

## Concurso entre porte de arma de defensa personal y homicidio con arma de fuego

*Gustavo Adolfo Villanueva G.\**

Con el presente ensayo se pretende plantear que el simple uso de un arma de fuego no constituye el porte que sanciona nuestra ley penal y que cuando el peligro abstracto que se deriva de dicho porte se concreta en la lesión del bien jurídico mediato, la vida en el homicidio, por ejemplo, este delito subsume, con fundamento en la figura de la subsidiaridad tácita —o de consunción si se quiere—, el porte ilegal de armas.

En otras palabras, cuando se comete un hurto o un homicidio utilizando arma de fuego sin permiso de autoridad competente, nos hallaríamos ante un concurso de leyes y no ante un concurso real de delitos, por cuanto el delito de lesión subsume el de peligro.

La respuesta que la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina nacional ha dado a este problema es contraria a la que aquí se plantea, pues siempre se le ha dado el tratamiento de concurso real con el argumento de que “se trata de dos comportamientos claramente deslindables, que se adecuan a diferentes tipos penales, con los que se tutelan diferentes bienes jurídicos”<sup>1</sup>.

La Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Ricardo Calvete Rangel, en sentencia de agosto 20 de 1992, ya había desechado la unidad de acción entre el porte de armas y el hurto, señalando que “en tratándose de bienes de prohibido o restringido comercio o por-

\* Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, Ibagué.

<sup>1</sup> C. S. J., sent., 9 marzo 1995, rad. 8565. Mag. pon.: Ricardo Calvete R.

la posesión del bien a sabiendas de tal veda o restricción hace surgir a la vida pública una nueva acción punible, porque el infractor quiere entonces vulnerar un nuevo interés jurídico tutelado y ello marca precisamente una importante diferencia entre el concurso efectivo de tipos y la concurrencia aparente”.

En el mismo sentido se pronunció la mencionada corporación, en sentencias de septiembre 2 de 1987 con ponencia de Édgar Saavedra Rojas y junio 22 de 1990 siendo ponente el doctor Dídimo Páez Velandía.

Pero la primera y más sencilla objeción a esta respuesta sería que no siempre que estemos frente a conductas perfectamente deslindables, con vulneración plural de bienes jurídicos, nos hallamos ante un concurso real de tipos, y como prueba de ello basta citar el caso del hurto con violación de habitación ajena que la jurisprudencia y la ley siempre han tratado como un típico caso de concurso aparente de tipos, a pesar de que la conducta se adecúa a dos tipos penales diferentes y los bienes jurídicos protegidos son distintos.

La doctrina, por su parte, especialmente la extranjera, es mayoritaria al afirmar que si bien los delitos de peligro concreto deben ceder ante los de lesión, no ocurre lo mismo con los de peligro abstracto “especialmente cuando sus tipos son de naturaleza preventiva”<sup>2</sup>.

JESCHECK sostiene, por ejemplo, que “Bajo el punto de vista del hecho previo impune también es subsidiario el delito de peligro concreto respecto del delito de lesión, en la medida en que el resultado de puesta en peligro no vaya más allá de los daños producidos, mientras que el delito de peligro abstracto conserva su significado autónomo por su dirección de ataque contra la colectividad”<sup>3</sup>.

Idéntica es la posición de JAKOBS al argumentar que “si un hecho que pone en peligro la vida constituye al mismo tiempo homicidio doloso de la única víctima puesta en peligro, hay que castigar por el delito de homicidio y además por aquel, pues bien es cierto que el homicidio abarca a la puesta en peligro concreto de la vida pero no al peligro abstracto”<sup>4</sup>.

SANTIAGO MIR PUIG es de la misma opinión cuando expone que “Las fases delictivas anteriores a otras más avanzadas son subsidiarias de estas y los delitos de peligro concreto respecto de los de lesión del mismo objeto de la acción afectado, mientras que niega que lo sean los delitos de peligro abstracto porque supone un peligro colectivo que no se agota en la lesión que se produzca”<sup>5</sup>.

