motivo alegado y declarar sin lugar el recuso de casación."<sup>6</sup>

## **7. Análisis sobre los conceptos "portación" y "posesión" y presupuestos del tipo penal**

"I- En su primer y único motivo la abogada defensora acusa la inobservancia del artículo 88 de la ley número 7530, así como el artículo 39 de la Constitución Política. Estima la recurrente que la relación de hechos probados no refiere la portación de arma, tal como lo exige el tipo delictivo que sustenta la fundamentación jurídica del fallo. El arma se decomisó en un recinto cerrado como es el automóvil, en las ropas del encausado, circunstancias que no coinciden con la acción de portar el arma, que es lo que exige el tipo delictivo aplicado en la presente causa. Según refiere la abogada defensora, no basta llevar el arma dentro de un vehículo para convertirse en una portación de arma, se requiere la ejecución de un delito más grave, determinando, por ejemplo, que el arma se haya disparado. Tampoco existen suficientes elementos de juicio que demuestre que la acción del encausado, fue dolosa. El elemento subjetivo del tipo delictivo, no se demostró en el debate. No puede admitirse la portación de arma por el simple hecho que el sujeto activo tenga el arma en su poder. Se ignora que el imputado no es una persona que conozca las leyes y por esta razón, no puede admitirse la aplicación del tipo delictivo frente a una conducta en la que el sujeto activo no pretendía violentar el ordenamiento.



Según lo expresa la impugnante, falta en este caso la lesión al bien jurídico, pues la simple portación del arma en un vehículo, no configura la infracción que prevé la norma punitiva aplicada en el fallo recurrido. El agravio planteado, es inatendible. Los argumentos que expone la recurrente, asumen ciertos presupuestos que exceden el cuadro probatorio y el propio contenido del tipo penal que le da fundamento jurídico a la sentencia. Es indudable que las circunstancias en que se detiene el encausado, conducía un automotor, al practicarse la requisa, se le encuentra, dentro de sus ropas, un arma cuya posesión era ilegítima, pues no había solicitado el permiso correspondiente. Las circunstancias denotan, sin duda alguna, que se trata de una portación. La acción de llevar o transportar coincide con lo que la norma quiere decir cuando se refiere a portación, de tal forma, que si el imputado es detenido mientras conduce un automotor y lleva adherido a su cuerpo un arma, es evidente que su acción consiste en llevar o transportar un arma respecto de la que no existe ninguna autorización para su posesión y traslado. El tipo penal que contiene el artículo 88 de la Ley de armas, supone dos hipótesis, la mera posesión, que es una acción simple que no prevé ninguna calificación o característica especial, basta la posesión; se trata de una acción residual frente a la portación, que supone, en todo caso, que el sujeto activo la traslada o transporta. La diferencia entre posesión y portación supone, conforme a reglas del sentido común, que es más peligrosa y reprochable la acción de llevar o transportar un arma, porque esa actividad eleva el riesgo que corre la integridad física o síquica de cualquier persona. Por esta razón, la pena prevista para cada acción, es cualitativamente diferente. Bajo estos supuestos, se comprende bien que la acción descrita en la relación de hechos probados, supone, evidentemente, que si una persona conduce un automotor y lleva adherida un arma entre sus ropas, tal acto constituye una portación, que es el verbo nuclear que define el tipo delictivo del artículo 88 de la Ley de Armas. Contrario a lo que destaca la abogada defensora, el arma se le decomisó al imputado. No se encontraba dentro de automotor, circunstancia que no modifica la interpretación de los hechos y la aplicabilidad del segundo párrafo del artículo 88 de la Ley de Armas, pues tanto si el arma se encuentra dentro del vehículo que conduce el acusado, como si se encuentra adherida a las ropas del infractor, como ocurre en el presente caso, en ambos casos existe, sin duda alguna, una portación o transporte del arma, en los términos que los define la norma recién citada. Respecto del registro del vehículo que objeta la abogada defensora, no es un tema medular en este asunto, porque tanto en la relación de hechos probados, como el informe policial, (ver folio cien), establecen que el arma se le decomisa



