



**Configuración del delito de tenencia ilegal de
armas de fuego**

Sumilla. El arma inoperativa no es idónea para disparar, y a los efectos de la punición del tipo penal de tenencia ilegal de arma de fuego (por ser un delito de peligro abstracto), es necesario que esté en condiciones de ser utilizada; si no funciona, desaparece toda posibilidad de peligro y la conducta es atípica.

Lima, diecinueve de mayo de dos mil catorce.

VISTOS: el recurso de nulidad –en vía de queja excepcional– formulado por don **Manuel Michael Asseng Calderón** (folio quinientos setenta y dos), con los recaudos adjuntos. Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de vista de dieciocho de julio de dos mil doce (folio quinientos sesenta y cinco), emitida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de diecinueve de marzo de dos mil doce (folio quinientos dos), que condenó al recurrente Asseng Calderón como autor de los delitos contra la seguridad pública, en la modalidad de tenencia ilegal de arma de fuego y contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de microcomercialización de drogas, en agravio del Estado, y le impuso nueve años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa, con lo demás que contiene.

2. SÍNTESIS DE LOS AGRAVIOS

El procesado Asseng Calderón cuestiona la sentencia condenatoria y alega que:

2.1. El Tribunal Superior efectuó una incorrecta apreciación de los hechos y una defectuosa valoración de las pruebas, infringiendo, esencialmente, la garantía a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales.

2.2. El acta de registro personal y comiso de droga y arma de fuego, no fue realizada con participación del representante del Ministerio Público, tampoco fue suscrita por el recurrente porque no aceptó que le sembraran dos tipos de droga y un arma de fuego; entonces, se vulneró lo dispuesto en el artículo sesenta y dos, del Código de Procedimientos Penales, por ende, carece de valor probatorio.

2.3. Pese a que existen discrepancias en las declaraciones de los policías que intervinieron al procesado, en cuanto a la droga y arma supuestamente decomisadas, se concluye que los delitos instruidos se encuentran acreditados, basándose únicamente en el acta de registro personal que, como se ha señalado, carece de valor probatorio.

2.4. No existe sindicación alguna contra el encausado que se dedique a traficar con drogas, ni se halló dentro de sus pertenencias otros elementos que hagan suponer se dedique a esa actividad, por lo que no existen elementos de convicción que lo incriminen.

2.5. No existe medio probatorio suficiente que fundamente una sentencia condenatoria contra el recurrente.

3. SINOPSIS FÁCTICA

El diecisiete de abril de dos mil once, aproximadamente a las once horas, en la jurisdicción del distrito de Chorrillos, provincia de Lima, efectivos policiales de patrulla motorizada observaron un vehículo mototaxi con unas personas en el interior en actitud sospechosa, quienes al advertir la presencia policial, descendieron –entre ellos el procesado Asseng Calderón– y se dieron a la fuga. Efectuada la persecución, los miembros del orden lograron capturar al referido, a la altura de la avenida Defensores del Morro con el cruce de la avenida México. Se les halló en poder de ochenta y cuatro gramos de marihuana y cuatro gramos de pasta básica de cocaína, así como un arma tipo pistola corta de color negro, con las iniciales “N” y “F”, labradas en la parte de la empuñadura, con el número de serie limado, y su respectiva cacerina cargada para cartuchos w-w auto-32 calibre 7 mm 6.6.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA PENAL

Mediante Dictamen N.° 102-2014 (folio ocho, del cuadernillo formado en esta instancia), la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia impugnada;

precisando que los términos de la resolución que declara fundado el recurso de queja excepcional, limitan el ámbito de intervención del presente pronunciamiento. En ese sentido, la queja fue amparada al apreciarse una virtual infracción al principio de legalidad penal, por no haberse valorado en su verdadera dimensión el Dictamen de Balística Forense, que concluye que el arma corresponde a una "[...] pistola semiautomática, marca FN calibre 7,65 mm (32 auto), [...] presenta características de haber sido utilizada para disparar, se encuentra en regular estado de conservación e inoperativa (percutor no original roto)". Este desperfecto hace inoperativa el arma de fuego, neutralizando todo peligro por su posesión, de modo que la tenencia de la pistola no constituye delito por atipicidad. Sin embargo, la imputación fáctica no se limitó únicamente a la posesión del arma de fuego en cuestión, sino que comprende también la de las municiones, que como tal constituye un supuesto del tipo penal. Ahora bien, la modificación favorable en la determinación de la conducta ilícita aquí determinada no puede significar en el presente caso la modificación de la pena, pues –aún restando el desvalor por la posesión del arma de fuego inoperativa, que ningún delito configuró–, los hechos concretos por posesión de municiones y posesión de drogas concursan realmente y, por ende, la sanción se determina por la sumatoria de las penas independientes a cada delito –conforme lo establece el artículo cincuenta, del Código Penal–, advirtiéndose que la pena mínima para cada uno de los delitos en concurso suman nueve años de privación de libertad, que resulta la misma dimensión de sanción que impuso el Tribunal Superior en la sentencia impugnada; de modo que al no existir ninguna circunstancia especial que justifique una disminución por debajo del mínimo legal, corresponde mantener el *quantum* de la pena impuesta.