No obstante, para dar respuesta al interrogante que nos inquieta debemos plantearnos o, mejor, replantearnos, varios cuestionamientos: ¿Cuál es la naturaleza del de-

lito de porte ilegal de armas, qué bien jurídico se pretende proteger y cómo se quiere ejercer esa protección?

En cuanto a estos interrogantes, y si nos hemos de atener a que lo que se pretende tutelar con el mencionado delito es la *seguridad pública*, lo primero que se ha de advertir es que “La seguridad que estos delitos protegen no es la general seguridad jurídica que protege el derecho en general y el derecho penal en forma más intensa, es la *seguridad de los bienes*” y que cuando se trata de proteger aquel bien se prevén como punibles comportamientos capaces de generar peligro no para un solo bien “sino para los bienes en general, considerados en común, como pertenecientes a un número indeterminado de personas y dotados de distinta naturaleza (vida, salud, hacienda)”<sup>6</sup>.

Entre esas conductas peligrosas el legislador colombiano tipificó, en el artículo 201 del Código Penal, entre otras, el porte y la fabricación de armas y explosivos y, en ejercicio del control constitucional, nuestra Corte Constitucional, con ponencia del doctor Alejandro Martínez, en sentencia C-038 de 1995, dictaminó que “La penalización de la fabricación, comercio y porte de armas sin permiso de autoridad competente, corresponde a una política de Estado adecuada *para proteger la vida de los ciudadanos*, la cual encuentra perfecto sustento constitucional. En el caso colombiano, por las condiciones que atraviesa nuestra sociedad, el control a la tenencia de armas resulta indispensable para el sostenimiento de la *seguridad pública y la realización efectiva de los derechos de las personas*” (cursiva fuera del texto).

La seguridad pública, según se desprende del señalado pronunciamiento, no es un bien jurídico en sí, sino para sí, en tanto se protege para hacer viables lo que la doctrina ha denominado bienes jurídicos individuales, tales como la vida, el patrimonio, la libertad, etc.

No es que el portar armas sin permiso de autoridad ponga en peligro, en forma directa o inmediata, la vida o el patrimonio de las personas, sino que el legislador considera que dicho comportamiento afecta o interfiere nocivamente la relación de convivencia entre los hombres y en consecuencia dificulta o impide el desarrollo tranquilo, seguro y efectivo de dichos intereses jurídicos.

Vale decir, con la protección previa del bien jurídico de la seguridad pública lo que se busca, en forma mediata, es tutelar aquellos bienes que, como diría BUSTOS RAMÍREZ<sup>7</sup>, constituyen las bases de existencia del sistema, sin olvidar que en todo delito está de por medio la seguridad pública, en tanto que lo que busca el derecho, el penal en particular, es propender por la convivencia pacífica entre los hombres, protegiendo los bienes jurídicos más importantes de los ataques más graves.

Por otra parte, la forma que escoge el legislador para tipificar estas conductas que considera riesgosas para la seguridad pública es la de convertirlas en delitos de mera actividad, de peligro abstracto, concebido este como “aquel peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre

<sup>6</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Edit. Tea, 1978, pág. 481.

<sup>7</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte especial, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1991, pág. 5.

<sup>2</sup> REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ariel, 1962, pág. 442.

<sup>3</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, vol. 2, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1978, pág. 1037.

<sup>4</sup> GÜNTER JAKOBS, *Tratado de derecho penal*, Parte general, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1995, pág. 1061.

<sup>5</sup> SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Barcelona, PPU, 1990, pág. 740.

todo, del empleo de ciertos medios... en que el derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos", definición que, bueno es decirlo, conduce inevitablemente a una inversión en la carga de la prueba como consecuencia de la presunción *iuris tantum* que de la misma se deduce, en total disonancia con el principio de culpabilidad<sup>8</sup>.

