

UNIVERSIDAD PRIVADA SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



Tenencia ilegal de armas de fuego en la Legislación Peruana

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

AUTOR:

Gálvez Flores, Brillit

ASESOR:

Robles Prieto, Luis Enrique.

SULLANA-PERU

2017

AGRADECIMIENTO

Le agradezco a Dios por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, a mi madre por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y por brindarme una vida llena de aprendizajes experiencias y sobre todo felicidad.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

En cumplimiento de las disposiciones del reglamento de grados y títulos de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada San Pedro-Sede Sullana, y con el fin de obtener el Título profesional en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Me es honorable dirigirme a ustedes para presentarles mi trabajo monográfico relacionado a la Tenencia Ilegal De Armas De Fuego En La Legislación Peruana, siendo necesario recurrir la normatividad vigente como la legislación que en el transcurso de los tiempos regulado la lucha contra esta problemática, siendo ello así se ha dado un breve vistazo a los países vecinos que sufren esta misma situación.

De antemano agradezco la atención que se me ha brindado, sin otro particular me despido no sin antes, expresarle mis sentimientos de consideración y estima personal.

Sullana, julio de 2017

Brillit, GALVEZ FLORES.

Palabras claves

Tema:	Tenencia, armas de fuego
Especialidad:	Derecho y Ciencias Políticas.

Keywords

Theme:	holding, firearms
Specialty:	Law and Political Science

INDICE GENERAL

RESUMEN	01
ABSTRACT	02
CAPITULO I	
ANTECEDENTES	03-04
CAPÍTULO II	
MARCO TEORICO	
LEGISLACION NACIONAL	05-30
CAPÍTULO III	
JURISPRUDENCIA O PROCEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES.	31-33
CAPÍTULO IV	
DERECHO COMPARADO	34-37
CONCLUSIONES	38
RECOMENDACIONES	39
RESUMEN	40
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	41
ANEXOS	42-49

RESUMEN

El Artículo 279° del Código Penal establece que *"El 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años"*. Descripción genérica propia de las denominadas "leyes penales en blanco" que nos obliga a buscar en la norma extrapenal el complemento indispensable a fin de precisar el ámbito prohibitivo del tipo penal.

En este caso particular, la expresión "**ilegítima**" es entendida por la legislación y la jurisprudencia como "**ilegal**" de allí que resulte común la denominación tenencia ilegal o posesión ilegal, como en efecto ocurre en la generalidad de resoluciones judiciales emitidas sobre la materia y específicamente en la legislación especial.

Así la DIRECTIVA QUE ESTABLECE NORMAS COMPLEMENTARIAS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 28397 y, que fuera aprobada por Resolución Ministerial N° 1683-2005-IN-1701, estableció como norma general que por **posesión ilegal de armas de fuego** debía entenderse a la posesión de aquellas armas y municiones que *"no se encontraban registradas en las FF. AA. PNP y DICSCAMEC y que por tanto no cuentan con licencia correspondiente"*, mientras que por **posesión irregular de armas de fuego** debía entenderse *"la posesión de armas y municiones registradas por las FF. AA. PNP y DICSCAMEC con licencias vencidas"*.

ABSTRACT

Article 279 of the Criminal Code establishes that "He who, illegitimately, fabricates, stores, supplies or has in his possession bombs, weapons, ammunition or explosive, inflammable, asphyxiating or toxic materials or substances or materials destined for their preparation, will be repressed with deprivation of liberty not less than six nor more than fifteen years ". Generic description of the so-called "blank criminal laws" that obliges us to look in the extra-penal norm for the indispensable complement in order to specify the prohibitive scope of the criminal type.

In this particular case, the expression "illegitimate" is understood by legislation and jurisprudence as "illegal", hence the common denomination of illegal possession or illegal possession, as in fact occurs in the generality of judicial decisions issued on the matter and specifically in the special legislation.

Thus, the DIRECTIVE THAT ESTABLISHES COMPLEMENTARY RULES FOR THE APPLICATION OF LAW N ° 28397 and, which was approved by Ministerial Resolution No. 1683-2005-IN-1701, established as a general rule that for illegal possession of firearms should be understood the possession of those weapons and ammunition that "were not registered in the FF. AA. PNP and DICSCAMEC and that therefore do not have a corresponding license ", while for irregular possession of firearms it should be understood" the possession of weapons and ammunition registered by the FF AA, PNP and DICSCAMEC with expired licenses ".

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

Que, siendo así el **TIPO PENAL** sería el uso de un arma de fuego sin estar debidamente autorizado:

Que, en atención a lo expuesto el Tratadista **DÍAZ DE LEÓN** señala, que se entiende por tipo penal a la descripción abstracta que hace el legislador, en la ley penal, de los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito, y el propio autor señala, que para Hans Welzel el concepto de tipo penal es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal.

Que, la Doctrina sostiene que dentro de la teoría, existen los aspectos positivos y negativos del delito, que son a saber: a) conducta y su ausencia; b) Tipicidad y atipicidad; c) antijuridicidad y causas de justificación; d) culpabilidad e inculpabilidad; y algunos tratadistas incluyen la punibilidad y las excusas absolutorias, aunque otros sostienen que la pena no es parte del delito, sino solamente los aspectos enumerados en los incisos anteriores.

En resumen por tipo penal se entiende, como la suma de todos los elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos del delito, lo que en la doctrina se conoce como la figura abstracta y conceptual de todos los caracteres y elementos del delito. (Godenzi, 2007).

Si la tipicidad es un elemento positivo del delito, la atipicidad entonces se traduce en un elemento negativo, y es fácil concluir que se da cuando un hecho atribuido a un sujeto no puede ser objeto de sanción por no encajar dentro de una descripción penal.

En la enciclopedia Wikipedia se dice que concurre la atipicidad, porque la ley describe en los preceptos legales la conducta que por sus causas de origen sea antijurídica y sancionable, singulariza un supuesto por medio de elementos que deben de constituir un delito; el cual al no cumplir con lo establecido por la ley (tipo), automáticamente constituye una conducta atípica y por ende la esencia del mismo (tipicidad) no encuadra en el delito en estudio y sin estos dos elementos el mismo no existe, aunado a que en las conductas del sujeto activo y el pasivo la tipicidad está ausente en virtud de que dichas conductas no se ajustan a los descritos por la ley, por lo que se está a aplicar las causas de exclusión del delito.

Lo anterior implica, el operador de la norma tiene comprobado un hecho, aprecia la conducta a partir de la hipótesis abstracta que la ley señala y concluye que uno de los elementos y todos no concurren en el caso concreto, entonces, necesariamente debe absolver, pues la atipicidad como tal se encuentra considerada en nuestra legislación como una causa de exclusión del delito.

Es ahí donde se hace efectiva la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, porque si el juzgador concluye que no se reúnen los supuestos que se establece en el tipo, entonces, se encuentra obligado a absolver, al tener prohibición de sancionar por analogía o mayoría de razón.

CAPÍTULO II

LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1. Definición

Se debe de partir éste análisis, señalando que el injusto que nos ocupa, se encuentra dentro de la sistemática del Código Penal peruano, dentro de los delitos Contra La Seguridad Pública, siendo un ilícito que se configura cuando el sujeto activo o agente se encuentra en posesión de "... *tener en poder ... armas...*", lo cual de un lado exige un dominio o posesión permanente **de más de un arma**, y no solo un arma como comúnmente se cree o es interpretado por los órganos jurisdiccionales , especialmente por los juzgados penales a nivel nacional, el mismo con el presente ensayo se dilucida y/o esclarece para la mejorar la administración de justicia; en este tipo basta supuestamente el hecho de la posesión para que de por sí, constituya delito, esto es, no hace falta que se haya producido un resultado ni mucho menos que exista una lesión a un bien jurídico. Los mismos deberán ser analizados. Además corresponde entender qué comprende lo atinente al concepto de **Seguridad Pública** y a **delito de peligro abstracto**, para que a partir de allí, podamos analizar *in extenso* el tipo penal. (Hinostroza, 2008)

2. *Elementos para la definición de la concreción del peligro*

El objetivo del presente ensayo es el de arrojar algo de luz sobre tan trascendente criterio legislativo, ya que ciertos actos que normalmente debieran considerarse

preparatorios, en nuestra legislación han sido previstos y sancionados como delitos independientes.

Es un hecho la creciente importancia que los delitos de peligro han alcanzado en el ordenamiento jurídico-penal. Su incorporación al Código Penal responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios técnicos actualmente necesarios para la vida social pueden ocasionar, indebidamente utilizados, riesgos intolerables. Tal aumento de los tipos de peligro ha llevado a considerar que esta realidad "se ha convertido casi en el hijo predilecto del legislador"¹.

Este auge en la legislación no siempre fue acompañado por adecuados estudios doctrinales². Durante las discusiones de la Gran Comisión en el "X Congreso Internacional de Derecho Penal" -Roma en 1969-, surgieron grandes divergencias sobre la cuestión por la repercusión que tiene el tema en la interpretación jurisprudencial, marcando una clara incertidumbre sobre la materia. Incertidumbre que, como pone de relieve DELITALA en el "Raport General"³, afecta una multiplicidad de cuestiones: al concepto mismo de peligro, los distintos aspectos que reviste el peligro según los diferentes tipos de delito, la justificación teórica y criminológica de los delitos de peligro, etc.

Dado que la ley no ofrece una definición de peligro, es necesario establecer una noción válida a los efectos de una mejor comprensión de este artículo. Será preciso identificar el concepto de peligro desde un punto de vista antijurídico y luego analizar si es posible aplicarlo a los llamados delitos de peligro.

Así las características esenciales a tener en cuenta cuando se habla de peligro son:

- a). La posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado.
- b). El carácter dañoso o lesivo de dicho resultado.

Como indica V. ROHLAND "si falta una de esas dos notas, falta también el peligro". No hablaremos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es

imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses o no los afecta. "El peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción"⁴.

Así es posible admitir una situación o una conducta peligrosa sin que en ella nuestros intereses se vean en absoluto involucrados y respecto a la segunda característica admite, sin discusión, que el resultado a que puede conducir el peligro ha de ser un resultado dañoso.

Los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar suficientemente los límites de la norma de cuidado. En caso contrario - cuando no sea posible determinar tales límites- el legislador ha optado por tipificar la producción imprudente de efectos no deseados. (Borda, 2008)

1.1 DELITOS DE PELIGRO Y EL DOLO

En términos generales se dice que el delito doloso se ha consumado cuando concurren todos los elementos del tipo objetivo en la realización de un hecho, como así que los extremos menores y mayores de las penas, previstas en la Parte Especial de nuestro Código Penal para cada delito, presuponen tal consumación. Pero esto no significa que la punibilidad no pueda extenderse a hechos dolosos no consumados aunque comenzados a ejecutar, pues así lo ha contemplado la Parte General de ese mismo texto legal, al establecer en su artículo 42 cuándo existe la tentativa.