CONSIDERANDO

PRIMERO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

En consideración a la imputación penal, los hechos materia del presente proceso ocurrieron en abril de dos mil once; y en atención a las penas conminadas para los delitos materia de acusación fiscal y a lo previsto en los artículos doscientos setenta y nueve, y doscientos

noventa y ocho, del Código Penal, a la fecha la acción penal se encuentra vigente.

SEGUNDO: SUSTENTO NORMATIVO

2.1. El artículo doscientos setenta y nueve, del Código Penal, sanciona con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, al que ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, o sustancias o materiales destinados para su preparación.

2.2. El artículo doscientos noventa y ocho, del Código Penal –modificado por el Decreto Legislativo N.º 982–, sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa, cuando la cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comerciada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados, o dos gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina (MDA), Metilendioximetanfetamina (MDMA), Metanfetamina o sustancias análogas.

2.3. El artículo cincuenta del Código Penal establece que hay concurso real de delitos cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, entonces se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, que no puede exceder de treinta y cinco años. Y si alguno de estos delitos se encontrara reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente esta.

2.4. El artículo II, del Título Preliminar, del citado Código Penal, señala el principio de legalidad, el cual establece que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

2.5. El numeral veinticuatro, literal d), del artículo dos, de la Constitución Política del Perú, consagra el fundamento sustancial del principio de legalidad.

2.6. El sustento esencial de tal principio se encuentra en diversos instrumentos supranacionales; así, el inciso dos, del artículo once, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; inciso uno, del artículo quince, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo nueve de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.7. El artículo sesenta y dos, del Código de Procedimientos Penales, prevé el valor probatorio de la investigación policial.

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

Respecto a la configuración del delito de tenencia ilegal de arma de fuego

3.1. La presente causa viene a conocimiento de este Supremo Tribunal al haberse declarado fundado el recurso de queja excepcional mediante Resolución Suprema de veintiséis de abril de dos mil trece (folio seiscientos treinta y cuatro), promovido por la defensa técnica del encausado; incidencia que fue amparada al apreciarse una presunta infracción al principio de legalidad penal, por no haberse valorado en su verdadera dimensión el Dictamen de Balística Forense N.º 7099-7106/11, de cuyas conclusiones se desprende que el arma incautada al procesado no se hallaba operativa. Lo que merece un pronunciamiento de oficio por parte de esta Sala Suprema.

3.2. El tipo penal de tenencia ilegal de armas de fuego se encuentra previsto y sancionado dentro de los delitos contra la seguridad pública, específicamente tipificado como delito de peligro común; es una institución de peligro abstracto que no requiere para su consumación resultado material alguno, dado que se entiende que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente, pese a la severa prohibición de la norma.

3.3. Es, además, un delito de peligro abstracto, en la medida en que crea un riesgo para un número indeterminado de personas, en tanto el arma sea idónea para disparar.

3.4. En los delitos de peligro abstracto es el legislador quien, en el marco del principio de legalidad, determina *ex ante* si una conducta es peligrosa, y con ello prevé la producción del daño a un bien, basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación de hecho objetiva, y de acuerdo con criterios y normas de experiencia.

3.5. El Dictamen de Balística Forense N.º 7099-7106/11 (folio ciento ochenta y ocho), señala que aplicado el reactivo químico a la muestra examinada, con el fin de detectar la presencia de restos de productos nitrados compatible con pólvora combusta, dio resultado positivo para el tubo cañón y recámara. Asimismo, concluye que el arma incautada “[...] es una pistola semiautomática, marca FN, calibre 7,65 mm [...]; presenta características de haber sido utilizada para disparar, se encuentra en regular estado de conservación e inoperativa (percutor no original roto)”.

3.6. De la citada pericia balística surge expresamente que con el arma incautada se produjeron disparos, es así que el percutor no original estaba roto, es decir la pieza original fue cambiada justamente por el uso que se le dio; aunado a que dio resultado positivo la presencia de restos de productos nitrados compatibles con pólvora combusta. Sin embargo, no se precisó en qué fecha aproximada se realizaron los disparos; no pudiendo determinarse si en tal época (cuando el arma estuvo operativa), tuvo la posesión el encausado.

