

Idoneidad del arma en el delito de porte de armas: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 28 de junio de 2017, rad. 45.495, SP.9379-2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar

Suitability of the weapon in the crime of bearing weapons: comment on the judgment of the Supreme Court of Justice, Criminal Cassation Chamber, of June 28, 2017, rad. 45,495, SP.9379-2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar

PABLO GUERRA HERNÁNDEZ¹
MARIANA TORO TABORDA²

El delito de porte de armas es, quizá, uno de los más controvertidos de la regulación penal vigente. Su consagración como delito de peligro abstracto, aunada a los problemas inherentes a su aplicación práctica, da lugar a debates que trascienden el ámbito de los casos concretos, e implican elevar la discusión a principios del derecho penal que no parecieran ser acordes con tipificaciones de este tipo.

En el caso particular de la sentencia que se procederá a reseñar, la discusión gira en torno a la idoneidad de las armas como requisito indispensable para estimar que la conducta resulta típica. Este punto en específico resulta especialmente relevante, habida cuenta que la idoneidad del arma determina la posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, pero no es necesaria a efectos de valerse de ella para la comisión de otros delitos.

1 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
Contacto: pguerra2@eafit.edu.co

2 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
Contacto: mtorota@eafit.edu.co

Como se desarrollará a lo largo del texto, el presente caso permite evidenciar algunas de las falencias más importantes a las que da lugar la consagración del delito de porte de armas, en especial, en lo que respecta a la lesividad de la conducta, y la idoneidad de la respuesta penal para proteger el bien jurídico.

1. Caso concreto y antecedentes procesales

Los hechos fueron relatados por la Corte Suprema de Justicia así: “De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, el 16 de septiembre de 2013, a las 11:20 a.m. aproximadamente, en la carrera 80 con calle 84 del municipio de Carepa (Antioquia), agentes de policía solicitaron una requisa a ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ, a quien le hallaron en su poder un arma de fuego de fabricación artesanal, tipo pistola, compatible con calibre 5.56 x45, un cartucho calibre 7.62 y dos cartuchos calibre 5.56. Los cartuchos, idóneos para ser disparados por dicha arma de fabricación hechiza, son compatibles con armas de fuego de largo alcance como fusiles o ametralladoras.

Por los referidos hechos, el señor ÁLVAREZ fue aprehendido en flagrancia. Al día siguiente, ante el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Chigorodó (Antioquia), luego de legalizarse la captura, la Fiscalía imputó a aquél, en calidad de autor, la posible comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos (art. 366 del C.P., modificado por el art. 20 de la Ley 1453 2011, en conexión con el art. 9º del Decreto 2535 de 1993), en la modalidad de porte. El imputado aceptó unilateralmente el cargo.

El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Antioquia. En audiencia del 31 de enero de 2014, el juez verificó la legalidad de la aceptación de cargos y, en consecuencia, en audiencia de individualización de pena y sentencia, llevada a cabo el 9 de junio subsiguiente, dictó el fallo correspondiente. Por estimar acreditada la responsabilidad penal, condenó a ALCIDES FRANCISCO ÁLVAREZ a las penas de prisión, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de 115 meses y 15 días.

Habiendo interpuesto el defensor el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia lo confirmó mediante sentencia del 26 de noviembre de 2014.

Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda. Mediante auto del 19 de octubre de 2016, la Sala admitió el libelo.

En sesión del 15 de mayo de 2017 se celebró la audiencia de sustentación del recurso de casación, donde participaron el defensor, el Fiscal 11 delegado ante la Corte Suprema de Justicia y la Procuradora 3ª delegada para la Casación Penal”.

2. Problema jurídico

En el caso en cuestión, corresponde a la Corte determinar, en primer lugar, si es jurídicamente admisible que el procesado impugne el fallo de primera instancia cuando el mismo ha sido el resultado de su aceptación de cargos y, en segundo lugar, si puede estimarse que una conducta es típica de porte ilegal de armas cuando para accionar el arma se requiere un implemento adicional con el que, efectivamente, cuenta el sujeto que la porta.

La defensa plantea que existen deficiencias estructurales y vulneración a las garantías fundamentales por dos razones: (i) se condena al procesado por el delito de porte de municiones, que no estaba incluido en la imputación inicial que el procesado aceptó y (ii) la conducta es, en concepto de la defensa, atípica, dada la inidoneidad del arma para atentar contra la vida y/o la integridad física.

Dicha inidoneidad radica, conforme a lo sostenido por el recurrente, en que la imputación fue soportada en el único de tres dictámenes periciales que concluyó que el arma era apta para disparar, pero no precisó qué clase de procedimiento se requería, y sugirió, además, remitir el caso a un experto en balística. De acuerdo con lo argumentado en el recurso, los otros dos dictámenes aportados en el proceso señalaron que el arma no era apta para disparar por carecer de martillo, y que, en consecuencia, se requería de un elemento extraño para realizar el disparo. Así pues, en concepto del defensor, no era posible avalar el allanamiento en un caso en el que la conducta resultaba atípica.

