

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRA EN
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

**La tipicidad de la tenencia de arma con licencia vencida en la nueva redacción del tipo
penal de tenencia ilegal de arma**

Área de Investigación:

Derecho penal- Parte especial

Autor:

Rivera Lázaro, Carmen Alexandra

Jurado Evaluador:

Presidente: Seminario Mauricio, Jorge Fernando

Secretario: Mignone Torres, Silvana Francesca

Vocal: Benites Vásquez, Tula Luz

Asesor:

Vargas Ysla, Roger Renato

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5558-4988>

TRUJILLO – PERÚ

2024

Fecha de sustentación: 17 de octubre de 2024

La tipicidad de la tenencia de arma con licencia vencida en la nueva redacción del tipo penal de tenencia ilegal de arma

ORIGINALITY REPORT

9%

SIMILARITY INDEX

10%

INTERNET SOURCES

4%

PUBLICATIONS

3%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1

hdl.handle.net

Internet Source

3%

2

pirhua.udep.edu.pe

Internet Source

2%

3

cdn.www.gob.pe

Internet Source

2%

4

idus.us.es

Internet Source

1%

5

lpderecho.pe

Internet Source

1%

6

www.osce.gob.pe

Internet Source

1%

7

pt.scribd.com

Internet Source

1%


Ms. Ronato Vargas Ysla
ASESOR

Exclude quotes On

Exclude bibliography On

Exclude matches < 1%

Declaración de originalidad

Yo, Roger Renato Vargas Ysla, docente asesor de la tesis de investigación titulada "La tipicidad de la tenencia de arma con licencia vencida en la nueva redacción del tipo penal de tenencia ilegal de arma ", autor Carmen Alexandra Rivera Lázaro., dejo constancia de lo siguiente:

- o El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 9 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el día 15 de setiembre de 2024.*
- o He revisado con detalle dicho reporte y la tesis., y no se advierte indicios de plagio.*
- o Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

Lugar y fecha: Trujillo, setiembre de 2024

Apellidos y nombres del asesor

Vargas Ysla, Roger Renato

DNI:42191585

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5558-4988>

FIRMA



Ms. Renato Vargas Ysla
ASESOR

Apellidos y nombres del autor

Rivera Lázaro, Carmen Alexandra

DNI:45813251

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5558-4988>

FIRMA



Carmen Alexandra
Rivera Lázaro
CALL. 7422

DEDICATORIA

Dedico a mi pequeño Salvador

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres

RESUMEN

La presente tesis titulada “La tipicidad de la tenencia de arma con licencia vencida en la nueva redacción del tipo penal de tenencia ilegal de arma” pretende determinar si la tenencia de arma con licencia vencida constituye delito de tenencia. Para ello se determinó si existe conflicto entre el nuevo tipo penal del delito de tenencia ilegal de arma y la Casación N° 211-2014, determinar cuáles son los elementos materiales del delito de tenencia ilegal de arma como delito de mera actividad y de peligro abstracto y analizar si la tenencia de arma con licencia vencida constituye desvalor del acto y desvalor del resultado del delito de tenencia ilegal de arma. Para ello se usó el método inductivo, analítico y sintético. Se concluyó que el hecho materia de análisis si constituye delito de tenencia ilegal, toda vez que se crea un peligro abstracto pues la falta de renovación no permite corroborar que el portador cuente con las capacidades físicas, psíquicas, legales, y con la habilidad necesaria para hacer un uso adecuado del arma.

Palabras clave: tenencia ilegal de arma, delitos de mera actividad, delitos de peligro abstracto, Casación 211-2014.

ABSTRACT

This thesis entitled "The typical nature of possession of a weapon with an expired license in the new wording of the criminal offense of illegal possession of a weapon" aims to determine whether possession of a weapon with an expired license constitutes a possession crime. To do this, it was determined if there is a conflict between the new criminal type of the crime of illegal possession of a weapon and Cassation No. 211-2014, determining what are the material elements of the crime of illegal possession of weapon as a crime of mere activity and abstract danger and analyze whether possession of a weapon with an expired license constitutes disrepute of the act and disvalue of the result of the crime of illegal possession of a weapon. For this, the inductive, analytical and synthetic method was used. It was concluded that the fact under analysis does constitute a crime of illegal possession, since it creates an abstract danger since the lack of renewal does not allow us to corroborate that the bearer has the physical, mental, legal capabilities, and the necessary ability to make proper use of the weapon.

