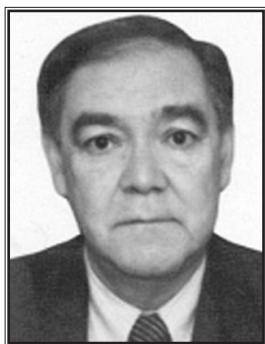


COSAS DE LA JUSTICIA



Jorge Enrique Valencia M.*
Académico de número

Resumen: Lo que debe ser: Un claro supuesto de legítima defensa e inexistencia jurídica del delito de porte ilegal de arma. Exposición crítica.

Palabras clave: Legítima defensa, porte ilegal de arma

MATTERS OF THE LAW

Abstract: That which ought to be: a clear approach to legitimate defense and the judicial non-existence of the crime of illegal carrying of weapons.

Key words: Legitimate defense, illegal carrying of arms

* Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado Jubilado de la H. Corte Suprema de Justicia. Expresidente de la Sala Penal de Casación.

Un caso penal para meditar. Hechos y antecedentes

1. Me he enterado por los medios de comunicación acerca de la situación jurídico-penal por la que atraviesa un profesional del derecho que hirió al ladrón que asaltaba su vivienda, pareciéndome a mí, que actuó en defensa de valiosos intereses jurídicos, como son, la vida y el patrimonio¹. Causas y circunstancias como estas se producen a todas horas del día en nuestra patria, situación que urge remediar ante la galopante y avasallante inseguridad que nos agobia.

2. Este escrito no tiene sustancia polémica y corre la suerte de los de su clase. Es la opinión de un Académico y un estudioso de la disciplina penal, cuyas proposiciones e ideas pueden o no compartirse, porque a otros parece no ser así, pero que enérgicamente extiende su reprobación y condena a acontecimientos de este jaez.

De las conductas

3. Al parecer son dos las acciones que se enrostran al Abogado y que al presente son objeto de pesquisa penal.

Primera conducta: Lesiones personales

Reconocimiento de una circunstancia objetiva de exclusión del delito

4. Con los elementos de convicción de que dispongo, leídos y escuchados —no conozco el proceso—, se colige que al percatarse el acusado la madrugada del acaecer de algunos ruidos en el interior de su residencia descendió al primer piso, encontrándose con un sujeto que iba a robar, como se estilaba decir, y sin ir a otra parte, en el Código Penal de 1936.

5. Desde las primeras líneas de estos pliegos se advierte que el letrado obró en amparo de su patrimonio y de su integridad física, bienes absolutamente defendibles para lo cual utilizó el medio defensivo a su alcance.

¹ Tanto en Alemania, como en España e Italia, se ha aceptado la legítima defensa del patrimonio si la repulsa se estima necesaria. Véase, con más notas y detalles, Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1961, t. IV, p. 147.

Al enfrentarse al delincuente reaccionó –por tratarse de un acto contrario a derecho–, con un arma de fuego para conjurar un peligro real e inminente que sobre él se cernía, amenaza por cierto imposible de eludir o soslayar. En condiciones tales, su conducta aparece subsumida dentro de la preceptiva del ordinal 6 del artículo 32 del C.p., que reza:

“Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas”.

6. Bien claro está que el propósito del jurista no fue otro que el de resguardar sus bienes y su integridad y jamás nunca le animó el designio de golpear o herir o de matar incluso al asaltante a no ser que ello hubiera sido obligante, reacción, por cierto, autorizada por el derecho de cumplirse, obvio es, los requisitos exigentes y sólidos de la defensa justa. Protuberantemente se advierte aquí, quién fue el agresor y quién el agredido, quién el protagonista de la conducta ilegal y quién se enfrentó al sujeto peligroso para contrarrestar el ataque ofensivo. La agresión y la necesidad, como se ha dicho por siempre, son los pilares fundamentales y básicos de la defensa legítima. Esto se plantea de forma lógica y verosímil.

