

Juzgado Quince Superior de Medellín

Antijuridicidad material en el delito de porte ilegal de armas

El alcance de la seguridad pública como bien jurídicamente tutelado se determina a partir de la capacidad dañina y de la potencia destructora de otros bienes jurídicos básicos de la conducta mediante la cual se lesiona aquel interés.

Esta base objetiva no se presenta cuando el mecanismo del arma que se porta no es apto para realizar disparos.

Medellín, junio 9 de 1992

Juez: Dr. RAMIRO MARÍN VÁSQUEZ

Comentario: JOHN JAIME POSADA O.*

Juzgado Quince Superior

Medellín, junio nueve de mil novecientos noventa y dos.

Vistos:

Después de que el pasado 10 de abril se llevara a cabo la vista pública en este proceso, adelantado por un delito que transgrede la prohibición subyacente en el art. 1° del decreto 3664 de 1986 (porte ilegal de arma de fuego de uso personal), es preciso finiquitarlo con el respectivo fallo en primera instancia, en virtud de la competencia otorgada a estos juzgados por el art. 10 del decreto 2790 de 1990. El juzgado 56 de instrucción criminal radicado en la localidad de Bello, despacho que adelantó la investigación

y vinculó al señor A. G. H. como autor de la susodicha violación —que presuntamente pone en peligro la seguridad pública—, mediante auto interlocutorio de enero 8 de 1991, no solo resolvió la situación jurídica del procesado, decretando como medida de aseguramiento la detención preventiva con derecho a excarcelación, sino que ordenó el seguimiento de la estructura procesal abreviada.

Consideraciones del despacho:

Nos encontramos frente a un caso típico de porte ilegal de arma de fuego de uso personal, doctrinariamente conocido como violación al decreto 3664 de 1986, art. 1°, acción imputada a A. G. H., a quien se le ha decomisado un revólver calibre 32 corto, con nú-

* Profesor de derecho procesal penal Universidad de Antioquia.

mero 85765, sin que haya exhibido documento legitimador al momento de la requisa ni después, delito que en hipótesis atenta contra la seguridad pública.

Se han allegado al proceso el respectivo informe policial a Fs. 1, suscrito por el mayor J. E. P. A., comandante de la estación de policía de Bello, en donde deja a disposición al retenido A. G. H. y el arma decomisada durante una operación practicada en el barrio El Trapiche. Deja constancia el oficial de que previamente a este hecho habían sido alertados, mediante llamada telefónica de un ciudadano, sobre la presencia de un sujeto que ostentaba fama de atracador en dicho barrio. De ahí el operativo para capturar al sospechoso.

Se recibió indagatoria al sindicado G. H. a Fs. 9, cuatro días después de su captura, en donde manifiesta que al momento de su aprehensión portaba un revólver, arma que minutos antes de detenerla se había encontrado en los alrededores de la cancha de la Primavera del barrio El Trapiche; no justifica su tenencia con documento oficial —salvoconducto— y mucho menos niega o desconoce que portarla es un delito.

Se han obtenido las declaraciones de los agentes de policía: J. R. M. —Fs. 12 f. y v.—, P. P. S. G. —Fs. 12 v. y 13— y R. A. B. D. —Fs. 13 v. y 14—, intervenciones en las cuales: se ratifican acerca del procedimiento —aunque el primero un poco ajeno— y coinciden en aspectos fundamentales, como es en sí el decomiso del arma y la aprehensión del sujeto que la portaba; los dos últimos agentes son más concretos, afirman que el señor G. H. les manifestó que era el dueño de esa arma y que dizque era un celador del sector, para tratar así de justificar su porte, mas no presentó el salvoconducto.