Keywords: illegal possession of a weapon, crimes of mere activity, crimes of abstract danger, Cassation 211-2014.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTOS.....	V
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT.....	VII
ÍNDICE.....	VIII
I INTRODUCCIÓN.....	9
II MARCO TEÓRICO.....	11
III METODOLOGÍA.....	25
III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	27
VII. CONCLUSIONES.....	45
VIII. RECOMENDACIONES.....	45
IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47
X. ANEXOS.....	48

I INTRODUCCIÓN

1.1 Realidad problemática

El artículo 22 de la ley orgánica del poder judicial nos señala el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial. Ello significa que, en principio, todas las instancias judiciales deben cumplir obligatoriamente los principios jurisprudenciales indicados aquí. Como regla excepcional los magistrados pueden apartarse de la jurisprudencia vinculante sólo si motivan su decisión y los fundamentos que invocan para ello.

El objeto de ser de los precedentes vinculantes no fue limitar o prohibir a los jueces de la actividad interpretativa que por definición les corresponde, si no sentar bases en pro de la seguridad jurídica de los administrados (justiciados).

Es por ello que quedó abierta la posibilidad de que un magistrado se aparte de un precedente vinculante, siempre y cuando como ya señalamos haga considerables intentos por fundamentar una postura distinta a la consignada en el precedente.

Sin embargo, existe un problema paralelo, que no comprende tanto el apartamiento del precedente sino más bien el cese de su aplicación. Tengamos en cuenta que hay el precedente vinculante, manifestación del razonamiento y decisión de un juez, es básicamente la interpretación de la ley actual.

Es decir, la ley nos brinda la base sobre la cual se rige la sociedad, y algunas cuestiones “que no son lo suficientemente claras para ser aceptadas unánimemente” son interpretadas por la jurisprudencia. De este modo, si bien la jurisprudencia crea derecho, debe fundamentarse en la ley.

Es por ello que es imprescindible preguntarse si un precedente vinculante tiene razón de ser si la ley en la que se fundamenta es derogada. La respuesta a dicha pregunta es no. No tiene sentido que un precedente vinculante mantenga su calidad de obligatorio si se fundamentó en una ley que en este momento no existe.

Más aún si hablamos de un precedente vinculante que tiene por objeto únicamente definir una figura jurídica señalada en la ley. La razón de ello, es que a diferencia de otros

precedentes vinculantes que tienen por objeto graficar un principio o un razonamiento, estos precedentes se limitan a definir un término que en la ley actual ya no existe.

El problema es más complejo si al momento de publicarse el precedente vinculante, la ley en la que se fundamenta ya había sido derogada. Este supuesto es completamente plausible de producirse, tengamos en cuenta la enorme diferencia que hay entre la consumación de un delito y la sentencia que se pronuncia sobre este, cuanto más si tenemos en cuenta que el precedente vinculante sólo puede ser emitido por una Sala Especializada de la Corte Suprema.

Un escenario como el descrito se dio en la casación 211-2014. El acto objeto de análisis se realizó bajo la vigencia de la redacción original del delito de tenencia ilegal de armas, posteriormente el artículo fue modificado sustantivamente por otro, y pocos meses El caso se resolvió a través de la casación 211-2014.

Lo interesante es que la citada casación se fundamentó en la redacción original del delito de tenencia ilegal de arma, decisión por todas luces correcta toda vez que los actos consumativos se dieron lugar durante la vigencia de dicho tipo penal. Sin embargo, fue curiosa la decisión de Sentar precedente vinculante teniendo en cuenta que la redacción en que se había fundamentado había sido derogada.

Tal controversia no debió significar una duda significativa en los operadores jurídicos, toda vez que es por toda clara la preferencia de la ley (nuevo tipo penal) sobre la jurisprudencia (precedente vinculante).