Pero ante el hecho cierto de que las armas son objetos que generan peligro y que uno de esos peligros acarrea la posibilidad de que se atente o vulnere un bien jurídico individual y frente a la imposibilidad o dificultad de probar esta última finalidad, el legislador lo que hace, como parte de su política criminal, es adelantar la punibilidad a los actos preparatorios, recurriendo a tipos penales de prueba más sencilla, en los que es suficiente acreditar que alguien portaba o llevaba consigo para calificar esa conducta como peligrosa para los bienes jurídicos.

Así las cosas, y puesto que en realidad la "tenencia del arma es tomada como la preparación de un delito o la creación de oportunidades para cometerlo", es oportuno advertir, como lo hace ROXIN, que en estos casos lo que se impone es una pena por sospecha y que "resulta ilegítimo afirmar que se está castigando la «simple tenencia del arma», cuando en realidad lo único que se quiere hacer es simplificar la prueba de otro delito".

A pesar de los anteriores cuestionamientos, y ante el dato innegable de que en nuestra normatividad se sanciona en forma autónoma un acto preparatorio como lo es el porte de armas —con todo lo criticable que ello sea—, lo cierto es que el uso precario y fugaz de un arma no constituye el porte que el legislador quiso sancionar en el artículo 201 del Código Penal, y que cuando resulta efectivamente lesionado uno de los mediatizados bienes jurídicos individuales, el delito de peligro debe dar paso al delito de lesión, como ocurre, por ejemplo, con la tentativa respecto de la consumación.

Debe advertirse que el hecho de que el delito que nos ocupa sea de mera actividad [o de peligro abstracto] en manera alguna significa que no deba averiguarse por la lesividad del acto o por la culpabilidad del agente.

El contacto fugaz del autor con el arma —como cuando el agente arrebató el arma a un transeúnte para atacar a su víctima o cuando el objeto material del hurto es un arma de fuego—, sin la voluntad de realización del tipo penal en concreto, sin el conocimiento por parte del sujeto activo de la conducta de las circunstancias objetivas del hecho como formas de manifestación del dolo propio y particular de la infracción, no estructura el tipo penal descrito en el decreto 3664 de 1986, tal como lo dejó planteado, en salvamento de voto a la sentencia de agosto 20 de 1992 citada, el magistrado Jorge Enrique Valencia.

Cuando el contacto es precario y se debe más a circunstancias apremiantes del momento que a la voluntad dirigida a alcanzar el resultado exigido por el punible, es dable concluir que este comportamiento corresponde al segmento de otra acción mucho más rica que lo subsume, por cuanto su desvalor típico hace parte integrante del desvalor del delito fin que por lo regular es más grave.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*, pág. 484.

El intérprete no puede concluir que si el legislador, dentro de su política criminal, dejó sin sanción la conducta de conservar arma de fuego de defensa personal, el mero roce con ella, su traslado dentro del sitio donde se conserva o su efímero uso sí constituye el porte que sanciona nuestra ley. De aceptarse lo anterior significaría que quien conserva un arma sin permiso no la puede trasladar de un sitio a otro dentro de su casa, o no la puede usar para defenderse de un intruso porque quedaría incurso en el delito que nos ocupa.

No es esa la idea de porte que tenía en mente el legislador cuando tipificó como delito dicha conducta. El fin de la norma no es castigar el uso precario del arma, sino aquella tenencia que implique un riesgo para un derecho individual con el añadido de que si dicho riesgo se concreta en una lesión a ese derecho no estamos ante dos conductas punibles sino ante una acción en progresión que, sin embargo, sigue siendo única.

En otras palabras, si lo que el legislador pretende al penalizar el porte de armas es evitar que, en forma mediata, se vulnere o atente contra derechos individuales como la vida o el patrimonio y estos efectivamente resultan lesionados mediante la utilización de un arma de fuego, aquella deja de tener sentido independiente y nada añade al injusto que representa el delito en que se concretó el riesgo.

La anotada es la razón por la cual la tentativa desplaza los actos preparatorios, y la consumación, a su vez, desplaza la tentativa y la misma por la cual no son susceptibles de concursar, para citar otro caso, los delitos tipificados en los artículos 33 y 43 de la ley 30 de 1986 cuando la conducta consista en elaborar droga que produzca dependencia.

