

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1522-2017/LA LIBERTAD
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito de tenencia ilegal de armas de fuego

Sumilla. 1. El tipo delictivo del artículo 279-G, primer párrafo, del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1244, es de carácter mixto alternativo –gramaticalmente estos tipos penales se caracterizan por la presencia de la conjunción “o”, que expresa diferentes modificaciones del tipo, todas ellas de igual valor y enumeradas en forma casuística, las que carecen de propia independencia y, por ello, son permutables entre sí, debiendo ser determinadas en el proceso alternativamente. Comprende varias conductas delictivas y varios objetos materiales. 2. La tenencia en un sentido amplio puede realizarse tanto cuando se lleva el arma fuera del propio domicilio (que es lo que se conoce como “porte”), como cuando se posee dentro del mismo (“tenencia” en sentido estricto). 3. El “usar” el arma de fuego consiste en la capacidad o posibilidad de ejecutar, manipular o utilizar el arma de fuego disparando, que es por cierto una conducta más intensa y de mayor proyección. 4. Adicionalmente, no solo se requiere la situación posesoria mínima del arma (“*corpus rem attingere*”) –es suficiente la simple detentación, sin que sea necesaria la propiedad–, además es exigible la facultad o posibilidad de disposición o de ser utilizada cualquiera que sea la duración del tiempo que permita su utilización (“*animus detinendi*”). Se excluye los supuestos llamados de tenencia fugaz como serían los de mera detentación o examen, reparación del arma o de simple transmisión a terceros.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cuatro de abril de dos mil diecinueve

VISTOS; el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR y el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE LA LIBERTAD contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta y seis, de once de julio de dos mil diecisiete, en cuanto revocando la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y seis, de catorce de febrero de dos mil diecisiete, absolvió a José Alberto Laiza Villanueva de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de fabricación, comercialización, uso o porte de armas (artículo 279-G, primer párrafo, del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1244, de veintinueve de octubre de dos mil dieciséis) en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la Tercera Fiscalía Provincial Corporativa de Trujillo, culminada la investigación preparatoria, a fojas siete formuló acusación contra José Alberto Laiza Villanueva por la comisión del delito de uso, porte o tenencia de armas de fuego y municiones en agravio del Estado.

∞ Los hechos atribuidos son los siguientes: el día veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis, como a las veintitrés horas con treinta minutos, el personal policial perteneciente a la comisaría Nicolás Alcázar del distrito de El Porvenir, provincia de Trujillo, departamento de La Libertad, en circunstancias que se encontraba de servicio de patrullaje por la localidad escucharon disparos con arma de fuego, que se estarían realizando frente al grifo “Petro América”, ubicado en la intersección de las calles Cahuide y Manuel Ubalde del referido distrito de El Porvenir. En tal virtud, el suboficial de segunda PNP Yiro Zaet Lozada Hidalgo y el suboficial de tercera PNP Carlos Enrique Ángeles Milla se constituyeron al grifo en mención. Allí entrevistaron a varias personas, quienes sindicaron a una persona de sexo masculino, vestida de color rojo, como el autor de los disparos. Es del caso que al llegar a la intersección de las avenidas Cahuide y Progreso, próximas a los arcos del Porvenir, advirtieron la presencia del imputado Laiza Villanueva, quien sacó un arma de su cintura y disparó a media altura en dirección a los policías. Ante la actitud de los efectivos policiales, el encausado dijo “perdí”, de modo que fue capturado por los efectivos policiales.

∞ La pistola que portaba el encausado Laiza Villanueva, y que se le incautó, tenía una cacerina abastecida con tres municiones. La pistola es marca Baikal, rusa, calibre nueve milímetros, corto, con cacerina para doce cartuchos; además, la pistola está operativa y en regular estado de conservación. Asimismo, los tres cartuchos, marca CBC, están operativos y buen estado de conservación [Informe Pericial de Balística Forense número doce cincuenta y nueve guion dieciséis].