Sin embargo, en la práctica sucedió todo lo contrario. El respeto, en ocasiones ciego, a los precedentes vinculantes, motivó que la gran mayoría de operadores jurídicos acepten el precedente por encima del nuevo tipo penal.

Lo más probable, es que hayan considerado que el nuevo tipo penal estaba dirigido a la misma conclusión a la que llegó la casación citada, y que, por tanto, la controversia respecto de la tipicidad de la tenencia ilegal de armas con licencia vencida, se resolvía de la misma forma aún con las modificaciones normativas.

Nosotros consideramos que tal conclusión es incorrecta, o que cuanto menos merece 2 análisis. El primer análisis -que debería hacerse- es respecto de cuál es la opinión del nuevo

tipo penal frente a la controversia en materia de análisis, bajo un escenario *ceteris paribus*. El segundo análisis, correspondiente a cuál debe ser la fuente del derecho a utilizarse en caso de controversia entre esta norma y este precedente vinculante.

El análisis de estas 2 cuestiones nos llevará a respondernos si la tenencia de arma de fuego con licencia vencida es atípica como se viene aplicando actualmente en el país.

1.2 Formulación del problema

¿Constituye delito de tenencia ilegal de arma de fuego, la tenencia de arma con licencia vencida?

1.3 Hipótesis

Si constituye delito de tenencia ilegal de arma de fuego, la tenencia de arma con licencia vencida, toda vez que el portador no ha cumplido con los requisitos solicitados en la renovación que tienen por finalidad asegurarse que la tenencia por parte del agente no constituya un peligro para la sociedad.

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general

- Determinar si la tenencia de arma con licencia vencida constituye delito de tenencia ilegal de arma

1.4.2 Objetivos específicos

- Determinar si existe conflicto entre el nuevo tipo penal del delito de tenencia ilegal de arma y la Casación N° 211-2014.
- Determinar cuáles son los elementos materiales del delito de tenencia ilegal de armas como delito de mera actividad y de peligro abstracto.
- Analizar si la tenencia de arma con licencia vencida constituye desvalor del acto y desvalor del resultado del delito de tenencia ilegal de arma

II MARCO TEÓRICO

2.1 Aplicación en el tiempo del nuevo tipo penal de tenencia ilegal de arma

2.1.1 Antecedentes

La aplicación del nuevo tipo penal de tenencia ilegal de arma de fuego se ha visto obstaculizada por la Casación 211-2014-ICA que, de manera confusa, señaló como precedente obligatorio una interpretación de la redacción ya derogada del tipo penal de tenencia ilegal de arma de fuego.

Por ello es conveniente explicar el desarrollo fáctico de dicha confusión.

En la publicación original del Código Penal, el delito de tenencia ilegal de arma usaba la redacción “el que ilegítimamente tiene en su poder”. El día 19 de noviembre del 2011 el imputado fue encontrado con arma de fuego, pese a que su licencia se encontraba vencida. Ello originó el debate jurídico respecto de si la tenencia de arma con licencia vencida constituye el tipo penal.

El día 19 de agosto del año 2013 (cuando el proceso descrito no había concluido) se modifica el tipo penal, usando como elemento “el que sin estar debidamente autorizado” en lugar del derogado “el que ilegítimamente”.

Por supuesto, este nuevo tipo penal es aplicable a los delitos cometidos al día siguiente de su publicación, es decir, desde el 20 de agosto del 2013.

Por el contrario, el caso descrito (que motivó la Casación 211-2014-ICA) debía resolverse en base a la redacción original, por el principio de no retroactividad de la ley penal.

Es así que el 8 de mayo del 2016 se declara la Casación 211-2014-ICA que declara atípica la tenencia de arma con licencia vencida. Para ello hizo una interpretación del tipo penal, el tipo original, cuyo elemento recordemos era “el que ilegítimamente”.

Sin embargo, no corresponde a la presente investigación desarrollar los argumentos de la casación citada, toda vez que el tipo penal que vamos a desarrollar (con el elemento normativo “sin estar debidamente autorizado”) se publicó con posterioridad al delito analizado en la casación.