Nuestro legislador, en el artículo 43 de la mencionada normatividad, tipificó como conducta autónoma la tenencia, entre otras sustancias, de éter, acetona, *thinner*, amoníaco, ácido clorhídrico, con el propósito mediato de evitar o impedir el procesamiento o elaboración de cocaína u otras drogas, pero cuando esta conducta es la que efectivamente se ejecuta, esto es, cuando el peligro se concreta en la lesión, el delito de peligro, representado en la mera tenencia, debe ceder ante el delito de lesión concretado en la elaboración de la sustancia e improcedente resulta, entonces, hablar de un concurso de delitos sin violar la garantía constitucional de prohibición de la doble persecución.

Lo mismo acontece con quien poseyendo llaves falsas o ganzúas (decr. 522 de 1971, art. 55) asalta una casa valiéndose de dichos medios (cfr. C. P., art. 350-4), y con la tenencia de explosivos (art. 197) en relación con el lanzamiento de estos (art. 198). En estas hipótesis, sostiene el profesor FERNANDO VELÁSQUEZ, se "está ante un concurso aparente porque hay unidad de acción y de tipo realizado"<sup>9</sup>.

No se está afirmando aquí, aclárase, que el homicidio comprende el porte de armas porque sin el empleo del arma no se podría cometer el atentado contra la vida. No, lo que se quiere señalar es que si el objetivo del legislador, al tipificar actos preparatorios como delitos de peligro, es evitar la concreción de ese peligro en una lesión, el

<sup>9</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 581.

efectivo empleo del arma, para la comisión del delito, generará el desplazamiento del tipo de peligro abstracto que reprime el acto preparatorio al de lesión que reprime la efectiva vulneración del bien jurídico individual.

De otra manera estaríamos sancionando, por duplicado, una conducta peligrosa que se concretó en la efectiva lesión del bien jurídico mediato como lo sería la vida que es, finalmente, la que se quiere proteger al erigir en delito de peligro un acto a todas luces preparatorio como lo es el mero porte de un arma. Es decir, mal haría en sancionarse doblemente una misma conducta que, en el camino criminal, pasó de peligrosa a efectivamente lesiva, pero dentro de la misma unidad de acción.

Si la finalidad del legislador es adelantar la punibilidad a los actos preparatorios de un delito y resulta que este delito es el que se comete, improcedente resulta castigar por separado, en forma de concurso, el acto preparatorio y el tentado o consumado.

Vale insistir, si el porte de armas es un acto preparatorio que, por estimar peligroso para la vida u otros derechos individuales, el legislador adelante su punición, mal puede hacersele concursar con la efectiva lesión de ese derecho, pues lo único que ha sucedido es que el acto preparatorio ha hecho su tránsito, dentro de la progresión criminal, hacia un ejecutivo que puede ser punible como tentado o consumado.

Muy distinta es la situación cuando el porte del arma subsiste luego del homicidio o del hurto, pues una vez consumados o tentados estos, "el mantener el arma en su poder hace recobrar vigencia a la prohibición de tener un arma de guerra, pues esto hace renacer el peligro de que se cometa con ella un nuevo delito; y esto es lo que la ley, bien o mal, intenta reprimir. En este caso, entonces, sí podría admitirse la posibilidad de un concurso real, ya que la tenencia, luego del robo anterior, sí es una nueva acción preparatoria de otro delito indeterminado"<sup>10</sup>.

Es dable concluir, pues, que aunque el porte ilegal de armas sin salvoconducto sea un delito de peligro abstracto no puede concurrir auténticamente con el de homicidio cometido con arma de fuego, pues el comienzo de ejecución del delito contra la vida desplaza la punibilidad del porte del arma por subsidiariedad tácita y lo que en realidad se configura es un concurso de leyes o aparente de tipos.

<sup>10</sup> PATRICIA S. ZIFFER, "El concurso entre la tenencia de arma de fuego y robo con arma", Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 30.