7. Conocidos estos antecedentes fácticos y jurídicos, afirmo y sostengo la ninguna responsabilidad penal del ahora imputado por cobijarlo un proceder que no da lugar a ningún reproche social, o si se prefiere, se trata, sin reserva ninguna, de un tipo permisivo. Las causales de justificación enseña en la cátedra el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni son “**ejercicios de derechos**”. Es la decisión correcta.

Segunda conducta: Porte ilegal de armas

8. Entiendo que también se le achaca al letrado el cargo de tener en su poder un arma de fuego sin salvoconducto oficial vigente, arma con la cual, está visto, defendió legítimamente sus intereses jurídicos, todos ellos dignos de protección y tutela. Según trasluce de lo conocido, el revólver era de su padre, ya fallecido.

9. Supuesto lo escrito –y a buen seguro no hay por qué dudar de sus palabras–, se está ante una situación de hecho por completo distinta a la intelección y entendimiento que la dogmática penal concede con rigurosa exactitud a este injusto penal.

Primer Interrogante. En el momento de los hechos el acusado era poseedor del arma de fuego ¿?

10. Cuanto a la posesión, anoto:

11. En su conformación nuclear, el modelo de ilicitud exige –además de la ausencia del permiso oficial–, que el autor de la acción, posea o tenga el objeto, como suyo, posesión, que como lo saben los estudiosos del **ius civile** exige el **corpus** y el **animus**. La posesión implica –dando por satisfecha la intención de poseer–, la realización de actos que evidencien más que un mero contacto material o un uso momentáneo con el bien, el pleno ejercicio de las facultades inherentes a la posesión: “**ius utendi**” (*derecho a usar la cosa*), “**ius abutendi**” (*derecho a servirse o disponer del bien*) y “**ius fruendi**” (*derecho a recibir sus frutos*), como nos enseñaron en sus clases de Bienes y de Derecho Romano en el Externado de Colombia nuestros siempre recordados y magníficos profesores, doctores Simón Carrejo (Q. E. P. D.) y Mario Montoya Gómez, recientemente desaparecido. Lecciones que no pueden ser superadas.

12. Respecto al arma no creo que el acusado –en el supuesto penal que nos ocupa–, hubiera tenido todas las facultades y atributos que permiten consolidar una posesión material, y ser sujeto de la misma, para hacer todo lo que pueda y quiera hacer el “**dominus**”, con las limitaciones legales, por supuesto, ni tampoco la voluntad de poseerla como propia (“**animus rem sibi habendi**”). Y claro está, **que al momento de la acción apenas la tomó** –como lo haría cualquier cristiano indefenso–, **para proteger bienes y derechos jurídicamente relevantes**. Este **acto temporal**, presionado por las coyunturas angustiosas del acaecer no deviene en posesión y ni siquiera puede hablarse de una tenencia cualificada de la cosa de atender el prisma del derecho privado.

13. La ciencia jurídica de la posesión descansa en la autonomía de su principal elemento: un poder efectivo y real sobre el bien, resultando impo-

sible explicar –so capa de decir inexactitudes–, que el imputado tenía un poder de hecho sobre el arma, cuando sobrevino el ataque.

14. Entonces: algo va –y mucho–, entre poseer un objeto corporal, presencia que entraña una relación de hecho permanente y pacífica con el mismo objeto (**posesión verdadera**) y otra harto distinta **cogerlo en condiciones excepcionales y extraordinarias para un acto de defensa, como aquí pasó**. Si un arma se toma en estas precisas condiciones no es de recibo adoptar la idea de una posesión estable y continuada, con un poderoso elemento real de haber la cosa, como propia, materia relevante que no puede jurídicamente asimilarse a una aprehensión perecedera y transitoria sea que se acepte que la posesión es un “*hecho*”, como quería Windsched o un “*derecho*”, como preconizaba Ihering.