Reposa también en el expediente el estudio de balística practicado al arma decomisada al señor G. H., experticio en el cual se señala lo siguiente: que se trata de un revólver, de los llamados popularmente “lechuzas”, calibre 32 corto, cañón con longitud de 7.5 cms., con funcionamiento mecánico en mal estado

(no posee aguja percutora), “que actualmente es nula por encontrarse el arma no apta para realizar disparos” y presenta impreso el número 85765. Basta solamente mirar los datos antes referenciados para establecer que se trata de un arma de fuego de uso personal y que requiere de permiso para su manipulación (decreto 1663 de 1979, art. 7°).

El art. 1° del decreto 2003 de 1982, que modificó el art. 6° del decreto 1663 de 1979, prescribe en el inciso 1° que “son armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil, la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química”, para advertir después en el inciso 3° que “Estas armas no pierden su carácter por el hecho de que transitoriamente no funcionen por falta o daño en uno o varios de sus elementos”.

Aparenta la última transcripción una respuesta contundente a la inquietud del ministerio público. Los deterioros pasajeros, fácilmente reparables, no afectan el concepto óntico-jurídico de arma, no desnaturalizan el instrumento como tal, pues valorativamente ese aparato, transitoriamente inutilizado, podría representar un peligro posible para la seguridad y tranquilidad públicas. A *contrario sensu*, los daños severos, que pervierten la estructura del ente conocido como “arma de fuego”, que hacen difícilmente recuperable el instrumento en su función —a pesar de una apariencia formal que pueda impresionar—, implican la atipicidad por la imposibilidad de la producción del peligro propio de un arma de fuego.

Pero la distinción entre los daños ligeros y los más o menos radicales, o entre el detrimento expeditamente reparable o el de difícil restauración, puede depender de tantas contingencias que definitivamente el injusto no debe dejarse expuesto a una eventual arbitrariedad judicial. El estatuto penal colombiano se ha sujetado al principio rector —por ende garantizador— de la lesividad o de la antijuridicidad material (art. 4°) —“*nullum crimen sine iniuria*”—, según el cual la conducta típica solo es punible si lesiona o pone en peligro,

sin justa causa, el “interés jurídico tutelado por la ley”. La consagración legal de este principio, por cuanto comporta una concepción material de la antijuridicidad y del injusto, exige una revisión crítica de los denominados delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos en los que se presume *iure et de iure* el peligro para el bien jurídico, pues en ellos basta con demostrar la realización del comportamiento típico. De modo que, frente a la materialidad del injusto, los delitos de peligro —como el que se examina— son solo aquellos cuya realización representa una *probabilidad de lesión concreta* para un bien jurídico, esto es, que haya una relación de inmediatez temporal y espacial entre el bien y el riesgo. En suma, el valor consignado en el susodicho principio rector de la lesividad demanda la prueba de que el bien jurídico realmente —no presuntivamente— fue puesto en peligro.

Pero, ¿cuál es el bien jurídico tutelado? La seguridad y tranquilidad públicas obedecen al concepto doctrinario de bienes jurídicos colectivos o institucionales, dado que son un conjunto de factores que están permanentemente implicados en el desenvolvimiento cotidiano de los individuos y de los grupos humanos en que estos se integran. Dentro de la jerarquización de los bienes jurídicos, la seguridad pública se protege para hacer viable el amparo de los intereses vitales que la doctrina denomina bienes jurídicos individuales (o bienes jurídicos que constituyen las bases de existencia del sistema, según feliz expresión del profesor Juan Bustos Ramírez), tales como la vida, la salud individual, la libertad, etc. En principio, fuerza hacer la distinción conceptual, porque no se trata de que el porte ilegal de arma de fuego ponga en peligro inmediato la vida o la salud individual o la libertad personal o el patrimonio económico, sino que tal comportamiento afecte de veras la intersubjetividad o interfiera nocivamente la vida de relación y que, como consecuencia de tal interferencia, se impida el desarrollo real y efectivo de aquellos bienes jurídicos individuales. En otras palabras, los intereses vitales de la vida o la salud de las personas están

mediatizados —mas no olvidados o ignorados— por la preprotección que implica el bien jurídico institucional de la seguridad pública.