al encausado fuera del automotor. La referencia que hace la recurrente respecto de los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad en la actuación de la policía, no tiene ninguna relación con el decomiso del arma, de tal forma que la existencia de una actuación arbitraria en la que se hayan conculcado derechos fundamentales del imputado, no tiene ningún sustento fáctico o probatorio. Por otra parte, tampoco el recurrente destaca los elementos en los que se aprecia la actuación arbitraria e inconstitucional de la autoridad policial, tema, que por otra parte, tampoco se objetó en la audiencia preliminar, ni en el debate. La portación de un arma ilegítima, tampoco requiere que el sujeto activo haya cometido otra acción de cierta gravedad; no es un tipo penal complejo que requiera, para su aplicación, la ejecución de algún acto en el que se utilice, efectivamente, el arma. Basta que se demuestre que el sujeto activo transporta (porta) un arma de fuego no autorizada. La tenencia de una arma de fuego no autorizada, genera, indudablemente, un peligro sobre bienes jurídicos como la integridad física y síquica. El peligro potencial sobre la integridad de otras personas, es inminente de parte de quien porta o transporta un arma cuya tenencia no haya sido autorizada por el Estado. Contrariamente a lo que señala la abogada defensora, no se requiere que el arma se haya usado, mostrado o disparado, porque en este caso serían eventualmente aplicables otros tipos delictivos. En este sentido, la portación de armas es un tipo delictivo residual frente a otras acciones criminales en las que se podrían utilizar, con propósitos específicos, un revólver u objetos similares. En este caso, según se mencionó, si se afecta en forma concreta y específica, un bien jurídico en particular. El disvalor de la acción se produjo desde el momento en que el sujeto activo transportó un arma ilegal. Ese es sin duda alguna, el disvalor de la acción y la lesión al bien jurídico tutelado por la norma, que en este caso, como se expuso, es la integridad física y síquica de otros ciudadanos. Es evidente que en el presente caso, tal requisito se cumple cabalmente. Tampoco el tipo delictivo que prevé el artículo 88 de la Ley de Armas exige del sujeto activo, una voluntad o intención específica. Basta que el sujeto transporte con conocimiento el arma ilegítima; conforme a las reglas de experiencia, sería absurdo considerar que una persona que porta una arma adherida a sus ropas, tal como se evidencia en el caso del acusado, desconocía la naturaleza de tal objeto y la ilegalidad de tal acción. La voluntad e intencionalidad de la acción del señor Herrera Valverde, es evidente. No es posible admitir el argumento de la recurrente, cuando sugiere que tal actividad la ejecutó el imputado, desconociendo su trascendencia y significado. Por otra parte, el



tema que plantea es un problema que tiene relación con la valoración de la prueba, por tanto no es un extremo que pueda discutirse si se acusa la inobservancia de la norma sustantiva, que siempre supone la inamovilidad de la relación de hechos probados y la prueba que lo sustenta. En este punto, la objeción es inadmisibles, pues no es un extremo que se pueda discutir en el contexto de una reclamo por inobservancia de la norma de fondo. La portación de un arma adherida al cuerpo, mientras se conduce un vehículo, sí justifica la aplicación de la disposición penal que prevé el apartado segundo del artículo 88 de la Ley de Armas. En esta hipótesis, según se expuso, sí se lesiona el bien jurídico que tutela la disposición recién citada. En este punto, los argumentos de la abogada defensora no se ajustan al contenido y objetivos político criminales de la Ley de Armas. Sin duda alguna, la disposición aplicada al imputado, criminaliza actos previos a la ejecución de otros; se trata de un tipo delictivo residual, pero esta condición no lo convierte en un delito que carezca de bien jurídico o en un delito formal. Los argumentos que expone la abogada defensora, no demuestran la errónea aplicación de la norma sustantiva y por esta motivo se rechaza el recurso de Casación planteado por la recurrente."<sup>7</sup>