Como se puede apreciar, esta fórmula deja fuera del ámbito de la tentativa los actos preparatorios previos a la ejecución del hecho. Tampoco significa que aquellos puedan resultar impunes puesto que por excepción, en la Parte Especial han sido tipificados algunos actos, que normalmente serían preparatorios, como delitos independientes.

Es así que podemos encontrar una serie de descripciones penales que pretenden castigar el ilícito en un área muy anterior a la efectiva lesión de un bien jurídico tutelado. La doctrina alemana lo ha denominado "Criminalización de un estadio anterior" o en las avanzadas (im Vorfeld) de la lesión de un bien jurídico⁵. Este tipo de técnica legislativa tiene su origen en la década del '70 y significó un abierto abandono de las raíces liberales del derecho penal. La criminalización en fases muy anteriores a la lesión de un bien jurídico surge a partir del interés del legislador por aprehender momentos de la conducta criminal que preparan aunque de manera muy poco precisa y unívoca, la realización de otra u otras conductas criminales. El interés del análisis se traslada entonces a un ámbito de la tutela del bien jurídico donde por las reglas del derecho penal liberal no habría de llegarse, por cuanto allí donde se quiere incidir ahora no hay una efectiva protección de bienes jurídicos, y no la puede haber ya que el objeto protegido no sufre, en forma directa, siquiera el peligro de ser lesionado.

Las herramientas utilizadas para trasladar la tutela tradicional de bienes jurídicos a estos ámbitos "preparatorios" de una conducta criminal son muy variadas, la más común es acudir a la construcción de tipos penales que castigan el planeamiento exteriorizado por la sola posesión de objetos conocidamente utilizados para la realización de un cierto tipo de delitos, o incluso la manifestación de voluntad para realizar hechos criminales por la vía de una asociación ilícita, la que se comprueba con la decisión de dos o más personas que se reúnen para cometerlos pero sin realizar todavía ninguna acción lesiva de bienes jurídicos. Si el derecho penal debe garantizar la tutela de bienes jurídicos entonces debe asegurar igualmente un mínimo ético y esto no es posible si se pretende, por un lado, construir un derecho penal que desee castigar actitudes por la posesión de objetos o intención de delinquir aun fuera del ámbito del control estatal. (Aguilar, 2007)

1.2 RELACIÓN ENTRE DOLO DE LESIÓN Y DOLO DE PELIGRO

Dolo de lesión y dolo de peligro no son conceptos idénticos, mientras que el dolo de lesionar implica necesariamente dolo de poner en peligro, puede existir dolo puro de peligro sin dolo eventual de lesionar.

La diferencia entre ambos conceptos radica en el "elemento volitivo" no entendido por la doctrina en forma mayoritaria como consentimiento, sino como "tomarse en serio" o "conformarse" / "confiar en". Al respecto existen modernas teorías que renuncian ese elemento de voluntad, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor.

Resulta necesario establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto (grado de peligro, dominabilidad o posibilidad de control del riesgo, protección), límites que sean especialmente estrictos en el dolo de peligro e imperativo el real conocimiento y toma de posición del autor ante el peligro, que el sujeto sea consciente de que su acción pone en concreto peligro un bien jurídico, sin poder confiar ya en la evitación del peligro mismo, pero que no se conforme con el eventual resultado lesivo sino que confíe fundamentalmente en poder controlar el peligro y evitar la lesión. Este criterio diferenciador es el mismo utilizado para delimitar el dolo eventual y la imprudencia consciente, por lo que se impondrá igualmente en el caso, el análisis de la relación de ambos conceptos.

"Dolo es el conocimiento de la acción y sus consecuencias"⁷

Con esta definición se sitúa JAKOBS entre los modernos defensores de la reducción de este concepto al elemento intelectual prescindiendo por completo del elemento volitivo. Sin embargo, pese a esa contundencia inicial, tal afirmación es matizada al abordar la cuestión del dolo eventual y su diferenciación con la imprudencia consciente, pues, si bien tan sólo exige para el dolo eventual el conocimiento de que la realización del tipo no sea improbable como consecuencia de la acción, ha matizado previamente que las condiciones del acto de conocimiento no son sólo de tipo intelectual, esta teoría intelectual no debe entenderse como que el dolo es una situación psíquica dependiente sólo del intelecto. No

basta la pura representación de la posibilidad del resultado, sino que es exigible un juicio válido para el autor en el momento de la acción. "Quién no se ha decidido entre la representación del peligro y la esperanza de que la acción no tenga consecuencias no ha juzgado aún el resultado como no improbable". El solo "pensar en ello" sin calidad de juicio puede llamarse imprudencia consciente, pero si el autor tiene el conocimiento "válido para él" de que el resultado puede producirse, desde ese momento puede actuar inmediatamente el motivo de evitación y, por tanto, actúa dolosamente.

En cuanto al dolo de peligro, (Jakobs, 2000) afirma que se da en cuanto el autor consuma el juicio de peligro exigido por el delito de peligro concreto, existiendo al mismo tiempo dolo de lesión, si el peligro es de una densidad / proximidad relevante en la decisión. "Un dolo de peligro sin dolo de lesión sólo es posible si el autor conoce el juicio de peligro objetivo, sin que para él sea razonable, o cuando el peligro no es de una densidad / proximidad relevante en la decisión".

1.3 DELITOS DE PELIGRO CONCRETO Y DE PELIGRO ABSTRACTO

Es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. En los primeros el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico, el peligro concreto es el resultado típico⁸. En los de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción "típicamente peligrosa" o peligrosa "en abstracto", en su peligrosidad típica, sin exigir como en el caso concreto que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido⁹. El criterio clave es, pues, la perspectiva ex ante (peligrosidad de la acción) o ex post (resultado de peligro) adoptada para evaluarlos. La doctrina española expone como ejemplo de los primeros al delito de conducción temeraria cuyo tipo exige; junto a la conducción con "temeridad manifiesta"; que se pusiere en concreto peligro la vida o integridad de las personas. Patrón de delito de peligro abstracto sería la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, conducta generalmente muy peligrosa, pero sin exigir una concreta puesta en peligro. Esta diferente configuración del tipo objetivo (la exigencia en los primeros del

peligro como resultado separado de la acción peligrosa, frente a la peligrosidad de la conducta como elemento caracterizador de los segundos) impone un tratamiento diferenciado de ambas clases de delitos también en el análisis del tipo objetivo, lo que explica el esquema de trabajo que se expone.

La tesis predominante en la doctrina moderna en que el objeto del peligro común es la colectividad¹⁰, aunque esto no signifique poner en peligro, necesariamente, a una pluralidad de personas sino que esa colectividad puede estar representada por una sola persona, indeterminada ex ante, como parte de esa colectividad¹¹. Por ejemplo, el delito de conducción temeraria es un delito de peligro común, exige peligro concreto para la vida o integridad de las personas pero no significa que haya de ponerse en concreto peligro a una pluralidad de personas para que se realice el tipo, basta con el peligro de una sola, considerada no en su individualidad sino en cuanto representante del colectivo de participantes en el tráfico, cuya seguridad se ve menoscabada en cuanto colectivo, por la actuación peligrosa del conductor temerario.

Ejemplo de peligro lo constituye el abandono de un menor de cuatro años con puesta en peligro de su vida (art. 106 del CP argentino); primer juicio de peligro concreto y caso de omisión impropia por la posición de garantía; el incendio o inundación, un estrago mayor (art. 186 inc. 1), la destrucción total o parcial de un objeto cualquiera por medios explosivos hace viable el deterioro de la seguridad pública (parágrafo 311 CP alemán).

Si la destrucción de un objeto mediante un medio explosivo puede producir un daño en la tranquilidad pública (parágrafo 311 del CP alemán) -efecto de naturaleza social- lógico es suponer que los eslabones precedentes de la relación causal también tienen total o parcialmente idéntica condición.

Pocos ejemplos bastan para observar que el desencadenamiento fáctico, originado por el peligro, no sólo abarca fenómenos naturales¹² sino también sucesos de índole social en los que intervienen como protagonistas los hombres colectivamente considerados.

Por su parte la categoría de los llamados "delitos de peligro abstracto" ha sido creada de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen, como presupuesto de imposición de toda pena estatal, la prueba de la afectación a bienes jurídicos de terceras personas. Ello

sucede por cuanto suele pretenderse que los citados delitos "son tales por el hecho de presumirse, sin admitir prueba en contrario, que afectan un bien jurídico ajeno (aunque en verdad ello no ocurra). Con ello no sólo se violenta el derecho a la "presunción de inocencia" (que exige el Estado como condición para imponer penas, la prueba de todas y cada uno de los presupuestos de punibilidad y que correlativamente no requiera al imputado la prueba de ninguna circunstancia de no punibilidad) sino que además se permite la punición sin afectación alguna a la disponibilidad de derechos de terceras personas.

1.4 El problema de los bienes jurídicos legalmente tutelados

Es una cuestión completamente diferente¹⁴ un sistema jurídico que satisfaga el principio de ofensividad, es decir, que tutele legalmente los bienes, en particular constitucionales y más aun los que interesan a las personas. La respuesta por demás negativa equivale a una pesada carga de ilegitimidad político constitucional del ordenamiento penal positivo. Nuestro sistema penal, como tantos otros, desde hace muchos años ha sufrido una creciente crisis inflacionista.

Esta crisis se ha manifestado en una expansión inflacionista de cantidad de bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, tal los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la moral pública, etc.; por el otro, a través del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia. En segundo lugar ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través del uso de términos vagos, imprecisos o peor aún valorativos que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial: piénsese, para dar sólo dos ejemplos, en los diversos delitos asociativos y en las variadas figuras de peligrosidad social. En tercer lugar tenemos una cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la

configuración de delitos de peligro abstracto o presunto; distinguido por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los "actos preparatorios" o "dirigidos a" o "idóneos para poner en peligro" o similares.

Sin contar con la persistencia en nuestro ordenamiento de residuos pre-modernos como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra uno mismo, desde la ebriedad al uso de estupefacientes. El resultado de semejante inflación, apenas afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas en años pasados, es puramente la vanificación del concepto de "bien penal" como criterio axiológico de orientación de las opciones penales. Una innumerable cantidad de bienes del todo casual y contingente equivale, en efecto, a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del Derecho Penal y señala la sobrecarga de funciones del todo impropias que pesan una vez más sobre nuestra justicia penal.