De modo que la puesta en peligro —concreto— debe comprobarse en relación con dicha preprotección —seguridad—, mas no directamente en relación con esos bienes básicos. Ahora bien, la seguridad o la tranquilidad públicas han de entenderse a partir de un conjunto de circunstancias *objetivas y concretas*, no del mero sentimiento —así fuese generalizado— del conglomerado humano. Si así no fuese, también constituiría injusto punible el comportamiento de un individuo que exhibe rampantemente un arma de fuego tipo imitación en su barrio, pues dicha actitud genera pánico y zozobra entre los confundidos vecinos. El injusto en este ejemplo se derruye por la atipicidad de la conducta, pero en primerísimo lugar porque lo protegido en el ámbito situacional del tipo es una relación social objetiva y concreta y no el mero sentimiento de la ciudadanía.

Débase demostrar que realmente hubo puesta en peligro de la seguridad común (desvalor de resultado), no mera afectación del sentimiento de seguridad, pues, de otro modo, se estaría sancionando la sola desobediencia a la norma que obliga al ciudadano a proveerse de salvoconducto para poder llevar consigo armas de fuego (desvalor de acto). Se dirá que esta fue la razón legislativa (o de Estado) que inspiró la redacción del decreto 3664 de 1986, pero tal razón legal debe subordinarse al contenido valorativo de los principios rectores —entre ellos el de lesividad—, que como tales no solo tienen aplicación prevalente sino que son autolimitaciones que se ha impuesto el poder penal del Estado. En un Estado socio-liberal y democrático de derecho, el principio del bien jurídico y su correlato de lesividad son límites materiales al *jus puniendi*. De suerte que solo la conjugación del desvalor de acto y el desvalor de resultado (desvalor de injusto) puede connotar la antijuridicidad de un comportamiento determinado.

Algo más, es el bien jurídico la base y esencia a partir del cual se pueden adjudicar acciones a un determinado tipo legal, así como por exclusión se señala cuáles no interesan al derecho penal. Pero recíprocamente la acción típica surge como concreción de la lesión objetiva de las normas de valoración (antijuridicidad). La tipicidad concreta, determina y delimita la antijuridicidad. Esta relación dialéctica entre tipicidad y antijuridicidad dimana de los arts. 2º y 4º del Código Penal, pues la afección del interés jurídico tutelado por la ley se predica de la conducta típica, no de cualquier conducta. Es por ello que la facilidad de arreglo del arma deteriorada es un supuesto alejado de esa suerte de antijuridicidad típica que contiene el tipo legal, que infla el injusto con una posibilidad de conducta que imagina el juzgador pero que no ha realizado el sujeto activo, pues el comportamiento típico analizado se reduce al llevar consigo un arma de fuego que —por carencia de la aguja percutora—, no podía funcionar como tal durante el despliegue comportamental aludido. El juzgamiento no puede abarcar eventualidades de conducta, el principio rector del derecho penal de acto lo impide (C. N., art. 29 inc. 2º y C. P., arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º); solo si tales expectativas se traducen en comportamientos se entra en el ámbito del injusto jurídico-penal. Pues bien, si se conjetura que maliciosamente el procesado desprendió el percutor del arma, solo el día en que porte un instrumento de fuego apto para disparar —o cuando lleve consigo también las piezas a punto de incorporarlas a la estructura principal—, si es que se descubre tal actividad, podría endilgársle el injusto en examen.

La vida de relación pacífica propia de la seguridad pública no puede corresponder a conceptos ilimitados, pues, como ya se advirtió, involucraría sentimientos y no realidades (las personas se sienten inseguras por difamaciones o por amenazas verbales, ejempligracia, pero ello nada tiene que ver con la precariedad relacional que generan las armas de fuego). Por ello, la mediatización que se hace de los valores sociales fundamentales (vida,