15. Insistimos, sin dificultad, que harto distinto es poseer un bien determinado ejerciendo un poder exclusivo con la pretensión de adquirir los derechos reales y otra por completo diferente **recogerlo, en ejercicio de un derecho, para defender en instantes críticos los intereses amenazados**. Problemática bien significativa en la reconstrucción del episodio.

16. Subrayemos que el arma no estaba en poder del Abogado –bajo su potestad (“**potestas**”) e imperio (“**imperium**”)–, ni tampoco cabe admitir que ostentaba una relación directa con la cosa mueble por poseerla con ánimo de señor y dueño. Para guardar consecuencia, lo estable y permanente de la posesión no puede confundirse con **lo episódico y casual de tomar inesperadamente el revólver para la defensa de los bienes** sin la intensidad del señorío que caracteriza la posesión. A no ser que echar mano brevemente del objeto constituya posesión, lo que está por verse.

17. Y como la posesión se adquiere por modo originario o derivado –como aleccionan los maestros–, tampoco sé a qué título de los enunciados se pueda atribuir este estado jurídico. Por donde se ve, que como todo marcha al revés entre nosotros no faltará quien diga en su conversación –de llegar las cavilaciones a estos extremos–, que al apoderarse el imputado de un arma ajena para repeler una agresión –actitud que aquí y en todas partes está legalmente aceptada–, tendría que ser investigado por un posible delito contra la “*propiedad*”, como decíamos los de mi generación en tiemposidos, con las memorias al lado.

18. El arma sigue siendo de su progenitor y mientras no se abra el juicio de sucesión algún heredero podría –según puede ocurrir en el espectáculo del mundo–, denunciarlo penalmente. Quisicosas que pueden alimentar la crónica del crimen y que me recuerdan las visiones de San Malaquías –notable, incógnito y muy misterioso Arzobispo católico–, las que con ser tan dramáticas y espeluznantes no alcanzan, vive Dios, las dimensiones que ahora se atisban.

19. En la complicada viva a la que nos enfrentamos no es lógico ni comprensible –y hablo en general no en particular para ningún proceso–, que ante una agresión ilegítima y el poder ofensivo del delincuente, indague la justicia penal –y son cosas de este lugar–, si el arma se encuentra en el patrimonio del atacado o de un tercero, si está o no cargada, si los proyectiles son o no verdaderos, si tiene o no permiso oficial, si es idónea o no para repeler el acometimiento y más vivísimas inquietudes de cargados acentos que yo no puedo explicar. Entre tanto, no se acostumbra uno a estos repasos.

20. No es posible forzar la realidad de los hechos y extraer inferencias artificiales que a nada conducen. No más presupuestos teóricos o triviales. Subleva este estado de cosas. Los encargados de administrar justicia deben ponerse siempre en el sitio del acaecer injusto –delante del hombre y sus circunstancias–, y no propiciar aventuras dialécticas innecesarias y forzadas que solo a injusticias y desaciertos conducen.

Segundo Interrogante: En el momento de los hechos el acusado era tenedor del arma de fuego ¿?

Cuanto a la **tenencia**, expongo:

21. El delito de tenencia de armas de fuego aparece descrito en el artículo 356A del C. p. y escasamente la doctrina penal y la praxis del foro se ocupan de la figura. La tenencia es también un vínculo de hecho que incide en el bien y por ello se asemeja con la posesión, pero se trata de fenómenos jurídicos diversos con la diferencia de que el poseedor se comporta como si fuera su propietario, produciendo consecuencias jurídicas, más estando ausente –es importante destacarlo–, todo designio malvado y criminal al paso que el tenedor tiene un contacto material con el arma y el ánimo de

utilizarla o disponer de ella, con intenciones delictivas capaces de poner en riesgo o en peligro la vida e integridad de las personas. Para conjurar este último argumento, interviene la justicia punitiva.