El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados revista por otra parte una importancia no sólo científica sino también política, formando el presupuesto de toda valoración crítica del Derecho vigente y de toda consiguiente perspectiva de reforma. Si como escribió IHERING, "la tarifa de la pena mide el valor de los bienes sociales" y que "poniendo en un lado los bienes sociales y en el otro las penas se obtiene la escala de valores de una sociedad" resulta difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional y tendencialmente clasista de la escala de los bienes tutelados por nuestro Derecho Penal y el escaso valor que éste asocia a la libertad personal, privada por virtud de penas detentivas^{15,16} aún por infracciones levísimas, y es fácil reconocer el contraste entre esta escala de valores y la sugerida por nuestra Constitución, que, en cambio, confiere el primer rango a la libertad personal y la dignidad de la persona.

1.5 DELITOS DE PELIGRO E IMPRUDENCIA

El recurso a tipos de peligro plantea importantes problemas dogmáticos y prácticos en relación a la prueba del resultado y a la relación de causalidad. Las dificultades aumentan cuando hemos de determinar si estos tipos de peligro pueden ser cometidos de forma imprudente en la medida en que ambas modalidades -delitos de peligro y delitos imprudentes- tienen como finalidad común, en última instancia, sancionar conductas que infrinjan "el cuidado mínimo" exigible al autor. El incremento del riesgo permitido es elemento esencial en la determinación de la tipicidad de la conducta tanto respecto de la creación del peligro -pues sólo será típico aquél que exceda el permitido en un ámbito donde la tecnología no logra descartar un riesgo restante- como de la existencia de una conducta imprudente.

En principio no parece que se pueda oponer objeción a la descripción del contenido de los delitos imprudentes de peligro como creación de un peligro típico de forma imprudente. Sin embargo, la conjugación "delito de peligro-imprudencia" dogmáticamente se enfrenta a cuestiones abiertas. "La infracción del deber de cuidado ha de tener como resultado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal". Dicho resultado puede consistir tanto en un resultado separado de la conducta ("resultado" en el sentido estricto de los delitos de resultado que constituyen la inmensa mayoría de los delitos imprudentes) como en la parte objetiva de la conducta descrita en un tipo de "mera actividad". Según esta tesis, se pueden cometer de forma imprudente tanto delitos de lesión (aquellos que menoscaban el bien jurídico protegido) como delitos de peligro (aquellos que no lesionan, menoscaban o destruyen el bien jurídico protegido sino que simplemente lo ponen en peligro) y, tanto en delitos de resultado (aquellos en los que para la consumación del delito se exige la producción de un efecto o la creación de un estado de cosas independiente y separable de la acción en el mundo exterior) como en delitos de mera actividad (aquellos en los que el tipo se consuma con la simple realización de la acción típica). Es en la conjugación de ambos criterios de distinción (en atención a la afectación al bien jurídico protegido y en atención a la estructura típica) donde surgen las principales cuestiones.

Una tercera vía, absolutamente minoritaria, para fundamentar la identidad entre el dolo (eventual) de lesión y el dolo de peligro es la que considera a ambos y a la imprudencia consciente como una categoría intermedia entre el auténtico dolo (la intención -absicht- en la terminología alemana o dolo directo o directo de primer grado, en la española) y la imprudencia.

La tesis es defendida en la doctrina antigua por STOOB¹⁸, v. LILIENTHAL¹⁹ y MIRICKA²⁰, entre otros, articulada como propuesta de lege ferenda. Esta idea de insuficiencia de la común dicotomía dolo / imprudencia en la elaboración de los marcos penales que la acogen en la doctrina moderna, autores como ESER, WEIGEND y SCHÜNEMANN, quienes proponen de lege ferenda la creación de tres grados diferentes, incluyendo juntos en el grupo intermedio al dolo eventual y a la imprudencia consciente. Esta regulación simplificaría las cosas, al obviar las dificultades derivadas de la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente y de éstos respecto del dolo de peligro, pero, como señala (Roxin, 2012), olvidaría la diferencia cualitativa entre el comportamiento doloso y el imprudente y, por tanto, no parece recomendable.

1.6 DELITOS DE PELIGRO Y DOLO EVENTUAL

En cuanto al dolo eventual propiamente dicho, la posibilidad es aceptada en su solución y parece el supuesto muy ilustrativo ante los requisitos exigidos por la figura de "tentativa con dolo eventual". La cuestión parte de una teoría ecléctica del dolo eventual, la cual, a pesar de referirse a la necesidad de consentimiento o aceptación del resultado, se acerca mucho a una teoría cognitiva, pues para la delimitación entre el dolo y la imprudencia se acude al criterio de si el sujeto ha previsto o "ha contado con" el resultado. Así se afirma que en el dolo eventual se presenta el daño al infractor ex ante como probable y pese a ello consiente en realizar la acción aceptando o consintiendo sus eventuales consecuencias, en tanto que en los casos de culpa consciente tal posibilidad se ofrece a los conocimientos del autor pero contando con que tal resultado no se producirá.

Esta cuestión produjo amplia discusión en la doctrina antigua donde se podía apreciar la existencia de varias posturas al respecto. Dolo de peligro y dolo de lesión no son compatibles, salvo que uno de ellos sea eventual, y el dolo de lesionar lleva implícito necesariamente el dolo de poner en peligro el bien jurídico que se lesiona.

BINDING afirma la existencia de dolo de peligro puro, referido a la puesta en peligro consciente, y que el dolo de lesión y el dolo de peligro se excluyen entre sí en la medida que ambos tienen como objeto el mismo bien jurídico, pues "es completamente imposible que alguien quiera, al mismo tiempo, destruir o no destruir, sino sólo poner en peligro el mismo objeto".

Por su parte V. LISZT²³ sostuvo una postura intermedia, al admitir la compatibilidad entre el dolo de peligro y el dolo de lesión, siempre que al menos uno sea eventual, siendo indiferente cuál de ellos lo fuera. Pero considera imposible que ambos concurren como dolo directo.

La doctrina mayoritariamente entendió que el dolo de lesionar lleva implícito forzosamente el dolo de poner en peligro, partiendo de presupuestos contrapuestos a los de BINDING, esto es, que el peligro es un estadio previo a la lesión, que la precede necesariamente y, por tanto, quien quiere lesionar ha de querer la puesta en peligro concreto del bien jurídico al que se refiere el dolo de lesionar.

En la doctrina moderna es también prácticamente unánime esta tesis²⁴ en atención a la estructura y el contenido de injusto de estos delitos.

La cuestión de los criterios conforme los cuales hay que determinar el peligro requerido en cada caso, con la creciente importancia de los delitos de peligro, ha llegado a ser tan controvertida en los últimos tiempos que necesitaría un tratamiento separado en el marco de la imputación. Los ejemplos clásicos los proporcionan el incendio agravado y la conducción en estado de embriaguez, pero también pertenecen a esta clase de delitos los "delitos de actitud".

1.7 CONDUCTA PELIGROSA EX ANTE EN LA "TEORÍA DEL DELITO"

Nuestro modelo de Estado sugiere decidir sobre una alternativa básica de prevención que combine la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con garantías sino también con alternativas que ofrezcan otros principios limitadores.

"Sólo una prevención limitada podrá desarrollar un efecto positivo de afirmación del derecho propio de un Estado social y democrático de derecho, y sólo así podrán ser conciliadas las exigencias de prevención general positiva".

La función del derecho penal, en este caso, no se manifestará solamente en la función de la pena y en la medida de seguridad sino al prohibir los delitos. Las normas primarias buscan motivar al ciudadano a no delinquir²⁶ y que respete los límites que exige la doctrina penal al determinar los requisitos mínimos para conceptuar el delito como infracción de la norma. En este caso, también la "teoría del delito" y no sólo de la pena, se deberá basar en la función de una prevención limitada del derecho penal.

El injusto penal ha de ser imputable a la infracción personal de una norma primaria. El derecho penal constituye un conjunto de normas dirigidas a desalentar la comisión de ilícitos mediante prohibiciones o mandatos constituidos por normas primarias las cuales tratan de prevenir la producción de lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos y previstas en los tipos penales, no justificadas. Un derecho penal que se dirija al sujeto mediante prescripciones intenta impedir resultados lesivos prohibiendo las conductas voluntarias que aparezcan ex ante como capaces de producir dichos resultados (disvalor de la conducta). Esto supone toma de posición en el concepto de antijuricidad y su relación con la tipicidad.

Así la antijuricidad penal se distinguirá, de otras formas de antijuricidad, por exigir un disvalor de resultado especialmente grave y / o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal en condiciones determinadas. Este resultado ha de ser imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad.

La antijuricidad deberá comenzar por exigir la comprobación ex post de la realización del tipo penal. Los tipos penales describen siempre hechos efectivamente acaecidos, ya sea

el resultado de una conducta, ya se trate de conductas no necesitadas de resultado y en la medida en que la conducta resultare efectivamente típica. Así podremos decir que todos los tipos describen resultados (separados o no de la conducta) y que la antijuridicidad objetiva parte de la valoración negativa de tales resultados, es decir, el disvalor de resultado.

Será distinto el disvalor en los delitos en que el resultado es una lesión de un bien jurídico que en aquellos cuyo resultado es una puesta en peligro ya que en los primeros la afectación del bien jurídico es mayor que en los segundos, o a su vez y por esta misma razón, los delitos de peligro concreto contienen un disvalor de resultado mayor que los delitos de peligro abstracto y los hallamos más cercanos a la lesión.

Ahora bien, en los delitos de resultado (como el de homicidio) el disvalor del mismo presupone que aquél pueda ser imputado a una conducta peligrosa como resultado de ella y para decidir la peligrosidad de la conducta causante de la lesión es necesaria la utilización de un punto de vista *ex ante*. A fines del adelantamiento de la punición, si la función del derecho penal es evitar los resultados típicos, sólo podrá lograrlo desvalorando y, en su caso, prohibiendo conductas humanas cuya capacidad para producir aquéllos pueda ser apreciada en el momento de ir a realizarlas y mientras no ha concluido su realización, es decir *ex ante*.

Desde un punto de vista (exclusivamente *ex post*) se desvalora toda acción efectivamente causal de lesión, aunque *ex ante* aparezca como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello lleva a los conocidos inconvenientes que trató de superar la "teoría de la adecuación" primero, y la "teoría de la imputación objetiva" posteriormente.