salud personal, libertad, patrimonio, etc.), en aras de una consideración inmediata del bien jurídico institucional de la seguridad pública, no implica un vaciamiento del bien cuyo contenido solo puede verse en aquellos. En otras palabras, como con talento señala el profesor BUSTOS RAMÍREZ, la protección de los bienes jurídicos institucionales tiene una vinculación ideológica o final con los valores sociales fundamentales —bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema, los denomina el autor—, de tal modo que la tutela de los primeros no es en sí, sino en cuanto están dirigidos a los segundos. “Más aún —agrega el connotado jurista chileno—, una protección en sí de ellos (los institucionales) solo llevaría a una concepción cerrada del sistema, a la consecución de un sistema totalitario (o por lo menos abusivo). Su protección y determinación tienen pues un límite externo a ellos mismos, que implica que no pueden ir más allá del servicio a la protección de los bienes jurídicos que están en la base de existencia del sistema. Solo así se puede mantener un sistema social abierto, que es lo propio de un Estado de derecho democrático” (“Manual de derecho penal”, parte especial, pág. 7).

Si la selección normativa para efectos penales se hizo en relación con las armas de fuego —no en relación con las cortopunzantes, por ejemplo—, es porque aquellas afectan la seguridad pública de una manera singular, afección que solo puede verse generalmente en su mayor capacidad dañina y en su más elevada potencia destructora de los bienes jurídicos básicos. De ahí la exigencia fundamental de que, de cara a la forma comportamental que realiza el tipo legal —“portar” o llevar consigo—, el injusto solo puede configurarse si el arma tiene aptitud para el tiro, pues si carece de ella no puede generar peligro como arma de fuego sino como apariencia de la misma. Esta apariencia no puede funcionar en el delito contra la seguridad pública, pues es tanto como sancionar el ánimo sin repercusión en el bien jurídico tutelado (derecho penal de ánimo); aunque ciertamente, por ejemplo, una maniobra depredadora con un

arma de fuego inservible o tipo imitación si puede llegar a estructurar la violencia moral o intimidación como componente típico del injusto de hurto calificado (C. P., arts. 349 y 350-1), pues, al fin y al cabo, la intimidación es un fenómeno prioritariamente de efecto sobre la víctima —no tanto en la causa y su autor— y estrictamente subjetivo en relación con la misma, siendo lo más destacado la afectación real de su libertad de actuar, así se logre por medios engañosos.

De esta manera sustenta el despacho la desvertebración del injusto, por ausencia de antijuridicidad material, en los casos de manipulación de armas de fuego fuera de servicio como tales, sin que la solución dependa de la transitoriedad o permanencia del desperfecto, de la facilidad o de la dificultad en la recuperación de la aptitud del instrumento, aspectos estos tan contingentes que no resisten el rigor del análisis dogmático orientado a la aplicación segura, racional y justa del derecho. El juzgado sostiene que en tales casos no se da objetivamente el peligro concreto para el bien jurídico protegido, o, lo que es igual, la probabilidad de la lesión concreta está alejada. Quien ahora provee prefiere hablar de “probabilidad” y no de “posibilidad” de lesión al bien jurídico, pues conceptualmente todo es posible, solo que con la mera posibilidad no se halla especulativamente ni lógicamente ninguna limitación y nos invade entonces la indeterminación. Finalmente, seguridad y tranquilidad públicas, sin dirección a los bienes jurídicos de primer orden, es una mera entelequia o una determinada visión ideologizada, política o moral de la sociedad.

No ha lugar al injusto como delito ni como contravención especial (el art. 21 del decreto

522/71 fue subrogado por el art. 1º del decreto 3664/86). Como solo se configura una infracción administrativa, por violación de la prohibición plasmada en los arts. 5 y 12 del Estatuto de Control y Comercio de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios (decreto 1663 de 1979), se procederá al decomiso del revólver aludido en este proceso y se ordenará la remisión del mismo al Comandante General de las Fuerzas Militares (arts. 48 y 49, *idem*).

Se impone entonces, de acuerdo con las reflexiones precedentes, la absolución del procesado G. H.