22. En lo penal, la tenencia no significa en el caso de la especie, propiedad ni posesión sino la detentación del objeto, un arma de fuego, y no para ejecutar buenas o altruistas acciones, cuanto para cometer fechorías y especies delictivas de toda laya y pelaje.²

23. Ahora bien: a lo que advierto, el Abogado no era poseedor ni tenedor del objeto. No lo primero, por las razones ya expuestas a las cuales remitimos. No lo segundo, porque en este delito de mera actividad no gozaba de manera exclusiva y excluyente del objeto material peligroso para utilizarlo, dicho está, en la comisión de delitos.

“cuando la tenencia supone —explicó la jurisprudencia española³—, por las circunstancias del hecho la actividad a la que se dedica (el autor), las condiciones de la tenencia, un potencial peligro, la conducta puede ser integrada a la tipicidad, sin perjuicio de que constatada la falta de intención de usar el arma, puede verse favorecido por el tipo atenuado del artículo 565 de cp”.

El dolo en el delito

24. El hecho punible exige la presencia del dolo, elemento subjetivo o inmaterial del delito. El dolo acompaña la acción del autor de portar o tener el bien en su poder con las proyecciones penales que se esperan. Obsérvese en este delito que para nada interesa que el arma tenga un guía legal o que el permiso haya caducado o que no esté registrada legalmente. No es esencial que esto ocurra, y en lo que aquí se trata, no parece que ello haya sucedido, y así, la conducta humana imputada no tiene visos de verdad legal.

25. Memoremos que este es un delito de **propia mano** que solo puede ser cometido por el tenedor del arma quien, como se intuye, la dedica y consagra en cualquier trance a violar la ley penal. No es el caso del Abogado, y

² “La tenencia debe superar el mero contacto pasajero o la fugaz ocupación propia de un servidor de la posesión”. Carlos Blanco Lozano, Tratado de Derecho Penal Español, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, t. II, p. 673.

³ Vid, TS, 20 de diciembre de 2001, 8 de noviembre de 1998, 28 de octubre de 1999, entre otras.

a mi ver, su personalidad y antecedentes, por lo que he oído, distas mucho de estas negras y espesas consideraciones.

Antijuridicidad

26. Imaginando cosas de inmenso fondo y asiento, demos de barato –valga la locución verbal–, que el acusado es el doloso tenedor del arma y que la conservaba ilícitamente para ejecutar acciones prohibidas o perpetrar actos delictivos varios, que en esto radica, a lo menos, la naturaleza y disposición del acto punible. Sin embargo, en nuestro caso, y al encontrar el acusado al intruso en su hogar y enfrentarse a una situación de peligro, **tomó fugazmente el arma, que no era suya, para contrarrestar la amenaza de peligro y de inminencia contra los bienes protegidos**. Puede afirmarse que esta conducta se justifica y que la reacción es legítima al ejercitar un acto de defensa ¿? Definitivamente sí, por cuanto su propósito fue el de defenderse del carácter dañoso o peligroso de la conducta agresiva, en suma, de un ataque criminal. De lo contrario, la defensa sería una ficción. No hay, pues, objeto de reproche por la conducta inferida.

27. En este paso, coincidimos con lo escrito por el maestro español Francisco Muñoz Conde⁴:

“El interés político o social no puede excluir la vigencia de los principios generales de las causas de justificación. Si el sujeto utiliza el arma de fuego para defenderse de una agresión ilegítima o evitar un mal grave para sí o para otra persona cabe apreciar la legítima defensa o el estado de necesidad, siempre que se den los requisitos de estas causas de justificación. Cabe, sin embargo, que al ser el delito de tenencia de armas un delito permanente, se pueda castigar por este delito aunque la utilización del arma en el caso concreto pueda estar justificada (el que tiene ilegalmente un arma de fuego la utiliza un día para defenderse hiriendo o matando a alguien en legítima defensa)”.