2.1.2 Supremacía de la Ley sobre la Jurisprudencia

Antes de desarrollar el principio de ultra actividad es conveniente hablar sobre las fuentes del derecho y el orden de atención que tiene cada uno, ello con el fin de desarrollar como la ley tiene preferencia sobre la jurisprudencia.

El derecho, como sistema jerarquizado y estructurado de normas que regulan los comportamientos del hombre en sociedad, cuenta con una serie de fuentes que lo dotan de esas normas a aplicar. (SUÁREZ, 2020)

Así, fuente de derecho es todo aquello que debe ser tomado en cuenta al momento de resolver una controversia jurídica. Es decir, son todas aquellas fuentes a las que recurrirá el operador jurídico para la resolución de problemas.

En ocasiones una fuente del derecho puede tener una inclinación distinta a otra fuente, por ejemplo, que en la jurisprudencia predomine una postura distinta a la de la legislación comparada.

Por ello es importante entender que las fuentes del derecho no se encuentran todas en el mismo nivel jerárquico, sino que unas predominan sobre otras. En ese sentido, cuando hablamos de predominio nos referimos a que ante un problema debemos buscar la solución en la fuente del derecho más importante, y sólo en caso no hallemos respuesta en ésta, recurriremos a la siguiente fuente de derecho en importancia.

Respecto de qué fuente en el derecho es más importante que otra, es una discusión que le corresponde a cada Estado. En Perú la indicación de los niveles jerárquicos de cada fuente del derecho se estableció en el EXP. N.º 047-2004-AI/TC.

En dicho expediente se señaló el nivel jerárquico de las fuentes de la siguiente manera:

- Fuentes normativas
- jurisprudencia
- costumbre
- principios generales del derecho
- contrato
- doctrina

De ello debemos entender que ante una incongruencia entre una fuente normativa y la jurisprudencia, prima la ley. esto último es importante aclarar por qué en la práctica la jurisprudencia tiene un papel tan importante que en ocasiones olvidamos que se encuentra relegada por la fuente normativa.

La razón de ello, cómo es la dificultad de los operadores jurídicos para distinguir una incongruencia entre jurisprudencia y ley. (BEDOYA, 2019) Tengamos en cuenta que las sentencias son una interpretación de la ley hecha por un juez, de tal modo que, si la jurisprudencia ordena una premisa distinta a la señalada por la ley, la mayoría de operadores jurídicos no verá una incongruencia si no una interpretación de la ley. de este modo una jurisprudencia, incluso si estuviera mal hecha, será vista como interpretación de la ley (una interpretación contra intuitiva en el peor de los casos), y por tanto válida.

Peor aún, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 22 señala:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

La redacción del citado artículo promueve que En los supuestos de que una jurisprudencia sea incongruente con una fuente normativa, los jueces no sólo no se percatarán de la incongruencia, sino que, además, en atención al artículo 22 de la citada ley, repetirán tal error o incoherencia en sus propias resoluciones.

En el siguiente párrafo del artículo 22 promueve una excepción, que señala:

En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

En efecto los magistrados no están obligados a acatar en todos los casos la jurisprudencia de observancia obligatoria, sino que pueden apartarse de ella cuando consideran que, por ejemplo, el caso materia de litis es distinto al caso que invocó dicha jurisprudencia, o la jurisprudencia queda en sí obsoleta porque la ley en la que se sustenta ha sido modificada significativamente. (SINCHE, 2021)

Sin embargo es poco usual que los jueces opten por apartarse de una jurisprudencia de observancia obligatoria, por la misma razón que no pueden distinguir cuando una jurisprudencia es contraria a las fuentes normativas: porque incluso en altas esferas académicas como es la magistratura, se enseña más a través del desarrollo de casos que en el fortalecimiento de las bases e instituciones esenciales del derecho penal, por tanto, ante la necesidad de resolución de un caso optamos por buscar el caso más similar que conozcamos y aplicamos la misma solución, en lugar de analizar propia y personalmente cada uno de los problemas a resolver.