Por lo expuesto, el Juzgado Quince Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

Falla

Abusuélvase al procesado A. G. H., de notas civiles y condiciones personales plasmadas en la introducción de este proveído, a quien la relación de acusación lo vinculó por la hipótesis de porte no autorizado de arma de fuego de defensa personal, según las previsiones del art. 1º del decreto 3664 de 1986, convertido hoy en legislación permanente por el art. 1º del decreto 2266 de 1991.

Se ordena el decomiso del revólver “Lechuzza”, calibre 32 corto e identificado con el número 85765, que se remitirá al comando general de las fuerzas militares. Para su cumplimiento, ofíciase al comando del departamento de policía metropolitana.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

COMENTARIO

Varios son los tópicos de importancia que se hace preciso resaltar en la providencia que hoy comento. El orden en que se presentan los distintos puntos en la exposición no obedece a ningún criterio de selección valorativa.

1. Es innegable que la ola de violencia que ha sufrido el país en los últimos años, ha puesto en boga legislativa la adecuación típica de conductas relacionadas con las armas de fuego. Esta respuesta institucional no ha logrado aminorarla, supuesto que la ley no es el mecanismo más idóneo de solución de dicha problemática, más sí, ha permitido la expansión incontrolada de la ley penal sustantiva, generando la creación de normas caracterizadas por la violación de los principios de determinación (*nullum crimen sine lege certa*); del acto; de culpabilidad¹; sumado ello a que en materia procesal asistimos al derrumbe de la estructura mínima que garantice los derechos del implicado en un proceso penal.

Ante la avalancha legislativa nuestra judicatura ha permanecido aparentemente ajena a la grave situación que estas normas generan en relación con el individuo, convirtiéndose así en meros administradores de leyes, mas no en verdaderos aplicadores de justicia². Pues, de un lado, la Corte Suprema de Justicia se ha movido entre los extremos de la declaratoria de exequibilidad de los más inconstitucionales estatutos de estado de sitio, hasta el tener que empezar a aminorar la carga de la constitucionalidad declarada, recogiendo "a retazos" las normas que violentan la Constitución Nacional; y, de otro lado, pero en la misma perspectiva, se encuentran los jueces, quienes con todo el respeto que merecen, han lesionado gravemente la libertad individual, mediante providencias que recogen en forma inconsulta, tesis de responsabilidad objetiva por el mero porte de armas, sin ahondar en la finalidad; coautoría en el porte de las mismas; eternas discusiones acerca de si el "trabuco", constituye o no un arma de defensa personal, etc.

Se reivindica la providencia y en especial la postura del juez, por la trascendencia que en materia de la aplicación de la ley penal, se le da a los *principios rectores* y la relación que establece entre estos, y una determinada concepción política del Estado. Esta concepción macro del planteamiento dogmático-jurídico-penal, es la línea que permite, en el marco de la aplicación de la ley, establecer parámetros fijos y límites de poder en las relaciones individuo-estado, que plantea el proceso penal: "En un estado socio-liberal y democrático de derecho, el principio del bien jurídico y su correlato de lesividad, son límites materiales al *ius puniendi*. De suerte que solo la conjugación del desvalor del acto y el desvalor de resultado (desvalor de injusto) puede connotar la antijuridicidad de un comportamiento determinado". (Extracto de la providencia).

Debe servir como ejemplo este punto de vista, en el campo de la administración de justicia, para sentar de una vez por todas la significación que tiene el hecho de que el legislador opte por consagrar unos principios que rigen la aplicación de la ley. Tal como se ha afirmado en múltiples ocasiones, el juez no puede optar

¹ Grupo de estudio de la facultad de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (FERNANDO VELÁSQUEZ V., redactor), "Consideraciones críticas en torno el estatuto para la defensa de la democracia", en Revista *NFP* núm. 40, págs. 211 y ss.

² ANDRÉS NANCLARES ARANGO, "La jaula de los jueces", *Lecturas Dominicales, El Tiempo*, junio 7 de 1992, págs. 3-4.

entre cumplir o no los mandatos que se consagran en los principios rectores, porque se encuentra inexcusablemente ligado a ellos, y actuar de manera diferente sería atentar contra la ley.