⁴ Vid, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 856. Duodécima edición completamente revisada y puesta al día.

28. En una interesante monografía sobre el tema elaborada por el joven penalista chileno Ronny Lara Camus⁵ se alude a la no exclusión de los principios generales en tratándose de las causas de justificación. Se expide así:

“Por ejemplo, si el autor utiliza un arma de fuego para defenderse de una agresión ilegítima o evitar un mal grave para sí o para otra persona, cabe apreciar la legítima defensa o el estado de necesidad, siempre que se cumplan los requisitos de estas causas de justificación, tanto en sus elementos objetivos y subjetivos como cognitivos y como volitivos- esto es, conocimiento de los elementos objetivos de la causal de justificación y ánimo de obrar conforme a la causal como por ejemplo, ánimo de defensa en la legítima defensa, para desvirtuar el disvalor de acción”.

Criterios que por su origen y autoridad compartimos.

29. En compendio:

- a. Parécenos que en autos debe predicarse el principio de legítima defensa por haber actuado el Abogado en defensa de sus derechos: la conservación de la vida y de sus haberes materiales. La norma permisiva –que elimina la antijuricidad de la conducta típica–, protege un interés en peligro dando por ciertos los demás requisitos de la eximente. Esta conclusión es una verdad de a puño;
- b. Dígase que el acusado no es dueño, poseedor ni tenedor del arma de fuego con la cual –como sujeto activo de la defensa–, la manejó a la manera de un medio salvador de protección para resguardar sus intereses y derechos. Repasemos, ante todo, que carecía al momento del acontecimiento de estos títulos y entonces las facultades jurídicas que pertenecen al dominio, la posesión o la tenencia en abstracto no podía ejercitarlas en concreto simplemente por no ser propietario, poseedor o tenedor del arma, conceptos que nos vienen del derecho romano.
- c. Estamos en que si no se prueba el “**animus detinendi**” y previamente el “**animus rem sibi habendi**” no puede presumirse su existencia por resultar contraria al principio de inocencia. Con todo y lo mediocre que fui como estudiante asimilo rápidamente estas ideas.

⁵ Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Chile, Santiago, 2007, p. 128.

- d. También se descarta que el acusado en ejercicio pleno de los atributos que atañen a las instituciones civiles hubiera empleado el arma de fuego con anterioridad al suceso que originó la actuación penal, dirigiendo la voluntad a realizar, con criterio selectivo o no, hechos violatorios del sistema penal. Nunca la utilizó y no la utilizó porque no tiene, ya se dijo, las facultades relativas al ejercicio de los precitados derechos. No hubo **un antes** que es usual y corriente en la comisión de este delito que atenta –en el universo de las realidades penales–, contra la seguridad de las personas y la colectividad social.
- e. Consignados estos adelantamientos, expresemos de plano que el inculpinado no **ocupó** el instrumento letal con fines ilícitos o designios criminales –como ocurre, en todo caso, con la tenencia ilegal de armas–, sino con el propósito de preservar sus bienes jurídicos. El hecho **transitorio de agarrar el arma ajena en defensa de sus derechos** no convierte a la persona en poseedor o en tenedor del bien. El simple “*uso*” no es posesión ni tenencia. La posesión es un “*puro hecho*”, que hace “*visible la propiedad*”, como enseñaba en sus Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano D. Fernando Vélez y la tenencia una “*ocupación precaria*”, si mal no recuerdo las viejas enseñanzas que derramaron doctrina.

Algunos caracteres del delito

30. Tuvo razón Juan Córdoba Roda⁶ al escribir que

“la tenencia no puede en absoluto ser equiparada al simple contacto material con el arma faltando una inmediatez física con la cosa”.