## 8. Alcances del verbo "portar"

"I- En su primer y único reclamo por el fondo, el impugnante acusa la errónea aplicación del artículo 97 de la Ley de Armas y Explosivos, número 7530, reformada mediante ley número 7957. Señala el impugnante que en la relación de hechos probados ni siquiera se menciona que el enjuiciado portara el arma prohibida; sólo refiere que se le decomisó un arma punzocortante de dimensiones prohibidas. El tipo delictivo requiere que el sujeto activo porte o traslade, de un sitio a otro, un arma de uso restringido. Este extremo realmente no se tiene por demostrado. Existe en estas condiciones, según lo refiere el abogado defensor, una errónea aplicación de la norma sustantiva. También señala el recurrente, que aunque no lo menciona el tipo penal, esta infracción es aplicable cuando la portación del arma punzocortante se produce en sitios públicos o lugares de acceso público, porque de lo contrario no se lesionaría o pondría en peligro el bien jurídico tutelado por la norma punitiva: la seguridad ciudadana. La tenencia del arma en un recinto privado, no puede constituir un ilícito penal, porque se trata de actos relativos al ámbito privado. (artículos 23 y 28 de la Constitución Política). Aunque en la relación de hechos no se menciona el sitio exacto en que se decomisó el arma, la lectura integral del fallo permite comprender que tal acto se produjo en la casa de la señora Barahona Barahona.



Los actos que describe la relación de hechos probados no revisten ningún peligro para el bien jurídico tutelado por el tipo penal previsto en la Ley de Armas. No ha existido un peligro para el bien jurídico tutelado, como lo exige el principio de lesividad. El decomiso de un puñal al encartado en la casa de habitación de la señora Nora Barahona Barahona no constituye una lesión significativa o de importancia para el bien jurídico tutelado. El yerro reclamado debe acogerse. Efectivamente, tal como lo expresa el representante de la Defensa, la acción descrita en la sentencia y en la relación de hechos probados, no representa, realmente, una lesión o peligro para el bien jurídico que tutela el tipo delictivo previsto por el artículo 97 de ley 7530. Aunque el método de interpretación gramatical presenta una serie de limitaciones e inconsistencias; la etimología y significado de las palabras puede brindar una visión reducida de los problemas jurídicos, ignorando su trascendencia sistémica y filosófica. Sin embargo, admitiendo estas limitaciones y peligros, en el caso de la norma penal aplicada, excesivamente lacónica, por cierto, debe ahondarse sobre el sentido y contenido la palabra que define al núcleo del tipo penal: portar, que conforme al diccionario de la Real Academia Española, (edición del 2001) significa llevar o traer. Esta infracción supone que el sujeto activo lleva o transporta el arma prohibida. Como bien lo apunta el abogado defensor, el decomiso del arma, no es una acción que evidencie, por sí misma, la ejecución de la acción de portar, trasladar o transportar, como lo exige el tipo penal. En este punto, conforme al contenido literal del núcleo del tipo penal, según se expuso, la relación de hechos probados no se subsume en la figura delictiva que se menciona en el fallo recurrido. La interpretación literal, conforme al método gramatical, es insuficiente. Se requiere una valoración de la acción de acuerdo a las exigencias del bien jurídico tutelado. Aunque el tipo penal aplicado es excesivamente conciso, la relación de hechos probados requiere una descripción precisa y circunstanciada del decomiso del arma prohibida, puesto que si el cuadro fáctico de la sentencia no describe la portación como una sanción de llevar o traer, difícilmente puede aplicarse el tipo penal que prevé el artículo 97 de la Ley de Armas y Explosivos. El decomiso de un arma como la que define el tipo penal recién citado, no es una acción que por sí misma sea típica o lesiva al bien jurídico, por esta razón la pretensión del abogado defensor, es aceptable. La relación de hechos probados no describe una acción cuyo contenido pueda subsumirse en el artículo 97 de la Ley de Armas y Explosivos. El decomiso de un arma cuya posesión está, en principio, permitida y sólo prohibida, en algunas circunstancias, no es un acto cuyo contenido justifique la