Valga mencionar, para abonar la posición asumida en la providencia, que "...los *principios jurídico-penales* son formulaciones conceptuales generalísimas y abstractas, no reductibles a otros conceptos del derecho penal, de los que deriva o en los que se funda todo conocimiento y toda norma jurídico-penal y de los que, en consecuencia, no puede separarse ninguna práctica (teórica o judicial) del derecho penal positivo"³.

Y, en particular en cuanto al principio de lesividad se refiere, el juicio siempre debe ser muy preciso, ya que como se destaca en la providencia, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que el legislador ha estimado protegido, mediante su consagración como conducta típica, lo *único* que permite que a través de un proceso penal el Estado se vincule con el individuo en la relación desigual que constituye el proceso penal.

2. Atendiendo a lo señalado por el profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ, en el sentido de que "El bien jurídico en cuanto síntesis concreta de una relación social determinada cumple una función garantizadora (indica qué y por qué se protege, y por ello mismo se castiga) y una función material, da contenido a lo injusto, esto es, a la tipicidad y a la antijuridicidad"⁴, resulta de validez incontrastable el preguntarse siempre cuál es el bien jurídico tutelado. Solo así, puede lograrse un resultado dogmáticamente estructurado y materialmente justo.

Ello constituye otro de los puntos sobresalientes de la providencia y en especial por tratarse de "los denominados delitos de peligro abstracto" o sea "...aquellos en los que se presume *iure et de iure* el peligro para el bien jurídico, pues en ellos basta con demostrar la realización del comportamiento típico". (Extracto de la providencia).

Las precisiones que sobre este tópico se logran son de trascendental importancia, toda vez que el ejecutivo en uso de las facultades que le confieren los estados de excepción, ha recurrido frecuentemente a la consagración de un sinnúmero de conductas como punibles, y todas ellas configuran en su realización delitos de peligro abstracto, v. gr., delito de omisión de informes sobre actividades terroristas, delito de concierto para delinquir, delito de porte de armas de fuego, etc.

Por ello, ha de rescatarse el siguiente aparte: "Débese demostrar que realmente hubo puesta en peligro de la seguridad común (desvalor de resultado), no mera afectación del sentimiento de seguridad, pues de otro modo, se estaría sancionando la sola desobediencia a la norma que obliga al ciudadano a proveerse de salvoconducto para poder llevar consigo armas de fuego". (Extracto de la providencia).

³ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 2ª ed., 1989, pág. 7.

⁴ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 57.

3. El otro aspecto que quiero resaltar, es la realización dogmática de la providencia. En efecto, proveyéndose el juez de todas las herramientas que un trabajo sistematizado de la estructura del delito brinda, logra superar los obstáculos que el legislador se ha obstinado en consagrar, y vela así por la aplicación justa de la ley penal.

Ello es lo que permite en el presente caso, superar la tesis de la señora agente del ministerio público, relativa a la temporalidad o significación del daño en el arma decomisada, para penetrar en un campo más seguro, dejando de lado toda incertidumbre, al recurrir a la determinación de los conceptos dogmáticos, elaborados como desvalor de acto y de resultado.

Cuando la dogmática ha dejado de ser mera "teleraña jurídica", para vertirla de contenido valorativo, es probable que el juez al apropiarse de ella, encuentre que tiene en sus manos los elementos necesarios para un, cabal desarrollo de su misión: Garante de libertad y de justicia. Este mérito debe nuevamente tenerse en cuenta en la providencia comentada.

La invitación que se formula desde este comentario tiende a que "sigamos el ejemplo", de continuar gallardamente la misión que otros ya han emprendido desde la judicatura y cada uno en su campo, comprenda que un trabajo serio como el que se comenta, constituye un eslabón de gran significación en la misión que en conjunto tenemos: Rescatar al hombre, siempre al hombre.