31. La tenencia aplicada al campo penal viabiliza –con la voluntad libre del autor–, y como bien lo enseña la jurisprudencia española, un afán “**agresor y letal**” (STS de 1998), requiriendo un “**plus de peligrosidad**” (STT de 22- 1 - 2.001) con la precisión además de “**una cierta significación subjetiva**” (SST de 3-4 1.995) para cometer, se da por descontado, conductas criminales. No es esta la situación del acusado que, se insiste, con innegable e incuestionable ánimo defensivo, protegió sus pertenencias

⁶ Cfr., Comentarios al Código Penal, Editorial Ariel, Barcelona, 1978, tomo III, p. 254.

ante la conducta humana agresiva. Es esto, lo que el derecho quiere con la justificabilidad de la acción. Por sí solas, verdades inconcusas que no se acoplan al caso en estudio.

32. No basta que haya tipicidad o antijuricidad para que el comportamiento humano sea punible. Se requiere también la presencia del tipo subjetivo, o sea, el dolo característico de la infracción que abarca la realización del modelo objetivo en los aspectos del conocimiento de los elementos del tipo (*teoría cognoscitiva*) y la voluntad por ir al delito (*teoría conativa*)

“Es necesario el dolo —apunta Muñoz Conde⁷, al que debe ir unido el ánimo de poseer el arma para sí, no para otro”.

33. Acá, el dolo no se columbra por parte ninguna. No existe o al menos yo no lo advierto. Entonces, liso y llano concluir, que si no se evidencia la intención de ejecutar el delito de tenencia ilegal de armas, tanto más ante la realidad de **detentar el objeto con un ánimo defensivo mientras sucedía el ataque injusto**, el delito desaparece.

34. Para mí —a no ser que las probanzas digan otra cosa—, es imposible jurídicamente que la conducta pueda reprocharse al hombre de leyes. La acción que se carga a su haber no tiene asidero penal por cuanto en instante alguno poseyó el arma en el sentido de las ideas de la posesión natural y civil ni tampoco puede predicarse la tenencia del objeto con un enfoque penal (*los conceptos civiles no son válidos para el Derecho Penal y en tal caso, su autonomía es incontestable. Hace rato que el pancivilismo está superado*). Y si bien es veraz y cierto que materialmente la aprovechó, también lo es, que **la tomó de manera circunstancial e interina para salvaguardar sus derechos a la vida y a su propiedad**. Su accionar no corrió por los atajos del delito al no disponer **ad nutum**, en ningún tracto, pero en ningún tiempo, del objeto material peligroso. No puedo menos que razonar de este modo.

35. Ignoro si estos, mis planteos, calzan, **stricto sensu**, con las verdades y evidencias de los folios sumariales. ¡No sabré yo decirlo!. Sin embargo, de resultar atendibles o verdaderos los datos que he conocido extraoficialmente

⁷ Derecho Penal, Parte Especial, **opus cit.**, p. 856.

me arriesgo a predicar la no adecuación del hecho con el título penal que se le atribuye.

36. Ninguna acusación fiscal ni tampoco decisión judicial alguna pueden ir en contra de las verdades probatorias consignadas en el proceso penal. Todavía hay en Colombia fiscales, jueces y magistrados (*no “operadores judiciales”, como se dice ahora en términos importados y malsonantes y lo demás que resta, que aquí, soltando la voz libremente, todo se copia para posar de cultos e ilustrados*) que correctamente aplican el derecho y dan la razón a quienes proceden en defensa de los valores jurídicos injustamente lesionados. El mal que se causa tiene respuesta en el Derecho. No todo está perdido.

Por final

37. El Derecho no puede ceder a lo injusto, enseñaron los autores alemanes. En pos de este dogma incancelable los ciudadanos de bien merecen el amparo de los Jueces y Tribunales cuando actúan -no obstante los ambientes difíciles que les corresponde vivir en eventos específicos, con respeto y observancia a las reglas de convivencia social que solo así se restablece -en la augusta y suprema función de aplicar justicia-, la paz y el orden jurídico.