2.1.3 Aplicación de la ley en el tiempo: el nuevo tipo penal de tenencia ilegal de arma

La aplicación de jurisprudencia obligatoria en la Casación 211-2014-ICA no fue incoherente con la ley, ni lesiva al principio de legalidad, ello se expondrá en el presente capítulo.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el artículo 103 de la Constitución Política señala que **solo la ley deroga a otra ley** (el resaltado es nuestro). Aunque ello resulte obvio, tiene gran relevancia en el presente problema, pues la Casación 211-2014 se publicó con posterioridad a la modificación normativa de “el que ilegítimamente..”.

Por ello, es de suma importancia señalar que dicha Casación, de ninguna manera se impuso, o tiene aplicación preponderante sobre el nuevo tipo penal.

Tenemos entonces que nuevo tipo penal y jurisprudencia concluyen de manera distinta sobre el uso de arma con licencia vencida, y debe aplicarse una sola fuente (GUERRERO, 2020) (ley o jurisprudencia).

Sin embargo, al comprender que la jurisprudencia no se puede imponer sobre la ley, y lo indicado en el capítulo sobre jerarquía de las fuentes normativas, entendemos que, debido a la publicación del nuevo tipo penal, la Casación 211-2014 carecía de efecto ultractivo.

Ello no significa que la Casación sea inútil a los casos de tenencia, sino que su aplicación está limitada solo a aquellos delitos cometidos antes del nuevo tipo penal, aun si la sentencia se revuelve con posterioridad al nuevo tipo. Ello lo explicamos a continuación.

La casación 211-2014-ICA interpretó el delito de tenencia ilegal, pero más específicamente interpretó el elemento normativo “el que ilegítimamente”. De este modo, la casación describió la interpretación del término ilegítimo, así como conceptos relativamente similares que, según consideró, no estaban dentro de su definición.

Por tanto, la casación planteó precedente de observancia obligatoria para todas las decisiones que deban analizarse bajo el tipo penal anterior, es decir, para todo delito consumado hasta la entrada en vigencia del nuevo tipo penal.

Por tanto, el precedente de observancia obligatorio no fue ocioso ni inútil, sino que reguló todo delito realizado bajo el anterior tipo penal. Por supuesto que, para los delitos cometidos bajo el nuevo tipo penal, la casación no tendría aplicación, precisamente por el uso de un elemento normativo distinto al descrito en esta.

2.2 El bien jurídico afectado en el delito de tenencia ilegal de arma: la seguridad pública

2.2.1 Bien jurídico individual y colectivo

El derecho penal se compone del derecho penal formal y el derecho penal material. El derecho penal formal es la normativa penal de un Estado, en nuestro caso el Código Penal, y las leyes especiales.

Por su parte, debemos recordar que el derecho tiene una razón de ser. El derecho tiene objetivos (la convivencia social, el desarrollo de la sociedad, etc.). Una forma de lograr esos objetivos es a través de la conceptualización de los llamados bienes jurídicos, entendido estos como aquello que el Derecho protege para lograrlos.

Estos bienes jurídicos son objeto de protección por parte de todo el derecho, que hace uso de todas sus ramas (civil, laboral, administrativo, penal, etc.) para, valga la redundancia, protegerlos.

Cuando un bien jurídico es de suma importancia, o cuando las otras áreas han fallado en protegerlo, el Estado acude al derecho penal para la prevención y sanción del acto lesivo. No existen por tanto los bienes jurídicos penales, sino los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

Ello es la razón por la que algunos supuestos, como es el caso de la tenencia ilegal de arma, son regulados vía administrativa, y otros por vía penal. Es la razón también por la que algunas conductas reguladas vía administrativa, al ser reincidentes, o al no reparar los daños, sean luego tratadas por el derecho penal. (VILLEGAS, 2020)

Entonces, el derecho penal pretende proteger estos bienes jurídicos, y debido al principio de legalidad, todos los tipos penales, así como las reglas a aplicarse (tentativa, omisión, complicidad, etc.) deben estar escritos en la norma.

El conjunto de esas normas, de carácter penal, como ya lo dijimos, es el derecho penal formal. Pero el derecho penal, entendido como el derecho que busca proteger los bienes jurídicos, el derecho penal entendido como el objetivo más que como una norma escrita, es el derecho penal material.

Es importante que tengamos en cuenta el concepto descrito de derecho penal material, pues será determinante en el estudio de la presente tesis.