∞ El análisis de muestras correspondiente al acusado Laiza Villanueva dio resultado positivo para Plomo y Bario, y negativo para antimonio; con una probabilidad del setenta por ciento de correspondencia con restos de disparos de arma de fuego [Informe Pericial de Restos de Disparo de Arma de Fuego once sesenta y tres oblicua dos mil dieciséis].

∞ Los efectivos policiales incautaron el arma de poder del imputado Laiza Villanueva [acta de registro personal e incautación de fojas veinticuatro.

SEGUNDO. Que, por estos hechos, el encausado Laiza Villanueva fue condenado en primera instancia por sentencia de fojas sesenta y seis, a once años de pena privativa de libertad efectiva e inhabilitación en el supuesto de incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, así como al pago de mil soles por concepto de reparación civil.

TERCERO. Que, en segunda instancia, el referido imputado fue absuelto. El sustento del fallo fue el siguiente:

- A.** En el nuevo tipo penal de posesión ilegal de armas, regulado en el artículo 279-G del Código Penal, se utilizan verbos rectores que son sinónimos como “usa, porta o tiene en su poder”, lo que genera una situación de indeterminación.
- B.** No está claro si en lo que respecta al verbo rector “uso”, al ser un delito de peligro, que no exige resultado, la posesión del arma es o no permanente. La Fiscalía imputa al acusado tener el arma todo el tiempo, pero éste señaló que la tuvo circunstancialmente al quitársela a delincuentes que quisieron asaltarlo y que, luego, sin usarla, la tiró al suelo.
- C.** La Fiscalía y el Juzgado Penal no determinaron qué verbo rector (“usa”, “porta” o “tiene en su poder”) es el que se aplicó en este caso, y no obra prueba alguna que el encausado disparó.

CUARTO. Que la Fiscalía Superior de La Libertad interpuso el correspondiente recurso de casación –de fojas ciento setenta, de veinticuatro de julio de dos mil diecisiete–. Mencionó el acceso excepcional al recurso de casación y citó, al efecto, el artículo 427, numeral 4 del Código Procesal Penal. Invocó como causal de casación: vulneración de precepto material e infracción de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 3 y 4, del Código Procesal Penal). Al respecto, argumentó que la sentencia de vista vulneró el principio de imputación necesaria, pese a que la Fiscalía utilizó el verbo rector “usar”; que cuando existen defectos en la acusación se debe devolver la misma al Fiscal para su subsanación y no desestimar los cargos; que el Tribunal se subrogó a la potestad acusatoria del Ministerio Público, y solo analizó el verbo “usar”, sin mencionar las expresiones “portar” o “tener en su poder”, también utilizadas en el tipo legal; que, por ello, la motivación fue insuficiente.

Desde el acceso excepcional a la casación insistió en que se fije el alcance de los verbos rectores del tipo legal del artículo 279-G del Código Penal: “usar”, “portar” o “tener en su poder”.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal Supremo, por Ejecutoria de fojas cincuenta y seis, de tres de agosto de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede, declaró bien concedido el citado recurso, reconduciéndolo, a las causales de inobservancia de precepto constitucional –tutela jurisdiccional– e infracción de precepto material (artículo 429, numeral 1 y 3, del Código Procesal Penal). Se estimó, de un lado, que la acusación fiscal no sería precisa en la identificación del específico supuesto típico, de modo que a partir de este entendimiento y de estimar que, en todo caso, no medió prueba suficiente, se dictó sentencia absolutoria; y, de otro lado, que el tipo penal reestructurado a partir del Decreto Legislativo 1244, de veintinueve de octubre de dos mil dieciséis, es de carácter alternativo al comprender, entre otros, los supuestos de comisión delictiva: usar, portar o tener en su poder armas de fuego de cualquier tipo, que requieren una precisión jurisprudencial.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintisiete de marzo del presente año, ésta se realizó con la concurrencia del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, parte recurrente, y de la abogada defensora del encausado Laiza Villanueva, parte recurrida, conforme al acta precedente.