Si hubo disvalor de resultado valorado *ex post* se presupone también existió disvalor de la conducta (a valorar *ex ante*), y se debe a la peligrosidad para el bien jurídico advertida en la conducta en el momento de ser realizada, *ex ante*. En tanto, el disvalor de la conducta *ex ante* exige que aquella situación se deba a una conducta suficientemente peligrosa situada en la real posición de autor. Si la lesión de un bien jurídico no aparece como resultado de la elevación de riesgo o de la realización del riesgo propio de una conducta disvaliosa, no se podrá desvalorar como resultado objetivamente imputable.

Cuando la valoración jurídico penal objetiva de un hecho depende de si éste se realizó voluntariamente y a conciencia de los elementos que lo hacen típico o, por el contrario, sin voluntad o sin dicho conocimiento, el derecho penal distingue tipos dolosos y tipos culposos señalando mayor pena para los primeros.

Ello se debe no sólo a la imposibilidad de reprochar un hecho a quién no es consciente de sus actos, perspectiva que importará a la hora de imputar una infracción personal a la norma, sino también a la mayor peligrosidad que en principio supone el hecho de que la conducta se dirija intencionalmente a lesionar un bien jurídico-penal, estaremos así ante un caso de dolo directo de primer grado, o de que se realice pese a saber seguro que producirá ese resultado (dolo directo de segundo grado) o de que se acepte como capaz de producir la lesión sin intentar o esperar no poder hacer nada por evitarlo (dolo eventual). En cambio, ha de ser considerado como factor que disminuye la peligrosidad de la conducta el hecho de que el sujeto no quiera la lesión y trate de evitarla o pueda confiar en hacer algo para evitarla, como sucede en las conductas imprudentes. Todo ello explica que las conductas se valoren objetivamente y de forma distinta ante una lesión voluntaria y consciente a la de una lesión no deseada, aunque sea imprudente.

Ante el disvalor de la conducta, como peligrosa ex ante y como dolosa o imprudente, será necesario para completar el juicio de disvalor, propio de la antijuridicidad, que también pueda ser afirmada la infracción de una norma, de esta forma se dará la primera condición de la imputación personal, segunda parte de la teoría del delito.

Dicha antijuridicidad de un hecho requiere de la realización de un tipo imputable a una conducta peligrosa ex ante voluntaria y la ausencia de causas de justificación. Sólo coincidiendo ambos aspectos podrá completarse la antijuridicidad material de un hecho ilícito.

Por su parte las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar en forma adelantada y en estadios muy remotos el ataque a un bien jurídico y requiere tanto la efectiva concurrencia ex post de un interés superior (falta de disvalor de resultado), como su apariencia ex ante (falta de disvalor de la conducta).

Así, la incapacidad de evitación del hecho puede proceder de alguna de las causas de inimputabilidad (art. 34 C.P.) cuando lleguen al grado de excluir por completo la posibilidad de evitar materialmente el hecho.

Por último, en este capítulo, debemos remarcar que la punibilidad aunque adelantada en su control a un estadio previo a la lesión afecta a todas las categorías del delito como hecho punible. La decisión acerca de si la conducta dañosa es imputable a su autor estará determinada por el disvalor de la conducta peligrosa anterior (delitos de mera actividad) y el disvalor de resultado exigirá que la conducta típica resulte lesiva o peligrosa. Aunque también en estos casos será necesario que la conducta aparezca ex ante como idónea para realizar el tipo.

1.8 ENJUICIAMIENTO DEL PELIGRO Y ESTRUCTURA DEL INJUSTO

Si bien ha sido rechazada la identificación realizada normalmente por la doctrina entre juicio ex ante / ex post y acción / resultado como objeto de enjuiciamiento del peligro, sobre la base que cabe constatar un peligro ex post sin que ello suponga un "resultado de peligro" -momento consumativo de los delitos de peligro concreto-, sino un peligro como atributo de la conducta, el paralelismo entre perspectiva ex ante / ex post y disvalor de la acción / disvalor del resultado, respectivamente, puede ser asumido como criterio de ordenación sistemática del tipo del injusto, a partir de la metodología teológico-valorativa que comienza a ser mayoritaria en la doctrina. El enjuiciamiento del peligro no depende únicamente de la perspectiva a adoptar para su determinación, sino que, partiendo de un grado objetivo de conocimientos ha de tomarse en cuenta otro criterio de concreción del mismo, y combinarse con el anterior, lo cual puede llamarse "momento del juicio". Consecuentemente dicho criterio tendrá que manifestarse también en la estructura del injusto, operando además como elemento gradual de éste y por tanto del merecimiento de pena, de la misma forma que lo es del grado de peligro.

1.9 DISVALOR DE LA ACCIÓN Y DISVALOR DE RESULTADO

Para establecer esta estructura será preciso, no obstante, plantear algunas cuestiones previas. En primer lugar, negar el paralelismo ex post / resultado de peligro y afirmar en cambio el que vincula un juicio ex post con el disvalor de resultado implica diferenciar el contenido de resultado de peligro (o de lesión) con el disvalor de resultado. Éste no será concebido, así, como resultado natural separable fácticamente de la acción, sino como "peligro ex post o lesión del bien jurídico". Por tal concepción no se entenderá una idea de resultado típico, según la cual, en la medida en que también la conducta típica ha de "resultar" efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados²⁹. De forma que la tentativa inidónea también poseerá un disvalor de resultado al ser también la realización de una conducta típica. Por el contrario, el disvalor de resultado de que se parte es de carácter esencialmente material, basado en la idea de peligro. Pero este peligro tampoco vendrá configurado a partir de la peligrosidad estadística, ese grado de peligro es absolutamente indiferente para el Derecho Penal, tanto en el aspecto material de merecimiento de pena como en el sistemático en lo inherente a su plasmación en la estructura del injusto. El peligro a través del cual podemos hablar de un disvalor de resultado no es, en suma, ni el resultado de peligro propio de los delitos de peligro concreto ni el peligro estadístico, sino el peligro de la acción contemplado ex post al comienzo de la acción. Este disvalor de resultado podrá darse tanto en los delitos de resultado como en los de actividad y en la tentativa, si bien únicamente en la idónea no así en la inidónea, definida precisamente como la ausencia de peligro ex post. Respecto a los delitos de peligro abstracto la cuestión es más compleja. La presencia de un disvalor de resultado: peligro o lesión del bien jurídico, dependerá de cómo se conciba el bien jurídico protegido. Si el protegido se entiende como bien jurídico colectivo (por ejemplo, la seguridad del tráfico en el delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas), la realización de la conducta típica implicará ya la consumación: la lesión del bien jurídico, pudiendo afirmarse entonces un disvalor de resultado en los mismos. Si en cambio, el bien jurídico protegido se concibe en forma personal³⁰, vinculado a los bienes esenciales de la persona, podrá

negarse la existencia de un disvalor de resultado, puesto que para su punición bastará la peligrosidad ex ante de la conducta, objeto del disvalor de acción.

Como se ha dicho, según dicha configuración del disvalor de resultado, la tentativa inidónea ex ante peligroso, o idónea ex ante o inidónea ex post, carecerá de disvalor de resultado. Debe plantearse entonces una corrección político criminal de la exigencia, según la cual sólo las acciones en las que se dé un disvalor de resultado podrán ser sometidas a una pena y plantearse el límite de la punición en la tentativa.

Por otra parte, un Derecho Penal que pretenda cumplir su fin preventivo no debe dejar impunes las conductas cuya peligrosidad sería apreciada por cualquier ciudadano situado en el momento inicial de su realización. Si la norma pretende motivar negativamente a los ciudadanos debe dirigir la prohibición o el mandato en el momento en que éstas fueran a realizarse, desde el aspecto positivo de la norma la confianza del ciudadano en la seguridad de las expectativas, en el libre disfrute de sus intereses, no se vería protegida si la norma no estuviera capacitada para evitar dicha realización de conductas lesivas. Si conductas que supusieran ya la vulneración de la norma no fueran sometidas a una sanción penal, tanto el mensaje negativo de la norma (prohibición) como el positivo (garantía de seguridad en sus expectativas de no agresión por terceros) perdería su vigencia, menguando así el fin último del Derecho Penal: garantizar el disfrute pacífico de los intereses esenciales de la persona. Sin duda que la presencia de un disvalor de resultado implicará un mayor menoscabo de tal finalidad, el máximo quebrantamiento de dicha garantía, y ello se verá reflejado en un mayor merecimiento y necesidad de pena; pero la peligrosidad ex ante aparece como el límite mismo imprescindible de dicho merecimiento y necesidad de pena. La punición de acciones sin un disvalor de resultado podría plantearse, si se quiere, como una excepción sistemática a la regla de punición de acciones con disvalor de resultado, dotadas de un peligro ex post, o incluso como una excepción material, al igual que la punición de la tentativa idónea es a su vez excepción material a la regla de punición del delito consumado:³¹ ello es una cuestión de grado. Carácter excepcional que vendría a resaltar dicha situación de margen mínimo de punición y no supondría una incoherencia político

criminal pues la tentativa inidónea conlleva ya un peligro para el bien jurídico y supone por ello mismo un quebrantamiento de la vigencia de la norma.

Dicho argumento posee siempre un componente de azar no dependiente del sujeto, ya que contradice la misma esencia de la teoría de la imputación objetiva, cuyo fin último puede verse precisamente en la exclusión del azar en la atribución de responsabilidad por la lesión. Dicho de otra forma, la imputación de un resultado a una conducta peligrosa implica que ese resultado no es fruto del azar, sino fruto de la conducta del sujeto. En suma el disvalor de acción es condición siempre necesaria, pero en ocasiones también suficiente para la punición.

1.9.1 Injusto personal

Quienes adoptaron la concepción del injusto o ilícito como puro disvalor de acción persiguen básicamente como finalidad la de lograr un sistema teóricamente correcto, aunque no resulte práctico, y siguen la línea dogmática "estructural" (en lo que mucho tuvo que ver la actitud científica del finalismo) que desconfía de la obra legislativa y procura imponerse a ella. Estas posiciones científicas han motivado las críticas generales más graves que ha recibido este modo de concebir el contenido del injusto. Esta tesis parte de la idea que la tradicional teoría del delito que separa el injusto (medido como disvalor del resultado - lesión del bien jurídico) de la culpabilidad (medida por el disvalor de la acción) donde los mismos elementos subjetivos del tipo han procurado ser construidos desde un punto de vista objetivo (BERING), o como "excepciones" (MEZGER), que implica una ficción en cuanto se apoya en un concepto de resultado tan amplio como incorrecto. El resultado sólo puede ser concebido como lesión del objeto del bien jurídico. Pero se reconocen acciones antijurídicas penalizadas que no se caracterizan como tales por el solo resultado, en las que ese resultado (restringido) directamente no existe, lo que indica que el injusto o ilícito está co-determinado por el proceso de lesión en sí mismo y obliga a asignar al elemento de la voluntad un lugar y función sistemática en el ilícito. Si el concepto de éste está integrado por el acto humano que persigue su realización, el resultado

que es obra de la causalidad (y de la casualidad) no lo integra, sino sólo el lado asumido por el hombre, disvalioso frente a la norma y como tal asumido. Ilícito o injusto es el acto formal contrario al deber, es decir, se comprende como disvalor de la acción. El disvalor de resultado no lo integra como fundamento, éste puede elevar el ilícito, pero elevando el disvalor de la acción, no funcionando con sentido autónomo.