aplicación de la actividad represiva del Estado, pues falta un requisito fundamental de la tipicidad: el perjuicio al bien jurídico. Debe entenderse, como bien lo plantea el representante de la Defensa, que el bien jurídico tutelado por los tipos penales que criminalizan las acciones de tenencia y portación de armas, es la seguridad ciudadana. La acción que justifica la aplicación del tipo penal previsto por el artículo 97 de la L.A.E., debe provocar algún perjuicio o peligro potencial concreto sobre la seguridad de los ciudadanos. Si una persona porta, injustificadamente, un arma punzocortante en un sitio público o de acceso público, se aprecia, en esta hipótesis, un peligro a la seguridad ciudadana de un número indeterminado de personas. El ilícito penal debe evidenciar algún perjuicio concreto o potencial sobre la seguridad ciudadana. En el caso que el sujeto activo porte armas en sitios públicos o de acceso público, es admisible, en principio, la lesión a la seguridad ciudadana; pero si el sujeto activo no portaba el arma, sino que se decomisa en un domicilio particular, sin que exista claridad sobre las posibles acciones peligrosas que pudo emprender el encausado o sobre las circunstancias del decomiso, es evidente que en estas condiciones no ha existido una lesión o peligro potencial sobre la seguridad e integridad física a terceros. Como bien lo expresa el impugnante, aunque en la relación de hechos probados no se menciona el sitio en que se decomisó el arma, se infiere de la lectura integral del fallo, que el decomiso se produjo en una casa particular, circunstancia en la que no se aprecia un peligro o perjuicio a la seguridad de terceros. La simple tenencia de una arma punzocortante en un recinto privado, con una dimensión superior a los doce centímetros, no es una condición suficiente para estimar que existe un peligro para el bien jurídico tutelado y por ende la acción es atípica. Conforme a las condiciones y circunstancias en que se desarrolló la acción atribuida al encausado, el hecho es insignificante frente a la protección del bien jurídico que tutela la norma penal comentada. El hecho atribuido al encausado no contiene los elementos que requiere la tipicidad y por este motivo se casa la sentencia, absolviendo de toda pena y responsabilidad a Ronald Mena Obregón.

"<sup>8</sup>

"Lo anterior resulta de vital importancia, en relación con la configuración del ilícito, porque portar - según el Diccionario de la Real Academia Española - significa: "llevar o traer" y en ese tanto, implica: "... Conducir algo desde un lugar a otro... Guiar, conducir, dirigir... Tener, estar provisto de algo..." (Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid, 2001, pp 1392 y 1807). Ello implica, que el arma debe



permanecer dentro de la esfera de custodia del individuo (sin que sea exigible, por supuesto, ánimo de dominus) a quien se imputa su portación y este es un aspecto que en la situación particular, no es factible derivar, ni de la relación de hechos probados, ni de la prueba evacuada en el contradictorio. El a-quo derivó que el maletín se encontraba en poder del encartado, del hallazgo de bienes producto del robo perpetrado el día anterior, en el mismo lugar donde se encontraron la armas. Esta hipótesis, no obstante, supone tener como cierto: 1) que las armas encontradas en el maletín, fuesen las mismas utilizadas por los asaltantes - en cuenta Sánchez Quirós - el día anterior; 2) que el botín del robo - incluyendo las armas - no hubiese sido cedido, vendido, o por cualquier razón entregado al otro co-encartado, quien resultó absuelto, o en definitiva a otro individuo en el autobús y como consecuencia, el maletín estuviese bajo la esfera de custodia del acriminado. Pero tales inferencias no es posible realizarlas partiendo del sustento probatorio expuesto en el fallo y por esa razón, pese a que normalmente la declaratoria con lugar de un vicio in-procedendo acabaría generando la nulidad de la sentencia en los extremos pertinentes y el respectivo reenvío, por economía procesal y ante la ausencia de elementos de convicción adicionales que puedan variar el sustento probatorio de la delincuencia citada, aplicando el principio in dubio pro reo, se declara con lugar la gestión, se casa la sentencia impugnada y se absuelve de toda responsabilidad y pena a Carlos Sánchez Quirós, única y exclusivamente por el delito de portación ilegal de arma permitida, que se le ha venido atribuyendo. Debido a cómo se resuelve el reclamo planteado, carece de interés pronunciarse sobre el motivo por el fondo, deducido por la impugnante."<sup>9</sup>