∞ En la misma fecha, la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal presentó su requerimiento escrito y solicitó se declare fundado el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Superior de Lambayeque.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan y darle lectura en la audiencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que es de precisar que la acusación fiscal de fojas siete, de veintisiete de noviembre de dos mil dieciséis, invocó como fundamento jurídico penal el artículo 279-G del Código Penal y especificó tres supuestos típicos: uso, porte o tener en su poder armas de fuego y municiones. El Juzgado Penal Unipersonal precisó que el supuesto típico del delito en cuestión es el porte y el uso de armas de fuego. El Tribunal Superior cuestionó el *factum* asumido por el Juzgado Penal Unipersonal –asumió la versión del imputado sobre una defensa necesaria en cuya virtud pudo quitar la pistola a unos asaltantes–. Afirmó que este Juzgado no precisó el verbo

rector del tipo delictivo materia de condena, así como aseveró que el tipo penal adolece de indeterminación.

SEGUNDO. Que el tipo delictivo del artículo 279-G, primer párrafo, del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1244, de veintinueve de octubre de dos mil dieciséis, es de carácter mixto alternativo –gramaticalmente estos tipos penales se caracterizan por la presencia de la conjunción “o”, que expresa diferentes modificaciones del tipo, todas ellas de igual valor y enumeradas en forma casuística, las que carecen de propia independencia y, por ello, son permutables entre sí, debiendo ser determinadas en el proceso alternativamente [JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO: *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Editorial Colex, Madrid, 1987, p. 73]–. Comprende (i) varias conductas delictivas: fabricar, ensamblar, modificar, almacenar, suministrar, comercializar, traficar, usar, portar o tener en su poder (sin estar autorizado, que es un elemento jurídico extrapenal); así como (ii) varios objetos materiales: armas de fuego, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación. Por ello se le considera un delito de amplio espectro.

∞ Además, el bien jurídico vulnerado es la seguridad pública o comunitaria, para la que supone un grave riesgo y peligro que instrumentos aptos para herir o matar se hallen en manos de particulares, sin la fiscalización y el control que implica la expedición estatal de la oportuna licencia (Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 84/2010, de dieciocho de febrero).

∞ Es un delito de mera actividad, de carácter formal, de peligro abstracto y permanente. Genera un riesgo para un número indeterminado de personas. No se exige un resultado concreto alguno ni producción de daño, ni siquiera es un delito de resultado de peligro. Crea una situación antijurídica –permanente en cuanto a su consumación– que se inicia desde que el sujeto tiene consigo el objeto material en su poder, y se mantiene hasta que se desprende de él (SSTSE 960/2007, de veintinueve de noviembre; 201/206, de uno de marzo; y, 467/2015 de veinte de julio).

TERCERO. Que se ha destacado como relevante en el sub-lite tres conductas delictivas: “usar”, “portar” o “tener en su poder”. La tenencia en un sentido amplio puede realizarse tanto cuando se lleva el arma fuera del propio domicilio (que es lo que se conoce como “porte”), como cuando se posee dentro del mismo (“tenencia” en sentido estricto). En un caso como en otro, se trata de un delito de acción o de comisión activa, pues su esencia consiste en el acto positivo de tener o portar el arma y no en la omisión del acto tener la licencia oportuna cuando se posee el arma de fuego [MUÑOZ CONDE,



FRANCISCO: *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Decimotercera edición, Valencia, 2001, p. 855].

∞ El “usar” el arma de fuego consiste en la capacidad o posibilidad de ejecutar, manipular o utilizar el arma de fuego disparando, que es por cierto una conducta más intensa y de mayor proyección.

∞ Adicionalmente, no solo se requiere la situación posesoria mínima del arma (“*corpus rem attingere*”) –es suficiente la simple detentación, sin que sea necesaria la propiedad–, es exigible conjuntamente la facultad o posibilidad de disposición del arma o de ser empleada cualquiera que sea la duración del tiempo que permita su utilización (“*animus detinendi*”) [JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO: *Obra citada*, pp. 79-80]. Se excluye los supuestos llamados de “tenencia fugaz”, como serían los de mera detentación o examen, reparación del arma o de simple transmisión a terceros (STSE 492/2017, de 29 de junio).