Asimismo, cambian el punto de inflexión en la distinción entre delito consumado y delito tentado, para considerar más grave el primero. "En resumidas cuentas la teoría jurídica del delito se resuelve en una teoría del delito de peligro".

1.9.2 TIPOS DE EMPRENDIMIENTO: CONSUMACIÓN – TENTATIVA

Mientras que la "consumación" y la "tentativa" son tratadas en múltiples aspectos de modo diferente por el legislador, en el caso de los delitos de emprendimiento se trata de tipos que equiparan tentativa y consumación. Su importancia práctica estriba en que desaparece la atenuación para la tentativa y no rige la disposición sobre el efecto eximente del desistimiento voluntario, en su lugar algunas regulaciones específicas admiten en el caso concreto una atenuación o una dispensa de pena para el "arrepentimiento activo". La cuestión de hasta qué punto y en qué tipos pueden trasladarse las reglas de la tentativa a los delitos de arrepentimiento es muy polémica y precisa de ulterior discusión en el contexto de la tentativa.

1.10 DISPARES OPINIONES ACERCA DE DELITOS DE PELIGRO CONCRETO – ABSTRACTO.

Las mayores dificultades se hallan, quizás, en la distinción que divide a los delitos de peligro abstracto y concreto. La mayor parte de la doctrina entiende por delito de peligro concreto a aquél donde la exigencia del peligro viene contenida en el tipo, como elemento del mismo, mientras que en los delitos de peligro abstracto, éste constituye el motivo de

su introducción por el legislador, pero en el tipo no aparece la exigencia de un peligro como elemento típico.

Por tanto, en los delitos de peligro abstracto no se exigiría una comprobación del peligro por parte del Juez, mientras que tal comprobación sería necesaria en los delitos de peligro concreto. De ahí que la doctrina italiana, a partir de la crítica de ANTOLISEI, prefiera hablar de "peligro presunto" en lugar de peligro abstracto, considerando que lo que realmente se da es una presunción "juris et de jure" de peligro, de tal manera que no importa que realmente se dé un peligro efectivo en el supuesto concreto. La opinión de ANTOLISEI es compartida en nuestro país por RODRÍGUEZ MOURULLO. Igualmente (Cordova, 2003) prefiere la distinción entre delitos de peligro presunto y delitos de peligro efectivo, aplicando la primera calificación a aquellos hechos castigados por la ley "a causa del riesgo que su comisión comporta, pero sin necesidad de que un peligro efectivo y real haya tenido lugar en el caso concreto". (Rodriguez, 1974) afirma que "desde un punto de vista técnico no es posible más que la configuración del peligro concreto". O se exige para que una conducta constituya delito que se haya producido efectivamente una situación peligrosa o no se exige. Pero en este último caso la existencia del delito es independiente de que haya habido, efectivamente, un peligro. El tipo del injusto no admite más que delitos de peligro concreto. Lo cual no es obstáculo para que el llamado peligro abstracto constituya el motivo que induce al legislador a incriminar una determinada conducta. Por peligro abstracto se entiende un peligro estadísticamente demostrado que se da en una mayoría de casos, aunque falta en el supuesto concreto.

También DEL ROSAL Y BERISTAIN se ocupan de esta distinción siguiendo, en general, los criterios preponderantes en la doctrina alemana. Para DEL ROSAL, en los delitos de peligro abstracto la responsabilidad penal viene estimada en la descripción tipificada del hecho, sin que se requiera la comprobación por parte del juez de si efectivamente existe el peligro. En los de peligro concreto sí "compete al juez comprobar si en la realidad se ha producido un peligro concreto". BERISTAIN,⁴⁰ por su parte, diferencia ambas clases en base a la mención o no mención en el texto legal de modo expreso de la exigencia del

peligro, estimando que los delitos de peligro abstracto presuponen una presunción "juris et de Jure", criterio que no es compartido por QUINTANO, pues incluye la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas entre los delitos de peligro efectivo (es decir, concreto), aun admitiendo la tesis de la presunción para los delitos de peligro abstracto: "Los llamados delitos de peligro abstracto son presuntivos y de estructura formal y de desobediencia, más bien que de riesgo efectivo". En efecto, al repudiarse en ellos la prueba en contrario de la no peligrosidad como acontece en el caso más claro de conducción ilegal el riesgo deja de desempeñar papel alguno, en cambio se acreditaría decisivo en los de peligro concreto al determinar caso por caso, así, en el de conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas, que al probarse la ineficacia de la dosis para la seguridad real, esto es, la ausencia de peligro efectivo, no se cumplirían las previsiones del tipo.

(Barbero, 2012)se ocupa de esta distinción rechazando la denominación de peligro presunto⁴² y estimando que "según que la situación de peligro se produzca en la realidad, o que el legislador la defina de acuerdo con los datos de la experiencia, los delitos a que corresponda serán de peligro concreto o de peligro abstracto".

Junto a los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, SCHRÖDER ha llamado la atención sobre algunos tipos en los que se combinan los elementos de carácter abstracto y los de carácter concreto. Así ocurre particularmente con aquellos tipos donde la propia ley establece que la existencia de peligro se ha de juzgar en base a criterios generales y no a los particulares del supuesto de hecho concreto. La calificación de peligro abstracto-concreto estaría justificada porque si bien el juez tendría que decidir acerca de la peligrosidad de la conducta, esta decisión la tomaría por prescripción de la ley en base a la experiencia general. En particular recoge SCHRÖDER, dentro de este grupo de delitos, a aquellos en que la ley hace referencia a la "aptitud" para la producción de un daño, como por ejemplo, el parágrafo 3 de la Ley de Productos Alimenticios alemana, en donde se prohíbe la elaboración de alimentos cuyo consumo pudiera perjudicar la salud humana.

1.11 DELITOS DE PELIGRO. INFLUENCIA SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.

En la tutela penal del medio ambiente, como en tantos otros terrenos que se ha dado en llamar nuevos ámbitos de protección, el punto álgido del control se ha anticipado temporalmente: la protección procurada por el Derecho Penal español ha avanzado lejos de la lesión efectiva de los bienes jurídicos en juego de manera que el primer plano no lo ocupa tanto la evitación de lesiones en sí mismas sino la prevención de éstas, interviniendo en fases muy tempranas a través del control de una cada vez mayor cantidad de funciones o de actividades que tienen alguna relación con el surgimiento de efectos lesivos.

Más allá del efecto la propia configuración o delimitación del bien protegido en el respectivo sector tiene sobre la conceptualización de los tipos como delitos de lesión o como delitos de peligro un cambio de tendencia hacia un control preferente sobre la realización de ciertas conductas que no se atienen a determinados parámetros, en lugar de la mera prohibición de determinados resultados lesivos, resulta manifiesta, y no parece que pueda negarse⁴⁵. La anticipación de la tutela penal mediante la criminalización en el terreno previo a la lesión se alcanza fundamentalmente a través de dos vías complementarias. Por un lado, allí donde se quiere adelantar la frontera de la punibilidad se construyen bienes colectivos "previos" a los bienes jurídicos individuales, ya sea por considerar que partir de la tutela de bienes jurídicos individuales supone una intervención que llega muy tarde y que es insuficiente desde la perspectiva "egocéntrica" que parece ir imponiéndose, sea por evadir las dificultades que puedan existir en cuanto a la prueba de la causalidad o del aspecto subjetivo en relación con los eventuales efectos finales. Por otro lado se recurre a la construcción de tipos delictivos que convierten en penalmente relevantes esas fases previas a la lesión, e incluso previas al propio peligro en sí, con el objetivo de minimizar de este modo el riesgo para los bienes en juego.

Muestra de esta tendencia -aunque tal vez el proceso evolutivo esté todavía menos avanzado en el derecho positivo español- es la creación de delitos que sólo pueden interpretarse como lo denominado por la doctrina alemana "delitos por acumulación", es decir, tipos delictivos en los que se tipifica una conducta que no puede llegar a afectar al

bien jurídico protegido sino sólo en la medida en que sea realizada o repetida de forma masiva. Evidentemente, esto apunta en una dirección que va más allá de la tipificación preferente de delitos de peligro abstracto que, como reiteradamente se recuerda, constituye en principio el modelo de referencia para la punición de comportamientos en este terreno. Todo ello plantea no sólo la cuestión relativa al contenido de injusto de los hechos punibles, y las posibles inconsistencias respecto al principio de lesividad, sino que en una materia como la ambiental la utilización creciente de referentes indeterminados, remisiones normativas y tipos penales en blanco, crea innumerables problemas, entre los que destacan la posible fricción con el mandato de determinación y, en última instancia, el de legalidad⁴⁷. En suma, lo dicho compone un cuadro en el que se refleja, como algunos han señalado, la paradoja del Derecho Penal ambiental que supone la toma de conciencia y necesidad de una eficaz salvaguarda de los recursos ambientales y conduce a recurrir a técnicas que se consideran teóricamente necesarias por su mayor efectividad o adecuación para proceder a tal tutela.

Los problemas fundamentales relacionados con la determinación del injusto en estos delitos, como puede ser la afirmación de la peligrosidad de la acción aunque se desconozca realmente su virtualidad, debilitan los presupuestos para la afirmación de la imputación objetiva aunque sea en un primer estadio y en otro orden, la presencia de tipos en blanco suscitan la posibilidad que el núcleo de la infracción constitutiva de delito no tenga carácter uniforme.

1.11.1 LA CONFORMACIÓN DE LOS TIPOS EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL.

Frente a la exigencia, era demandada por un sector doctrinal la creación de un delito de peligro abstracto, que lo máximo exigiera la mera potencialidad nociva respecto de las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o protegidos etc., remitiendo los supuestos de creación de un peligro concreto para la salud de las personas a un tipo cualificado.