## **9. Distinción entre la tenencia y la portación de arma**

"III. [...]. Esta Cámara en varias oportunidades anteriores ha señalado la distinción entre el concepto de posesión o tenencia del arma y portación de la misma, por la relevancia que dicha distinción tiene a la luz de determinar el diverso contenido injusto de las previsiones típicas del artículo 88 de la Ley de Armas, reformado según Ley número 7957 del 17 de diciembre de 1999, es así como, claramente, se ha expresado: *"Las armas de fuego son bienes muebles y por ello susceptibles de tenencia, que conlleva el ejercicio de los atributos de la posesión sobre el bien y que puede ostentarse bajo diversos títulos (poseedor, propietario, depositario etc,) de esa forma quien tiene una arma en la vivienda, finca u oficina, sin la autorización respectiva, incurre en la figura de tenencia que establece el párrafo primero del*



artículo 88 citado; mientras que si el sujeto activo lleva, trae o transporta el arma en lugares públicos se trata de una portación. De lo dicho se deduce que la tenencia y la portación tienen una relación de género a especie, ergo, se puede ejercer la tenencia sin la portación, pero no a la inversa, y ambas son acciones diferentes a las cuales la ley ha establecido distinción porque afectan en forma diferente el bien jurídico tutelado" Tribunal de Casación Penal, resolución número 243-2003 10:00 horas del 20 de marzo de 2003, en similar sentido ver las resoluciones números 526-2003 de las 16:30 horas del 11 de junio de 2003 y 158-99 del 7 de mayo de 1999. Como puede verse del contenido fáctico por el cual se requirió al extraditabile, a folio 9 de las presentes diligencias, se consigna: "Los hechos del caso indican que en 1993 una orden de allanamiento fue cumplida en la casa de Charles Lyle Cohea. Un laboratorio de metanfetaminas y los químicos precursores para la elaboración de metanfetaminas fueron recuperados. **Un rifle fue encontrado en el dormitorio de Charles Lyle Cohea. En 1994 se llevaron a cabo allanamientos en una propiedad donde Charles Lyle Cohea vivía en un remolque. Un laboratorio operacional de metanfetaminas fue descubierto en una barcaza adyacente a la propiedad. Un rifle y accesorios sobre la pandilla de motociclistas "Hells Angels" (Angeles del Infierno) fueron recuperados del remolque de Charles Lyle Cohea.**". Este cuadro fáctico es aclarado en otras piezas que obran en las diligencias de extradición, como lo es la acusación contra el imputado de folio 19 y la acusación ante el Gran Jurado de folio 30 aclarando que el primero de los hechos aludidos data del 16 de marzo de 1993 y que el arma era un rifle semiautomático calibre 22 y que la otra arma incautada en el remolque donde vivía el imputado era un rifle Ruger 10-22, como puede notarse, en tales casos no se podría encuadrar válidamente esos supuestos en los casos de portación de armas, sino en la mera tenencia que también prevé el artículo 88 citado en el fallo, pero cuya norma no autoriza la pena de prisión como sanción, de ahí que, al tenor de lo dispuesto en el Tratado de Extradición suscrito entre la República de los Estados Unidos de Norte América y la República de Costa Rica, Ley Número 7146 del 23 de abril de 1990, artículo 2, relación de los incisos 2 y 4, dicha delincuencia no tendría aparejada pena privativa de libertad en Costa Rica, por lo que por ella no sería procedente conceder la extradición que se solicita. Debe indicarse que el inciso 4) del artículo 3 del Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América indica: "Cuando se conceda la extradición por un delito extraditabile, podrá ser concedida igualmente por cualquier otro delito especificado en la solicitud de extradición, aun cuando ese otro delito sea punible con privación de libertad por un período menor de un año en