Por cuestiones de utilidad y desarrollo teórico, la doctrina ha tenido a bien clasificar los bienes jurídicos en individuales y colectivos. Ambos son protegidos por el Estado a través del tipo penal, sin embargo, la forma de lesionarlos es muy distinta.

Los bienes jurídicos individuales son aquellos cuyo objeto material (en caso de comisión del delito) puede ser individualizado o dividido. A modo de ejemplo, el delito de hurto, protege el bien jurídico “propiedad”, y el objeto material es aquello que fue robado (por ejemplo, dinero).

En el ejemplo descrito, podemos determinar a quién le pertenecía el dinero hurtado (sujeto pasivo), esto es individualización. Pero si el dinero sustraído era un ahorro pensionado, donde habrían colaborado varias personas en partes iguales, podemos determinar cuánto le han hurtado a cada víctima, esto es división.

Por el contrario, los bienes jurídicos colectivos no pueden individualizarse ni dividirse, es un bien que le corresponde a todos por igual. Imaginemos que, a diferencia del ejemplo anterior, el dinero hurtado (para más precisión: peculado) le corresponde al Estado.

En ese sentido, los bienes jurídicos colectivos no son posibles de individualizar, porque en principio les corresponden a todos los ciudadanos. es así que bienes jurídicos como la seguridad pública, la salud pública o el correcto funcionamiento de la administración pública, así como la protección de flora y fauna es un derecho innato de todos los ciudadanos y no se podría decir que a alguno de ellos le beneficia más este derecho que a otros.

Debe tenerse presente que bienes jurídicos colectivos significa entonces esta abstracción de titularidad entre todos los habitantes y no, como pudiera pensarse, el que un bien jurídico le pertenezca a una pluralidad de personas.

Así por ejemplo hemos señalado hace poco el caso de un hurto contra un dinero que le corresponde a varios pensionados, y el hecho de que sea más de uno el titular del objeto material no significa que estemos ante un bien jurídico colectivo pues el dinero hurtado es divisible.

2.2.2 El delito de tenencia ilegal de arma de fuego

El delito de tenencia ilegal de armas como su nombre lo señala consiste en tener/poseer un arma de fuego. Castañeda (2014, p. 82) señala que la posesión debe ser corporal, sin embargo, consideramos que debemos entender la posesión no tanto desde un plano fáctico, sino normativo, es decir debemos entender al poseedor como a todo aquel que puede hacer ejercicio o uso de un bien.

En ese sentido, para nosotros, la posesión de un arma de fuego puede ser ejercida tanto por aquella persona que lleve el arma en la mano en el bolsillo como quien lo tiene guardado en un cajón dentro de su casa. (SANJURJO D. , 2018)

Téngase presente, anteriores redacciones del tipo penal, la última modificación del delito de tenencia ilegal de armas coma el artículo 279-G del código penal señala:

El que, sin estar debidamente autorizado (...) porta o tiene en su poder, armas de fuego (...)

De este modo el nuevo tipo penal tuvo en cuenta las 2 modalidades de comisión de este delito que son el portar y la tenencia¹. Es así que la conducta típica de portar hace referencia a la posición física, el llevar el arma consigo para poder usarla inmediatamente en caso así lo decida el agente, mientras que la conducta tener hace referencia a su concepto normativo, es el hecho de pertenencia de un objeto aun cuando el sujeto no lleve consigo el arma sino por ejemplo lo tenga guardado en un cajón de su cuarto. Ambas figuras son típicas.

La distinción entre ambas figuras se dio, como ya lo hemos señalado, en la última modificación del tipo penal, pues en la redacción original, así como en sus múltiples modificaciones el elemento típico era “tiene en su poder” más no el hecho de “portar” que la doctrina asumía como incluida en la tenencia.