CUARTO. Que, en el presente caso, el Tribunal Superior descartó el uso del arma de fuego decomisada. Pero, la causa de pedir de la Fiscalía fue más amplia: comprendió el porte o tenencia. La nota característica del tipo delictivo analizado, como es patente, no permite ninguna indeterminación –no puede confundirse la vulneración del principio de taxatividad con el carácter alternativo del tipo penal–. El delito en examen es, como ya se anotó, un tipo mixto alternativo que incorpora varias modalidades comisivas.

∞ Desde las definiciones de las distintas modalidades típicas, excluida el uso de la pistola, es igualmente manifiesto que se está ante un porte de una pistola –el arma la poseía en la vía pública– sin la autorización administrativa correspondiente. Las partes, incluso, así lo determinaron en este último supuesto mediante una convención probatoria.

QUINTO. Que, en consecuencia, la interpretación de los alcances y notas características del tipo delictivo juzgado por el Tribunal Superior es, a todas luces, incorrecta.

∞ Asimismo, el citado órgano jurisdiccional incurrió en una vulneración de la garantía genérica de tutela jurisdiccional, en el ámbito del derecho a una resolución fundada en derecho. La motivación fue incompleta e, incluso, insuficiente, tanto por no razonar respecto de los supuestos de tenencia y porte de armas de fuego, cuanto por no introducir las pertinentes inferencias probatorias confirmatorias de su conclusión.

SEXTO. Que, de otro lado, las inferencias efectivamente introducidas no tienen consistencia lógica para dilucidar el caso. Han dado lugar a una absolución irrazonable, obviando incluso los datos de la realidad. El contexto

del hecho juzgado evidencia una relación de detentación del arma de fuego y una disponibilidad de la misma.

∞ El razonamiento o premisa normativa acerca de la versión del imputado y su alcance probatorio, así como del examen de los hechos constitutivos y de los hechos excluyentes –de su relación interna y de la probanza correspondiente–, es incorrecto desde la perspectiva de las exigencias de la valoración de la prueba. La irracionalidad de la argumentación es notoria y no se condice, además, con las exigencias de las reglas de la garantía de la presunción de inocencia y tutela jurisdiccional.

SÉPTIMO. Que, en suma, se incurrió en las causales de casación contempladas en el artículo 429, numerales 1 y 3, del Código Procesal Penal. Se interpretó incorrectamente el artículo 279-G, primer párrafo, del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1244, de veintinueve de octubre de dos mil dieciséis, así como se inobservó el artículo 139, inciso 3 (tutela jurisdiccional), de la Constitución.

∞ La sentencia casatoria debe ser únicamente rescindente –no cabe que también sea rescisoria porque se requiere de una nueva audiencia o debate para la dilucidación del caso: artículo 431, numeral 1, del Código Procesal Penal–. Corresponderá a otro Colegiado Superior, bajo los criterios ya sentados, responder correcta e íntegramente los agravios impugnativos del imputado.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR y el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE LA LIBERTAD contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta y seis, de once de julio de dos mil diecisiete, en cuanto revocando la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y seis, de catorce de febrero de dos mil diecisiete, absolvió a José Alberto Laiza Villanueva de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de fabricación, comercialización, uso o porte de armas (artículo 279-G, primer párrafo, del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1244, de veintinueve de octubre de dos mil dieciséis) en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la referida sentencia de vista de fojas ciento treinta y seis, de once de julio de dos mil diecisiete. **II.** Reponiendo la causa al estado que le corresponde: **DISPUSIERON** que otro Colegiado Superior emita una nueva sentencia de vista, teniendo presente las indicaciones contenidas en la presente sentencia casatoria. **III.** **MANDARON** se remitan las actuaciones al órgano judicial que



corresponda y se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema. Intervino el señor juez supremo Jorge Castañeda Espinoza por vacaciones de la señora jueza suprema Zavina Magdalena Luisa Chávez Mella.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

CSM/abp