3.7. El arma incautada en las condiciones descritas, no es idónea para disparar, y a efecto de la punición de este tipo penal previsto en el código sustantivo, por ser un delito de peligro abstracto que es sancionado por implicar potencialmente una amenaza de lesión al bien jurídico protegido (la seguridad pública), es necesario que el arma de fuego esté en condiciones de ser utilizada, ya que si no funciona, o no es apta para ser usada como tal, desaparece la posibilidad de peligro y la conducta deviene en atípica. Por lo tanto, el tribunal de grado no aplicó correctamente el tipo penal en trato¹.

3.8. Por otro lado, en el ya citado Dictamen de Balística Forense N.º 7099-7106/11, se concluyó, en otro extremo, que: “La muestra 02, son siete (07) cartuchos para pistola, calibre 7,65 mm (32 AUTO), marca Winchester; se encuentran en normal funcionamiento”; y el sentenciado no cuenta con licencia para portar armas ni permiso para poseer municiones de arma de fuego; lo que acredita que el delito de tenencia ilegal de municiones de arma de fuego se configuró.

¹ El ponente estima que el arma fue operativa y, en tal ocasión, la posesión ilegal se configuró, pero no hay elemento sólido para suponer que cuando la obtuvo el procesado era óptima para disparar y que la reparó para hacerla funcional, y ciertamente podría ser eventualmente reparada, pero tal hipotética situación, futura e incierta, no puede dar lugar a una responsabilidad de esta especial naturaleza penal en este momento.

En relación a los agravios por los delitos de tenencia ilegal de municiones de arma de fuego y tráfico ilícito de drogas

3.9. En el acta de Registro Personal y Comiso de Droga y Arma de Fuego (folio diecinueve), se consigna que el recurrente se negó a firmar; asimismo, no intervino el representante del Ministerio Público.

3.10. Sin embargo, la presencia del representante fiscal no constituye una regla de legitimación y eficacia jurídica del registro, cuando se trata de una intervención urgente que debe llevarse a cabo inmediatamente, para evitar precisamente la pérdida de la evidencia o para garantizar el aseguramiento de la persona intervenida; retirar (de haberlos) aquellos efectos peligrosos no visibles que pudiera portar el presunto agente; siendo que la presencia de la fiscalía resultará necesaria, en tanto sea razonable esperar su concurrencia.

3.11. No obstante, la negativa del procesado respecto a su intervención en los hechos imputados, se tienen las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales, don Carlos Alberto Huarcaya Rea (folio doscientos ochenta y seis) y don Edén Pastor Ramírez López (folio doscientos ochenta y nueve), que se ratifican en el contenido del acta de folio diecinueve, precisando que al procesado se le encontró en el brazo derecho una bolsa con la droga comisada, y un arma de fuego y municiones a la altura de la cintura; imputaciones que se hallan debidamente acreditadas con el Dictamen Pericial de Química Droga N.º 3463/11 (folio ciento ochenta y siete) y el citado Dictamen de Balística Forense N.º 7099-7106/11; unida a la inmediata intervención policial, evidencian la realidad de la denuncia. Por lo que el acta de registro personal cuestionado tiene el valor de prueba documental y como tal es apreciada con arreglo a la sana crítica racional, por lo demás, no existen motivos fundados para estimar que los cargos contra el encausado son gratuitos.

3.12. No se advierte la existencia de discrepancias trascendentes en las declaraciones de los policías que intervinieron al recurrente; por el contrario, los referidos testigos Huarcaya Rea y Ramírez López fueron quienes advirtieron la actitud sospechosa del procesado y que luego se dio a la fuga; ello también fue observado por los efectivos policiales don Julio Alejandro Guzmán Suárez (folio ciento setenta y seis) y doña Gabriela Jasmini Farfán Oré (folio doscientos noventa y dos), quienes apoyaron en la captura del procesado, siendo Guzmán Suárez quien logró detenerlo inicialmente, para luego dejarlo en manos de los

policías Huarcaya Rea y Ramírez López que lo perseguían. Tales testimonios han sido avalados con el acta y dictámenes periciales ya referidos.

Respecto al *quantum* de la pena impuesta

3.13. No hay factores atenuantes para modificar la pena impuesta, tal como se ha expuesto se han cometido los dos delitos imputados; tenencia ilegal de municiones de arma de fuego y microcomercialización de droga; por lo tanto, la sanción se determina por la sumatoria de las penas independientes a cada delito, conforme con lo precisado en el acápite 2.3., del sustento normativo de la presente Ejecutoria Suprema, y advirtiéndose que la pena mínima para cada uno de los delitos es de seis años para el de tenencia ilegal de municiones, y tres años para el de microcomercialización de drogas, en concurso suman nueve años de privación de libertad, que resulta la misma sanción que impuso el Colegiado Superior en la sentencia impugnada, corresponde mantener la pena impuesta.