El motivo principal aducido para esta transformación era el deseo de anticipar a estadios más tempranos la tutela penal, como también las dificultades asociadas a la utilización de tipos de peligro concreto, de modo especial las ligadas a la prueba de la relación de causalidad entre la conducta aislada individual y la producción de un peligro concreto⁴⁹. Si bien es cierto que el paradigma de elección suele ser el de los delitos de peligro abstracto, el legislador español en 1995 ha preferido no recurrir al modelo "puro" de peligro abstracto y dar entrada a tipos que demandan que la conducta típica sea capaz de afectar, aun potencialmente, al objeto de tutela, exigiendo el tipo básico que la provocación o realización de las emisiones, vertidos etc. "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales" o, en su caso, la salud de personas. La inclusión de tal exigencia permite en principio reputar tal delito -dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto "lato sensu", entre los llamados delitos de aptitud o idoneidad- o, conforme a la denominación propia de la doctrina española, delitos de "peligro hipotético", en la medida que no requiere la constatación de la producción de una situación de efectivo peligro concreto pero tampoco se conforma con la simple realización de una conducta sólo presunta o generalmente peligrosa.

La falta de garantía de una suficiente seguridad jurídica en la delimitación del ámbito de lo típico, junto con la elección de la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto para la tutela de un bien de contenido difuso, ha llevado a plantear la posible inconstitucionalidad del tipo así configurado por considerarlo vulneratorio del principio de taxatividad. Pero incluso, aunque no se llegara a estimar la plena inconstitucionalidad del precepto o se auspiciara una interpretación distinta del mismo, no cabe duda que la configuración del tipo hace surgir fricciones no sólo con el principio de legalidad sino también con el de lesividad que debe permitirnos una adecuada caracterización del injusto penal y su delimitación frente al mero injusto administrativo.

Por otro lado la absoluta dependencia de la relevancia típica de la conducta a la existencia de una infracción administrativa, como se ha señalado, provoca otras consecuencias cuyos efectos perversos también han sido ya destacados por la doctrina. Con todo ello podría

reforzarse la tendencia cada vez más palpable para construir el injusto penal, especialmente en ciertos ámbitos relacionados con la tutela de bienes supraindividuales de contornos difusos, con referencia a la infracción de determinados estándares de comportamiento que, en este sector en concreto puede acabar siendo constituido por el mero incumplimiento o desobediencia a mandatos de la Administración, por la superación de ciertos límites o la infracción de baremos reglamentariamente establecidos, en definitiva, delitos de mera desobediencia respecto de los que resultaría más que discutible merezcan ser elevados a la categoría de injusto criminal.

CAPÍTULO III

JURISPRUDENCIA DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS

El delito de tenencia ilegal de armas por ser también un delito de acción requiere de un mínimo de continuidad en la posesión de armas, que implica no sólo la relación material del agente con tal instrumento, sino la conciencia y voluntad de que la tenencia se produce sin las licencias autoritativas correspondientes. De esto se advierte, que la relación material entre la posesión del arma no debe suceder de manera esporádica y circunstancial **pues la tenencia fugaz y momentánea, se halla excluida del tipo penal submateria.**[1]

Además, reforzando el concepto del bien jurídico tutelado, **se requiere la existencia de peligro común para las personas o los bienes que debe entenderse como un peligro de orden colectivo desde que los medios que se señalan, por su propia naturaleza tienden a superar un peligro de orden individual.** La tenencia de más de una y a manos de una persona peligrosa, razonablemente permite entender que el riesgo social aumenta. **En el mismo orden de ideas, es del caso precisar que la Seguridad Pública, es el conjunto de condiciones garantizadas por el orden público, necesarias para la seguridad de la vida, de la integridad personal y de la salud, como bienes de todos y cada uno, independiente de su pertenencia a determinada persona, siendo el concepto de peligro común aquel en el que las posibilidades de dañar bienes jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas que son titulares de ellos, amenaza a los de toda una comunidad o colectividad;**[2] Sin embargo, si el uso

de la misma sirve para evitar una desgracia de mayores consideraciones lejos de desproteger la seguridad pública, se pone a cubierto tal valor social.

Cabe hacer asimismo un análisis sistemático de lo vertido en el **Artículo 51 de la Constitución Política del Estado, que señala que la norma suprema prevalece sobre toda otra norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente; del Art. 138 del mismo cuerpo de ley que señala que: "Los jueces están obligados, al advertir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, a preferir la primera..."** y finalmente dentro de tal interpretación analizar que el Art. 1 de la Norma Constitucional establece como postulado de primer orden la defensa de la persona humana, señalando además el Art. 2 inc. 23 de la misma que es preeminente un Derecho a la Legítima Defensa - norma que deviene en autoaplicable-, por lo que a la luz de tales enunciados mal puede primar el Dec. Leg. 635 (norma que aprueba el Código Penal) por ser de inferior jerarquía al tener únicamente el rango de ley, para restringir el uso de la legítima defensa a cuestiones de índole administrativo, en consecuencia, si se acredita plenamente que el uso del arma tiene fines de defensa y fue un uso momentáneo a fin de evitar vulneración de un bien jurídico de mayor valor, sobre todo habiendo sido el único medio racional, viable y al alcance de la mano para conjurar el peligro; también nos encontraremos fuera de la calificación delictual del presente ilícito.

Como un dato de la realidad debe de tenerse en cuenta que si se hace un uso indiscriminado e irracional del tipo previsto en el Art. 279 del C.P., podría caerse en el absurdo de sancionar en contra de la realidad. Me explico, la condición para obtener la licencia en Discamec (conforme el Art. 92 del Reglamento Decreto Supremo N° 007-98-IN de la Ley 25054 Ley que norma la fabricación, comercio, posesión y uso por particulares de armas y municiones que no son de guerra) es haber adquirido previamente un arma de fuego por lo que toda persona por el sólo hecho de haberla comprado sería responsable del presente ilícito. Cobra mayor vigor esta aseveración si se tiene en consideración que la norma administrativa no establece un plazo dentro del cual la persona que adquiere el arma debe

de inscribirla en el registro correspondiente no bastando la interposición de la solicitud sino que es requisito indispensable haberla obtenido, por lo que todos quienes compran un arma entran dentro del espectro delictivo hasta su exclusión mediante la autorización correspondiente, justamente por ser una figura de peligro abstracto, empero también se trata de una figura dolosa, pero no está claro a qué aspectos va dirigido el dolo?, a la posesión con conciencia de que no se tiene la autorización?, a la posesión con la intención de obtener la autorización administrativa mucho tiempo después? -recuérdese que no existe reglamentación respecto del plazo-; o a la negativa de solicitar la autorización por tener el ánimo de ocultar la posesión del arma?. Lo último es más grave, aunque también se puede considerar muchos otros aspectos como la intención de tener un arma guardándola para obtener la autorización cuando se desee portarla, etc., todo de lo cual se advierte que existen vacíos que deben operar a favor del imputado. Téngase en consideración al respecto que luego de los delitos patrimoniales una de las figuras con mayor incidencia delictual es justamente la tenencia ilegal de armas de fuego, no siendo pocos los casos en los cuales se decreta mandato de detención contra los imputados en atención a la grave penalidad que el tipo establece.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO DE LA TENENCIA ILEGAL DE ARMAS

En las legislaciones penales en el Derecho comparado ,protegen la seguridad general y común ante la amenaza de quien cuenta y tiene a su alcance y dominio el medio idóneo para hacer efectivo un evento lesivo a esa seguridad, en tanto El Estado, que detenta el monopolio del derecho a castigar o *ius puniendi*, debe evitar el acaecimiento de cualquier acto contrario a la seguridad pública; a partir de allí, se puede entonces definir a la seguridad pública desde una óptica dual: **objetivamente**, consiste en el conjunto de condiciones garantizadas por el derecho, con miras a la protección de los bienes jurídicos considerados *in abstracto* e independientemente de la persona de su titular, implica pues la protección de las agresiones directas a los bienes indeterminados como la vida o la propiedad, es decir una amenaza o un riesgo que crea una real circunstancia de peligro para personas y bienes; en tanto que desde una faz **subjetiva** es el estado de un grupo social protegido por el orden jurídico. En tal sentido los delitos contra la seguridad pública son aquellos que generan una situación de peligro, los mismos deberán concurrir determinados presupuestos y circunstancias para determinar que estamos ante el delito tenencia ilegal de armas.

El ilícito de tenencia ilegal de armas de fuego se encuentra previsto y sancionado dentro del rubro de delitos contra la Seguridad Pública y específicamente tipificado como delito de peligro común en el Artículo 279 del Código Penal.

Es una figura de peligro abstracto pues no es necesario la producción de un daño concreto, pues se entiende que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente (lo cual perjudica el esquema finalista del Código Penal así como sus postulados mínimos y garantistas; de bien jurídico real, invirtiéndose la presunción constitucional de inocencia). Así, la ley sanciona con pena privativa de la libertad no mayor de seis ni menor de quince años a aquél que entre otros tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables,

asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, sin embargo, el presente artículo se encuentra dirigido únicamente a la tenencia ilegal de armas de fuego también aplicable a la modificación mediante Decreto Legislativo 898 del 25 de mayo de 1998 que regula la posesión de armas de guerra.

No obstante la comisión del ilícito que se analiza es una figura de Peligro abstracto, resultaría absurdo que la propiedad, posesión o mero uso del Arma sin encontrarse autorizado administrativamente, fuese el único sustento para efectuar un juicio de reprochabilidad de la conducta del agente, es decir, para entender que el ilícito se ha perfeccionado, pues ello constituiría RESPONSABILIDAD OBJETIVA que a la luz de lo dispuesto en el artículo VII del Código Penal se encuentra proscrita. Si ello fuese así, el análisis probatorio de la conducta del sujeto se circunscribiría al acta de incautación del arma sin la correspondiente autorización administrativa junto con la conformidad de ambas circunstancias por el imputado lo cual satisfecería el aspecto subjetivo del tipo, resultando sin lugar el proceso penal pues dichos aspectos se acreditarían sin mayor esfuerzo en la investigación preliminar. Entendido ello así, el proceso penal resultaría meramente formal, deviniendo absolutamente lógica y necesaria la condena ante la simple tenencia o posesión del arma.