cualquiera de los dos Estados, siempre y cuando reúna los requisitos para ser extraditables (...)" . Sin embargo, de la lectura de ese artículo se deduce que se permite la extradición por un delito que tenga prevista pena privativa de libertad menor de un año cuando se concede la extradición por otro delito, pero ello no es posible cuando el delito no tiene contemplada pena privativa de libertad, sino una de las llamadas penas alternativas a dicha sanción, tal y como sucede con respecto a la posesión o tenencia de arma, contemplada en el artículo 88 de la Ley de Armas costarricense. De ahí que, en cuanto a este aspecto, procede declarar con lugar el recurso de apelación y disponer que no es posible otorgar la extradición por esta delincuencia. Cabe hacer la acotación en el sentido de que el fallo recurrido sólo hace referencia al acontecimiento del 16 de marzo de 1993, oportunidad en que lo incautado fue un rifle semiautomático, calibre veintidós, del que no se brinda mayor detalle, por ello, tampoco es posible estimar si la conducta pudiese enmarcar dentro de alguna otra previsión normativa de la Ley de Armas y Explosivos y debemos atenernos a la norma que consideró equiparable el *a quo*, en nuestra legislación; igualmente, debe de apuntarse, que aunque el fallo no se refiere expresamente a la tenencia del rifle Ruger 10-22 encontrado en el remolque del extraditable, sin embargo, siendo absolutamente similares las circunstancias en uno y otro caso, no es posible acordar la extradición por este hecho y la omisión del fallo en ese sentido resulta irrelevante."<sup>10</sup>

## 10. Bien jurídico tutelado

"I.- El Lic. Aisen Herrera López ha interpuesto recurso de casación en defensa del imputado Carlos Antonio Alvarado Redguard, contra la sentencia que lo declaró culpable del delito de portación ilegal de armas. Acusa la inobservancia de los artículos 369 inciso i) del «Código Procesal Penal», 28, 39 y 41 de la «Constitución Política» y del 88 de la «Ley de Armas y Explosivos», alegando que no existió antijuridicidad material en el hecho atribuido a su patrocinado y que debió aplicarse el artículo 28 de la Constitución Política, al tenor del cual las acciones que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. Señala que de los hechos tenidos por probados no se puede extraer violación al bien jurídico tutelado por el artículo 88 de la «Ley de Armas y Explosivos», porque no se pone de manifiesto que la seguridad ciudadana haya estado en peligro real o potencial, "sino todo lo contrario: no se evidencia que la seguridad de algún ciudadano se haya visto vulnerado (sic), por lo que no ha existido lesión al bien jurídico tutelado". El reclamo no es atendible. En este asunto se