3.14. En relación a la determinación de la pena de multa, existen fundamentos divergentes; de un lado, los de la mayoría del Colegiado y del otro, los del ponente, al estimar los primeros que al no haberse impugnado dicho extremo, este debe permanecer incólume.

DECISIÓN

Por ello, de conformidad con lo opinado por la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDAMOS** declarar:

I. Por unanimidad, **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista del dieciocho de julio de dos mil doce (folio quinientos sesenta y cinco), emitida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de diecinueve de marzo de dos mil doce (folio quinientos dos), en el extremo que condenó a don **Manuel Michael Asseng Calderón** como autor de los delitos contra la seguridad pública, en la modalidad de tenencia ilegal de municiones de arma de fuego, y contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas, en la



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2840-2013
LIMA



modalidad de microcomercialización de drogas, en agravio del Estado, y le impuso nueve años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.

II. Por mayoría, **NO HABER NULIDAD** en la citada sentencia, en el extremo que se impuso al encausado, ciento ochenta días multa. Hágase saber y devuélvase.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

JS/cge

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yuriantéva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

LA SECRETARÍA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS, EN CUANTO A COMPURGAR LA PENA DE MULTA, ES COMO SIGUE:

Lima, diecinueve de mayo de dos mil catorce.

DE LA PENA DE MULTA

PRIMERO. En el análisis interpretativo del sentido del artículo cuarenta y siete, del Código Penal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos:

- i) El primer párrafo, del citado dispositivo legal, no hace sino demostrar que la privación de la libertad, decidida intraproceso penal, al decretarse mandato de detención, reviste importancia gravitante para la ejecución y descuento del *quantum* de la pena privativa de libertad, que se fijará en el estadio resolutivo del proceso penal; de tal forma que incide en el *quantum* de la pena impuesta, a razón de un día de prisión preventiva por un día de cumplimiento de sentencia.
- ii) Por mandato del segundo párrafo, del referido artículo, la pena privativa de libertad también surtirá efectos compensatorios y, en su caso, cancelatorios, sobre la pena de multa, conforme con lo estipulado en dicha norma: "Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas, por cada día de detención".
- iii) Más allá del reconocimiento legal de los efectos reduccionistas de la privación de libertad (en realidad compensatorios), como consecuencia de la implementación del mandato de detención, en relación a que la pena de prisión sea efectiva o suspendida en una sentencia; a partir del principio de legalidad, se concluye que el tiempo de detención sufrido por el procesado, debe surtir efectos cancelatorios en la pena de multa; y que todos los jueces deben observar dichos efectos al momento de imponer la pena de multa y, en su caso, descontar o, de corresponder, darla por cumplida (compurgada).

SEGUNDO. En consecuencia, en el presente caso, el encausado honró con su libertad provisionalmente afectada (hasta antes de la emisión de la sentencia) la dimensión temporal y pecuniaria de la multa (pagó con su libertad), conforme con el cuadro ilustrativo siguiente:

CÓMPUTO DE PENA DE MULTA, AL AMPARO DEL SEGUNDO PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 47, DEL CÓDIGO PENAL						
ENCAUSADO	FECHA DE DETENCIÓN	SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	DÍAS DE DETENCIÓN (un día antes de la fecha de la emisión de la citada sentencia)	IMPOSICIÓN CONCRETA PENA DE MULTA	APLICACIÓN DEL SEGUNDO PÁRR. ART. 47 C. P. (1 X 2)	ESTADO DE CUMPLIMIENTO
MANUEL MICHAEL ASSENG CALDERÓN	17 DE ABRIL DE 2011	19 DE MARZO DE 2012	332 DÍAS DE DETENCIÓN	180 DÍAS MULTA	(332 X 2 = 664, dúplica de días de detención). Dimensión mayor a 180 días multa.	CUMPLIÓ EL PAGO DE LOS 180 DÍAS MULTA

TERCERO. Aunque no se hubiera impugnado la dimensión de la pena de multa impuesta, por ser más favorable al sentenciado, de acuerdo con el inciso dos, del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, debe compurgarse.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, **MI VOTO** es porque se declare compurgada la pena de ciento ochenta días multa, impuesta al procesado don Manuel Michael Asseng Calderón, en las condiciones indicadas en la impugnada; y se devuelva.

S. S.

SALAS ARENAS

JS/cge




 DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
 SECRETARIA (e)
 Sala Penal Transitoria
 CORTE SUPREMA