Sin embargo, el verbo rector en del delito de tenencia ilegal de armas de fuego requiere "... *tener en poder ... armas...*", lo cual de un lado exige un dominio o posesión permanente **de más de un arma** y correlativo a ello el ánimo de usarla a sabiendas que se carece de la licencia por parte de Discamec, excluyéndose por exigencias de razonabilidad, el uso momentáneo y necesario para conjurar un peligro (circunstancia de necesidad apremiante) conforme se explicita líneas adelante; sin embargo, la definición de tenencia a su vez remite a la teoría de la posesión que explicita la Doctrina del Derecho Civil, exigiéndose la concurrencia de elementos tradicionales del acto físico de la tenencia de la cosa junto del ánimo de conservarla para sí. Finalmente en cuanto a este extremo, el principio constitucional de legalidad plasmado en el Art. 2, 24 d), y Art. II del Título Preliminar, exige la existencia de la descripción "expresa e inequívoca como infracción punible" del hecho que se reputa delictivo, no cabiendo ninguna interpretación

desfavorable por mandato del Art. 139 incs. 9 y 11, para definir como error de la voluntad del legislador el haber plasmado como imputable penalmente la posesión de ARMAS, debiéndose interpretar valederamente que se sanciona sólo a quien posee más de una, lo cual crea además una mayor convicción de peligro social que pretende evitar la ley (**recuérdese que el bien jurídico es la Seguridad Pública y el Peligro Común**); luego, la mera tenencia de una sola arma, no encuentra sustento de tipicidad. Debe tenerse en consideración a este respecto que en la época en que se incluyó como delito es decir con la vigencia del C. P. actual, el terrorismo se encontraba en todo su apogeo y no obstante la exposición de motivos de dicha norma no hace referencia a la parte especial, resulta sumamente razonable que se haya incluido como delito la tenencia ilegal de armas de fuego para evitar el almacenamiento de armas que podrían ser utilizados con fines de subversión. Considérese además que el tipo en relación a los otros objetos que crean peligro siempre señala que debe ser más de uno, así se refiere a "bombas", "municiones" o "materiales explosivos", "inflamables", "tóxicos", o "sustancias" o "materiales destinados para su preparación" por lo que inclusive un análisis literal y teleológico de la norma nos remitiría igualmente a la sanción penal por la tenencia de más de una.

El principio de legalidad cuyo postulado más importante se encuentra resumido en el latinazgo "*nullum crimen sine lege*", exige que toda conducta reprimible penalmente debe encontrarse previa e inequívocamente detallada en el Código de la materia. Dicha exigencia de legalidad se encuentra prescrita en los Arts. II y III del Título Preliminar del Código Penal que se traduce en la exigencia de 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 encuentre establecida en ella" y "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde". La importancia de dicho mandato es fijar un límite jurídico al poder de persecución penal por parte del Estado, creando certeza legal en los ciudadanos quienes deben tener total seguridad acerca de cuál es la conducta que el Estado reprime, pues las personas sólo deben de limitarse a dejar de hacer lo prohibido, ya que fuera de ello, todo está permitido, tal y conforme lo señala el Art. 2, 24.

a. de la Constitución Política del Estado. Se advierte asimismo la importancia de las exigencias de legalidad penal al haberse plasmado en el apartado d. del mismo artículo e inciso de la norma suprema in comento que: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Lo mismo con lo prescrito en el Art. 139 inc. 9. que prohíbe la aplicación analógica de la ley penal así de aquellas normas que restrinjan derechos, y consecuencia de todo este análisis, **resulta ilegal que se condene a una persona que sólo tiene en su poder una sólo arma de fuego, lo cual viene ocurriendo constantemente en la praxis judicial de los juzgados penales.**

Es imprescindible además que se vulnere el bien jurídico *Seguridad Pública* debiéndose perfeccionar un peligro real e inminente para sociedad con la mera posesión o tenencia de armas por parte del imputado, lo cual excluye el uso breve y momentáneo que hace el autor ante **un estado de necesidad o con finalidad de legítima defensa**, considerando el suscrito que en dicho ilícito debería concurrir conjuntamente otro **cúmulo de circunstancias que acrediten la inminente peligrosidad por parte del sujeto**, la misma que se vería potenciada por la posesión de las armas en cuestión, lo cual haría inviable la seguridad pública. En tal sentido, distinto es el caso de aquellos que se encuentran hurtando o cometiendo ilícitos y se les halla en posesión de armas de fuego, que aquél que caminando por la calle encontró un arma y se la guardó en el bolsillo. En otro orden de ideas, es bueno recordar que la ley faculta la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros y de cualquier índole. (Art. 20 inc. 4 del Código Penal).

CONCLUSIONES

- ✓ Que, para que se configure **DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO** deberán concurrir determinados presupuestos y circunstancias para determinar que estamos ante el delito tenencia ilegal de armas, de lo contrario estamos frente a un hecho atípico, y no sancionable penalmente, por cuanto es la ultima ratio.
- ✓ Que, el tipo penal deberá ser esclarecido en su redacción e interpretación por el Tribunal Constitucional y/o el Congreso de la República, de lo contrario se estarán juzgando hechos atípicos y/o de poca o sin relevancia penal, sancionándose con penas altas en forma injusta hechos y actos de **TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO** en relación a otros tipos penales del actual Código Penal.
- ✓ Que, podría haber quedado plenamente solucionado si la redacción del Art. IV del C.P. vigente acerca del principio de lesividad, hubiese quedado en los términos en que establecía el Proyecto del Código Penal publicado el 10 de agosto de 1985: "**para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin causa justa, el bien jurídico tutelado**", lo cual invita a un examen más concienzudo del caso concreto, debiéndose valorar además que al no encontrarse proscrita la adquisición de armas de fuego nadie se encuentra prohibido de comprarla, y cuando desee usarla en todo caso sí deberá contar con la autorización respectiva, a menos que se produzca una circunstancia grave que exija su uso con fines de legítima defensa.

RECOMENDACIONES

- ✓ Que, la interpretación por los órganos jurisdiccionales es deficiente e aislada, gramatical o literal de las normas penales. por lo que debe ser sistemática, teleológica, acorde con los principios y fines del título Preliminar del código penal y acorde a la carta magna (constitución Política del Perú). buscando hacer efectivo el control difuso en sus resoluciones judiciales. Tal como lo manda el Art. 138 y 51 de dicha carta magna. Desterrando de la praxis judicial el legalismo, escrituralidad, burocratismo y otros, de esta forma estaremos contribuyendo a la mejora de la administración de justicia.
- ✓ Tomar como exclusivo punto de partida la protección del bien jurídico conduce sin duda a un exceso puesto que ello deja fuera la perspectiva del concepto de autor. Por otra parte, el adelantamiento de la pretensión punitiva en estadios previos a la lesión (a veces muy remotos) también puede constituir un peligro para el bien jurídico. Para limitar esas consecuencias perniciosas, alcanzaría con recordar cuál es el origen de la idea del bien jurídico, es decir, remarcar que el concepto se encuentra absolutamente enmarcado por su función de garantía. Ello daría fundamento suficiente para asegurar que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no debe encontrarse vinculado con una tendencia expansiva del ámbito de protección de la norma, ello marca un abandono paulatino del dogma causal y un cambio en el concepto de riesgo y en la teoría de la imputación objetiva.
- ✓ Habiéndose despersonalizado el bien jurídico para motivar la intervención estatal, estimo que al tipificar ciertos actos preparatorios, el legislador maximiza la protección de ciertos bienes jurídicos produciendo un grave adelantamiento de la punición -no más última ratio- con la consiguiente generación de problemas en la dosimetría de la pena y llevándonos irremediabilmente al interrogante de hasta dónde es posible adelantar la punibilidad sin que ello sea ilegítimo.

RESUMEN

El Artículo 279° del Código Penal establece que *"El 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años"*. Descripción genérica propia de las denominadas "leyes penales en blanco" que nos obliga a buscar en la norma extrapenal el complemento indispensable a fin de precisar el ámbito prohibitivo del tipo penal.

En este caso particular, la expresión "**ilegítima**" es entendida por la legislación y la jurisprudencia como "**ilegal**" de allí que resulte común la denominación tenencia ilegal o posesión ilegal, como en efecto ocurre en la generalidad de resoluciones judiciales emitidas sobre la materia y específicamente en la legislación especial.

Así la DIRECTIVA QUE ESTABLECE NORMAS COMPLEMENTARIAS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 28397 y, que fuera aprobada por Resolución Ministerial N° 1683-2005-IN-1701, estableció como norma general que por **posesión ilegal de armas de fuego** debía entenderse a la posesión de aquellas armas y municiones que *"no se encontraban registradas en las FF. AA. PNP y DICSCAMEC y que por tanto no cuentan con licencia correspondiente"*, mientras que por **posesión irregular de armas de fuego** debía entenderse *"la posesión de armas y municiones registradas por las FF. AA. PNP y DICSCAMEC con licencias vencidas"*.

REFERENCIAS

Aguilar, M. (2007). Delitos de peligro e imputacion objetiva. *Revista del instituto de la Judicatura Federal*, 129-131.

Barbero, S. (2012). Contribucion al estudio de los delitos de peligro abstracto . En P. G. Cavero, *Derecho penal* (pág. 492). Lima.

Borda, A. (2008). *Manual de Derecho Civil Reales*. Buenos Aires: La Ley S.A.

Cordova, F. (2003). *Delitos de peligro/ de peligro presunto* 1969, p. 373 ss.

Gaceta Jurídica S.A. (2007). *Diálogo con la Jurisprudencia N° 107*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Godenzi, C. (2007). Acción Reivindicatoria. En Gaceta Jurídica S.A., *Código Civil Comentado Tomo V Derechos Reales* (págs. 151-156). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Gonzales, G. (2005). *Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

González, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Hinostroza, A. (2008). *Procesos Civiles relacionados con la Propiedad y la Posesión*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Jakobs, G. (2000). *Criminalizacion en el estadio previo a la lesion de un bien juridico*. Alemania: Ponencia ,penalistas alemanes Frankfurt, mayo 1985.

Musto, N. J. (2000). *Derechos Reales Tomo 2*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L.

Rodriguez, D. (1974). *Derecho penal español*. Madrid.

Roxin, C. (2012). Derecho Penal. En P. G. Cavero, *Derecho Penal, Parte general* (pág. 336). Lima.

spij. (15 de julio de 2017). *sistema peruano de informacion juridica*. Obtenido de <http://spij.minjus.gob.pe/>

Torres, A. (2008). *Diccionario de Jurisprudencia Civil*. Lima: Grijley E.I.R.L.