establecen como hechos probados los siguientes: «a- El 26 de septiembre del 2002 a eso de las 11:50 horas, al costado sur del estadio de Barrio Cuba, efectivos de la Fuerza Pública detuvieron al acusado Carlos Alvarado Redguard quien en un vehículo se encontraba en actos indecorosos. B- Ocasión en la que se encontró en su poder un arma de fuego tipo pistola, marca lorcin, calibre 25, empuñadura dorada con su respectivo cargador de metal color gris con siete proyectiles sin percutir; arma que cargaba consigo en un bolso tipo canguro, sin contar con el permiso extendido por el Departamento de Control de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública, procediendo al decomiso de la misma» (folio 54). Tal hecho constituye el tipo penal aplicado por el tribunal de mérito, pues este no supone o requiere que exista un peligro para un ciudadano concreto, sino una lesión o puesta en peligro para el orden público, la cual se verifica por el hecho de que el agente tenga en su poder armas permitidas por la ley, pero que no se encuentran inscritas en el Departamento de Control de Armas y Explosivos, o porque porte armas permitidas por la ley pero sin contar con el respectivo permiso, pues tales conductas por sí solas, como lo estimó el a quo, lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado. Téngase presente que la Ley de armas se define a sí misma de orden público (artículo 101 ibídem), mediante ella se regula la adquisición, la posesión, la inscripción, la portación, la venta, la importación, la exportación y la fabricación de armas, municiones y explosivos, así como la instalación de dispositivos de seguridad (artículo 1 ibídem), y prescribe cuáles son los requisitos para poseer y portar armas, todo ello para verificar que la persona que pretenda portarla tenga conocimiento de las reglas de seguridad para evitar riesgos y del manejo apropiado y cuidadoso del arma (artículos 33 y 35 ibídem), incluso las personas físicas deben aportar un dictamen extendido por un profesional competente sobre la idoneidad mental del solicitante, al que se le toma la impresión de sus huellas dactilares (artículo 41 ibídem). Por otra parte, diferente a este asunto es el caso de la sentencia N° 98 de las 10:39 horas del 12 de febrero de 2004, citada por el recurrente, referida a un hecho sustancialmente diferente al que aquí se investigó, porque en aquel otro asunto se estableció que el arma en cuestión no funcionaba, que no podía disparar porque le faltaba el percutor y su recámara y cañón estaban obstruidos, y en consecuencia carecía de capacidad de causar un perjuicio real o potencial para las personas. Se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto."<sup>11</sup>

"III.- En el único motivo de casación por el fondo alega el vicio de errónea aplicación de la ley sustantiva. Señala que si bien la



ley sanciona el delito de portación ilegal de arma, lo que constituye un delito de peligro, "el sólo decomiso del mismo no pone en peligro la seguridad pública", sobre todo cuando el acusado caminaba en compañía de dos mujeres, lo hacían de manera pacífica y tranquila sin que se demostrase algún comportamiento inadecuado por parte de su representado. No se acreditó que amedrentara o amenazara a alguien. Solicita que por este motivo se absuelva a su representado de toda pena y responsabilidad. SIN LUGAR EL MOTIVO. Como bien lo reconoce la impugnante, el delito de Portación Ilegal de arma es un delito de peligro. A pesar de los cuestionamientos que la doctrina hace de estos delitos, lo cierto y relevante es que los mismos encuentran asidero constitucional y legal (Cf. Sala Tercera, votos 812-2002 del 23 de agosto del 2002, 1116-2002 del 1 de noviembre del 2002). En estos delitos, el legislador parte de que una conducta es peligrosa para el bien jurídico protegido, ello de acuerdo con las reglas de la experiencia, no siendo necesario que en el caso concreto se demuestre que el bien jurídico haya corrido peligro. En general, sin embargo, se admite que en los delitos de peligro se requiere la idoneidad del peligro, de modo que se admite la prueba en contrario de que el bien jurídico protegido no corrió peligro. El caso concreto, ese peligro se presenta cuando el imputado transita por un sitio público portando un arma de fuego calibre 38 con sus 6 proyectiles sin percutir. Elementos que resultan suficientes para estimar que la conducta del imputado efectivamente lesiona la seguridad pública. En consecuencia, sin lugar el motivo."<sup>12</sup>

## 11. Equivalencia entre los verbos "poseer", "tener" y "portar" para efectos de la configuración

"IV- En su tercer reclamo, la Licda. Salas Mora, acusa la inobservancia del artículo 369, inciso d- del código procesal penal; de igual forma se acusa la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Estima la recurrente que el fallo contiene una fundamentación contradictoria, pues por un lado se afirma en la relación de hechos probados que el acusado es responsable de portar armas prohibidas, pero en la motivación de fondo, se admite que el imputado no portaba el arma, pero que es responsable de la posesión de armas. Esta es una inconsistencia que evidencia una contradicción insalvable del fallo, que evidencia un vicio esencial de motivación. Esta es una inconsistencia que no es irrelevante, según lo expresa la recurrente, contradiciendo el propio contenido del fallo. El vicio planteado, debe rechazarse. No existe una inconsistencia esencial entre la relación de hechos probados y la prueba recibida en la audiencia. El contenido de la acusación contempla, sin provocar equívocos, la posesión y la