3. Consideraciones de la Corte

En respuesta a los argumentos de la defensa, la Corte comienza por hacer un recorrido por los principios que orientan en proceso penal y, en específico, la diversa sistemática que rige los procesos abreviados cuya terminación anticipada obedece al allanamiento a cargos del procesado. Así pues, se plantea que en aquellos casos en que el procesado decide aceptar la responsabilidad por el hecho en la audiencia de imputación, lo actuado hasta el momento es suficiente como acusación, como plantea el art. 293 del Código de Procedimiento Penal. Así pues, al juez sólo corresponde verificar que dicha aceptación se haya dado de manera libre, espontánea y voluntaria, y convocar a audiencia de individualización de pena

y sentencia. Dicho control implica, como parte de la garantía de presunción de inocencia, que quien se allana lo haga convencido, más allá de toda duda, de su responsabilidad. Ello implica entonces que exista una verificación probatoria *lato sensu* “que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia”, por lo que este debe tener acceso a las pruebas con las que cuenta la Fiscalía en su contra. No obstante, ello no significa que la defensa pueda controvertir de manera posterior las pruebas aportadas por el ente acusador, máxime porque una vez realizada la verificación de la aceptación de responsabilidad por parte del juez, la retractación sólo es factible en caso de que se haya presentado un vicio del consentimiento o que se hayan vulnerado las garantías fundamentales, y controvertir las pruebas implicaría, tácitamente, una retractación.

Ahora bien, caso diferente es, según lo que señala la Corte, que en función de la verificación del respeto a las garantías fundamentales se detecte una situación que, desde el punto de vista sustancial, hagan imposible la declaratoria de responsabilidad, como cuando la conducta resulta atípica o no hay antijuridicidad material. En tales casos dicha Corporación ha entendido que existe una vulneración a la garantía fundamental de legalidad, por lo que el restablecimiento de la prerrogativa sólo es posible a través de la emisión de un fallo absolutorio. El fundamento de tal conclusión es, de acuerdo con lo que se manifiesta en la providencia, que el allanamiento sólo implica la renuncia a la práctica y contradicción de las pruebas, pero no a garantías fundamentales.

Con base en lo anterior, se concluye que en el caso concreto no existe vicio del consentimiento ni vulneración de garantías fundamentales, pese a que es posible verificar algunos errores en el procedimiento probatorio, por cuanto se aportó el tercer dictamen de manera extemporánea. En consecuencia, no existe razón alguna para emitir sentencia de reemplazo.

Por otra parte, en lo que respecta a la idoneidad del arma, la Corte recuerda que conforme lo ha sostenido en ocasiones anteriores, el porte de armas sólo es punible en aquellos supuestos en que el arma es idónea para disparar, puesto que de lo contrario no se pone en peligro la seguridad pública; bien jurídico que, en su criterio, es el que ha de protegerse con la punición de tal conducta. No obstante, para el caso particular, se estima en la sentencia que el arma no se encontraba en absoluta imposibilidad de disparar puesto que la pieza faltante podría ser reemplazada con otro elemento que también fue encontrado en poder del procesado. Además, se plantea que dado que el arma incautada es apta para disparar municiones de armas de guerra, la misma no puede considerarse un arma de defensa personal, sino de uso

privativo de las fuerzas armadas, por lo que la conducta se adecua a lo preceptuado en el art. 366 del Código Penal. Adicionalmente, se reitera que el procesado aceptó los cargos con plena consciencia de la capacidad del artefacto para disparar, puesto que lo contrario sólo habría podido tener lugar en caso de que alguno de los dictámenes señalara que era absolutamente imposible disparar el arma.

Ahora bien, en lo que respecta a la incongruencia planteada por la defensa entre la imputación y la sentencia, la Corte tampoco estima que la misma pudiera dar lugar a la nulidad de todo lo actuado ni a la emisión de sentencia absolutoria. En su concepto, la solución a tal circunstancia puede limitarse a la exclusión de los enunciados atinentes al porte de municiones, puesto que, de acuerdo con lo sostenido en la jurisprudencia de dicha Corporación, no basta la ausencia de municiones para estimar que no existe antijuridicidad material cuando se porta un arma. Como consecuencia de dicho razonamiento, la providencia se limita a reducir el término de la pena accesoria de privación para la tenencia y porte de armas.

4. Salvamento parcial de voto

El magistrado Eugenio Fernández Carlier, pese a concordar con la decisión mayoritaria acerca de la responsabilidad penal del procesado, hace dos precisiones con respecto a las consideraciones de la Corte. En primer lugar, señala que no es cierto -como se plantea en la sentencia- que en el allanamiento se exija presentación de un escrito de acusación, sino que de acuerdo con el art. 293 del Código de Procedimiento Penal, la aceptación de cargos es equivalente a la acusación.

En segundo lugar, manifiesta que el debido proceso probatorio en los procesos abreviados se extiende hasta la verificación del allanamiento por parte del juez, y no hasta la presentación del escrito de acusación a la que se hace referencia erróneamente en la providencia.