EXPEDIENTE : 1794-2011-29

SENTENCIADO : JUAN MARTIN FARFAN MAZA

DELITO : Tenencia Ilegal de Munición

AGRAVIADOS : EL ESTADO

APELANTE : ABOGADO DEL SENTENCIADO Y EL MINISTERIO PÚBLICO

ASUNTO : APELACIÓN DE SENTENCIA

PROCEDENCIA : TERCER JUZGADO UNIPERSONAL

JUEZ PONENTE : ALAMO RENTERIA

SENTENCIA

RESOLUCION No. 40

Piura, 21 de Marzo del año dos mil doce.-

VISTA Y OÍDA, la audiencia de apelación de sentencia condenatoria, por los Jueces Integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, DANIEL MEZA HURTADO, TULIO EDUARDO VILLACORTA CALDERON y OSCAR WILFREDO ALAMO RENTERIA, en la que interviene como parte apelante el Ministerio Público representado por el Dr. Manuel Rodolfo Sosaya López y el imputado Juan Martín Farfán Maza, asesorado por su abogado defensor Segundo César Gutiérrez Sánchez – defensor público penal.

I. ANTECEDENTES

1. Que, viene el presente proceso penal en apelación de la Resolución No. 30, de fecha 20 de diciembre del 2011 que contiene la sentencia que condena a JUAN MARTIN FARFAN MAZA como autor del delito contra la seguridad pública – peligro común – Tenencia Ilegal de munición en agravio del Estado representado por el Ministerio del Interior, y como tal le impone siete años de pena privativa de la libertad, más el pago de quinientos nuevos soles por reparación civil a favor del agraviado.

2. La Fiscalía por su parte señala que está de acuerdo con la sentencia que condena al imputado por el delito de Tenencia Ilegal de Municiones, la discrepancia es en el quantum de la pena, dado a que la pena a un sujeto que es reincidente debe superar los extremos mínimos de lo que está consignados para el delito de peligro común – tenencia ilegal de armas de fuego y al haberse impuesto siete años de pena privativa la misma resulta diminuta y es la razón por la cual se apela sobre el quantum de la pena, ya que le debe corresponder una superior al mínimo legal por tener la calidad de reincidente.

3. Que, la sentencia venida en grado ha sido apelada por el sentenciado Juan Martín Farfán Maza, el mismo que refiere que la pena impuesta no está acorde con los medios probatorios actuados y solicitó la revocatoria de la misma, siendo los fundamentos fácticos que el día 08 de abril del 2011, siendo las 5:30 horas, es que su defendido Juan Martín Farfán Maza, es intervenido por personal policial y hacerle el registro personal se le encontró una munición en el interior de su bermuda, y lo que se ha afectado en el juicio oral son los medios probatorios, como son la declaración de Juan Martín Farfán Maza, el acta de registro personal, la oralización de la pericia realizada por el perito balístico que determina que la bala está operativa, el of. 508-2011, de los procesos que tiene mi defendido, y la defensa sustenta la apelación que el registro personal realizado a mi defendido no cumple con las formalidades establecidas en el art. 210 del Código Procesal Penal, teniendo en cuenta que dicho artículo establece que al momento de la intervención de la persona se le

hará conocer los cargos porque se solicita el registro personal, tampoco se ha solicitado la exhibición de los elementos que constituyan el ilícito penal, tampoco se le ha solicitado que pueda intervenir otra persona de su confianza para realizar el registro personal, y dicha acta que se oralizó no contiene los tres presupuestos, en consecuencia nos encontramos ante una prueba ilegal, teniendo en cuenta que no se ha cumplido los presupuestos de la norma procesal Penal, además mi defendido ha señalado en el juicio oral que jamás ha tenido un cartucho de escopeta en su poder, por lo que no se puede establecer responsabilidades y si bien el A quo ha señalado que si tiene valor este medio probatorio por haberlo realizado la Policía resulta ser una prueba pre constituida, porque mi defendido ha firmado el acta, esto no es suficiente para determinar la aplicación de una prueba ilegal y el art. 155 inc 2) del C.P.P, establece que no se puede merituar los medios probatorios aquellos que son prohibidos, y en este caso una prueba ilícita que no ha cumplido estaría inmersa en este artículo, consecuentemente el Juzgador no tendría que haber valorado este medio probatorio. De otro lado en el acta de registro personal, el color de la munición era un color guinda y en el acta de la pericia oralizada a nivel de Juzgamiento se establece de un color rojo, no podemos establecer si estamos hablando del mismo cartucho encontrando a mi defendido, y no existiendo más medios probatorios, por lo que solicito se revoque la misma y se absuelva a mi defendido.

II. CONSIDERANDO:

2.1 FUNDAMENTACION JURIDICA

1. Que, el artículo 279° del Código Penal señala expresamente que “El 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años...”.-

2. El artículo 409° y 419 del Código Procesal Penal, establece las facultades de la Sala Penal Superior, precisando en el numeral uno que la apelación atribuye a la Sala Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos como en la aplicación del derecho.

FUNDAMENTACION FÁCTICA

Antecedentes de la sentencia recurrida

1. La A quo al expedir, la sentencia recurrida ha sustentado su decisión en que a) El sentenciado fue encontrado en posesión de munición sin contar con licencia para portar dicha munición otorgada por la DISCAMEC para dar licencia, pese a tener conocimiento de esa autorización previa para portar munición b) El sentenciado ha sido sometido a procesos penales que de cierta manera constituye ya una experiencia al conocimiento pleno de los supuestos de hecho previstos en la norma que prohíbe determinados comportamientos, c) Además cuenta con quinto año de secundaria, sabe diferenciar los antijurídicos, no exist4e en la conducta del imputado ninguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal, y no concurre ausencia de acción ni ausencia de dolo.

Hechos discutidos en la Audiencia de Juicio Oral de Segunda Instancia

1. Iniciado el debate contradictorio, sin que ninguna de las partes haya ofrecido nuevos elementos probatorios, el abogado del sentenciado como tesis de su defensa, ha señalado que : i) No ha sido puesto en riesgo la seguridad jurídica, puesto que su patrocinado estaba en posesión de una munición plasmado en el registro personal,, no ha creado riesgo al bien jurídico protegido, por lo que su conducta es atípica.

2. Mientras que el Representante del Ministerio Público señala que la Munición – cartucho de escopeta-, incautado al imputado Farfán Maza se encuentra en buen estado de funcionamiento conforme se corrobora con la pericia balística.

Valoración del material probatorio que fundamenta la sentencia apelada

3. Tal como lo ha considerado la A quo, para emitir sentencia condenatoria, se ha basado en la actividad probatoria que conlleva a la certeza y convicción que el ilícito penal imputado al sentenciado Farfán Maza se ha configurado, en tanto que ha sido incautado una munición, tal como se ha evidenciado con el acta de registro personal e incautación suscrito por el propio sentenciado

con fecha 08 de abril del 2011, donde se le encontró en el bolsillo de su pantalón, ratificado la pericia balística forense en la que se determina que la munición se encuentra en buen estado de conservación y funcionamiento.

FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO PAR ABSOLVER AL APELANTE

· Teniendo en consideración que el A quo para sentenciar al condenado recurrente se ha basado en la prueba directa, consistente en el acta de registro personal e incautación suscrito por el imputado Farfán Maza, con fecha 08 de abril del 2011 y si bien la defensa ha cuestionado que no se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 210 inc. 4) del Código Procesal Penal, al no estar consignadas las formalidades, se debe partir que el sentenciado fue intervenido conjuntamente con la persona de Cruz Portilla, a quien sí se le incautó un arma de fuego abastecido con municiones, por lo que no resulta ser suficiente que el acta de incautación sea considerada prueba ilegal, además no se ha obtenido dicha prueba con infracción a la ley procesal penal ni a la Constitución.

· De lo que podemos colegir que en el presente caso, lo que se cuestiona son las formalidades establecidas en el art. 210 inc. 4) del Código Procesal Penal, por lo que

escuchados los audios y analizada las pruebas actuadas, queda demostrado que efectivamente al imputado no se le informó de las razones por las cuales era intervenido, como tampoco el derecho que le corresponde de ser asistido en dicho acto por una persona de su confianza, puesto que en el acta de registro personal e incautación no se ha detallado tales formalidades y solamente se ha limitado a consignar el hallazgo de la munición – cartucho de escopeta color guinda-, conforme bien lo ha señalado el imputado Farfán Maza en el juicio oral donde se ha mantenido en su negativa de señalar que en su poder no ha tenido dicha munición, con lo cual queda demostrado que se ha omitido desarrollar el procedimiento establecido por ley, conllevando a la afectación de la norma procesal penal y atentar contra los derechos del referido sentenciado y que se encuentran comprendidos en la norma Constitucional.

· De otro lado cabe precisar que una de las garantías que ofrece la Constitución Política del Estado, es el derecho de la presunción de inocencia, la misma que para ser destruida, no solo basta la acreditación del hecho punible, sino que es necesario acreditar la vinculación del hecho con el sujeto de imputación, de modo que se pueda determinar su responsabilidad penal. Siendo éste el sentido en que se pronuncia el Tribunal Constitucional; así el derecho a la presunción de inocencia está contenido en la STC No.0618-2005-PHC/TC fund. 22 que comprende “(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde a los jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”. En atención a esto, si es que en el desarrollo del proceso no aparece evidencia concreta respecto a la comisión del delito, lo que cabe por mandato constitucional es absolverse al imputado.

· En consecuencia del análisis de los considerandos de la sentencia recurrida no se ha llegado a determinar con la certeza jurídica que la ley establece que el procesado Farfán Maza, sea responsable del delito materia de enjuiciamiento por cuanto, la recurrida no se

ha fundamentado en una actividad probatoria suficiente que permita al Juzgador la creación de la verdad jurídica y de ésta manera establecer los niveles de imputación de responsabilidad del acusado.

· En cuanto al pago de las costas, éstas están a cargo del vencido, en este caso el Ministerio Público; pero, tal como lo establece el artículo 499 del Código Procesal Penal, dicha institución se encuentra exento de dicho pago.

Fundamentos por los cuales, los Jueces Superiores Integrantes de la SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA, POR UNANIMIDAD,

III. RESUELVE:

1. **REVOCAR** la sentencia apelada que condena a JUAN MARTIN FARFAN MAZA como autor del delito contra la seguridad pública – peligro común – Tenencia Ilegal de munición en agravio del Estado representado por el Ministerio del Interior, y **REFORMANDOLA ABSOLVIERON** al citado JUAN MARTIN FARFAN MAZA del delito de Tenencia ilegal de municiones en agravio del Estado.

2. **DISPUSIERON** su inmediata libertad, siempre y cuando no tenga mandato de detención emanado en su contra

3. **SE ORDENA** se anulen los antecedentes policiales, penales y judiciales que se haya generado con motivo del presente proceso

4. **DECLARAR EXENTO** del pago de costas al Ministerio Público.

S.S

MEZA HURTADO

VILLACORTA CALDERON

ALAMO RENTERIA