portación de armas. No existe una modificación esencial entre la relación de hechos probados y los actos que se determinan con la prueba recibida en la audiencia. La variación respecto del tipo penal, no es sustancial, pues no existe una diferencia esencial entre la acción de poseer armas prohibidas y su tenencia. La descripción de la acusación utiliza el término portar, no en el sentido específico que contiene el artículo 88 de la Ley de Armas, sino que su descripción abarca, tanto la posesión como la portación, comprendiendo, lógicamente, que entre la primera y la segunda existe una relación de género y especie, de tal forma que si bien es cierto que los agentes policiales no apreciaron el momento en que el encausado portaba el arma, si es indiscutible que las armas se decomisaron en el domicilio del acusado, de tal forma que se comprende que cuando la requisitoria se refiere a la portación, abarca, lógicamente, por la similitud conceptual, la posesión. La actuación de las autoridades, según refiere Trejos Prendas, se motivó en la portación de armas en la que incurrió el encausado, sin que pudiera comprobarse, directamente, que el acusado portara tales armas, empero, si se evidenció, según refieren los testigos, que efectivamente las poseía, situación que ya contenía la acusación. La aplicación de un tipo penal de menor gravedad, no lesiona los derechos del acusado, pues se trata de una figura delictiva atenuada que resulta aplicable conforme al cuadro fáctico, pues existe una coincidencia esencial entre la posesión y portación de armas ilícitas; incluso las dos figuras están previstas en la misma norma, circunstancia que demuestra la coincidencia y similitud entre los dos ilícitos citados. No existió una variación esencial del tipo delictivo, pues el juez se mantuvo dentro del mismo tipo delictivo, aplicando una hipótesis similar a la que contiene la acusación, comprobando que había existido una posesión pura y simple y no la portación de arma prohibida, que es también una modalidad de posesión. Bajo estos supuestos, admitiendo que no existe una variación esencial de la calificación jurídica, es posible aplicar, tal como lo hizo el a-quo, la previsión que contiene el segundo párrafo del artículo 365 del c.p.p. Dada la similitud y coincidencia conceptual y jurídica entre la posesión y la portación de armas, según se expuso, no existe una contradicción esencial entre la relación de hechos probados y el contenido de la prueba recibida en la audiencia, por esta razón también se rechaza el presente reclamo."<sup>13</sup>



## FUENTES CITADAS

- 
- <sup>1</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2005-00712 de las diez horas cinco minutos del veinticuatro de junio de dos mil cinco.
  - <sup>2</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 241-F-94 de las ocho horas treinta minutos del treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro.
  - <sup>3</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 147-F-99, treinta de abril de abril de mil novecientos noventa y nueve.
  - <sup>4</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE CASACION. Resolución N° 409-F-96 de las catorce horas del doce de julio de mil novecientos noventa y seis.
  - <sup>5</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1164-97.DOC de ocho horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete.
  - <sup>6</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 2003-0243 de las diez horas del veinte de marzo de dos mil tres.
  - <sup>7</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 2003-0526 de las dieciséis horas treinta minutos del once de junio del dos mil tres.
  - <sup>8</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° **2002-0870** de las dieciséis horas veinticinco minutos del dieciocho de octubre de dos mil dos.
  - <sup>9</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2004-01179 de las nueve horas veinticinco minutos del ocho de octubre del dos mil cuatro.
  - <sup>10</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 2004-0245 de las diez horas treinta y cinco minutos del doce de marzo del dos mil cuatro.



- 
- <sup>11</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 2004-1072 de las diez horas con treinta minutos del quince de octubre de dos mil cuatro.
- <sup>12</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 2005-0822 de las diez horas con cuarenta y tres minutos del veinticinco de agosto de dos mil cinco.
- <sup>13</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 2004-0041 de las nueve horas veinticinco minutos del veintinueve de enero de dos mil cuatro.