2.2.3 La seguridad pública como bien jurídico colectivo

Asimismo, como ya ha apuntado la doctrina, se trata de un delito de mera actividad, es decir, no se requiere de un resultado en específico. Castañeda (2014) señala que por tratarse de un delito de mera actividad no es necesario vulnerar efectivamente el bien jurídico “seguridad pública”. (RODRIGUES, T., RODRIGUEZ-PINZÓN, E. M. , 2020)

Es importante hacer una aclaración al respecto, la seguridad pública es un bien jurídico colectivo, no individual. (SANJURJO D. , 2021) Los bienes jurídicos colectivos se caracterizan porque no son divisibles entre los miembros que lo poseen. Es decir, a diferencia de una suma de dinero o de un producto alimenticio que se puede repartir entre los beneficiados, la seguridad pública no es divisible entre estos. Del mismo modo no es posible identificar específicamente quien fue beneficiado con este bien jurídico.

¹ por supuesto, el tipo penal de tenencia ilegal de armas comprende otras conductas típicas, sin embargo hemos tenido a bien desarrollar sólo estas 2 que son las relevantes para la investigación. es así que el tipo penal en mención señala: “El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo.”

Ello implica que debemos cambiar nuestra mentalidad en lo que respecta a la idea de lesión de un bien jurídico colectivo. Para este tipo de lesión muchas veces basta el ingreso de un producto al mercado. Así, por ejemplo, el ingreso de drogas a la ciudad ya afecta la salud pública aun cuando ninguna persona haya sido perjudicada en su salud (individual) por el consumo de estas.

Entonces la afirmación de que el ingreso de armas al mercado o la posesión de armas de parte de una persona no afecta la seguridad pública es cuanto menos dudoso (téngase presente el ejemplo de las drogas descrito en el párrafo anterior).

Así por ejemplo el ingreso de armas al mercado ya es una lesión efectiva a la seguridad pública, lo dudoso sería en cambio la posesión, puesto que la lesión a la seguridad pública dependerá si esta posesión es un estado previo a la comercialización o Con la intención de un uso personal.

En esa línea, la casación 238-2020- Lambayeque sostiene:

El artículo 279-G del CP es un tipo delictivo comisivo de peligro abstracto (cumple una función de anticipación de la tutela penal en evitación del riesgo de lesión, no se requiere ni la lesión efectiva del interés tutelado ni su puesta en peligro en el caso concreto), de mera actividad (se consuma con la mera detentación material del arma o municiones –sentido material de detentación o disponibilidad–, siempre idóneos y que se produzcan en condiciones o circunstancias que la conviertan en peligrosas para la seguridad ciudadana: situación objetiva de riesgo del elemento material u objetivo, sin que sea necesaria demanda de riesgo concreto), de tenencia (relación entre la persona y el arma o municiones que permita la utilización de la misma conforme a sus fines: animus rem sibi habendi y disponibilidad, siendo indiferente que el sujeto la lleve sobre su persona o en el vehículo donde viaja, o la tenga en su domicilio o en cualquier otro lugar de donde la pueda coger cuando quiera), permanente, de carácter mixto alternativo y de remisión normativa (que delimita el objeto de prohibición a partir de la legislación administrativa: es el elemento jurídico extrapenal).

La convicción de muchos autores u operadores judiciales de que esta conducta no afecta la seguridad pública obedece a una visión individual, y no colectiva, del bien jurídico. Es decir, los seguidores de esta postura están pensando más en un delincuente que usa su arma para asaltar (bien jurídico individual: patrimonio), que en el peligro que represente la circulación de las armas de manera ilegal dentro de la ciudad (bien jurídico colectivo: seguridad pública).

Una consecuencia jurídica de este mal planteamiento es que a su vez lleva el error de ver al delito de tenencia ilegal de arma como un adelantamiento de la punibilidad de conductas lesivas de bienes jurídicos individuales. Dicho con un ejemplo, para ellos el robo es la conducta que efectivamente lesiona mientras que la tenencia ilegal de armas es el adelantamiento de punibilidad de dicho delito.

A estas alturas queda claro ya el error subsecuente de este mal planteamiento, que es precisamente uno de los objetivos de análisis de esta investigación, cuando se analice si una conducta, en este caso la tenencia ilegal de arma con licencia vencida, lesiona o pone en un riesgo el bien jurídico, un sector de la doctrina analizará si esta conducta ayuda -o no- al delito de robo. Este planteamiento es uno de los objetivos de crítica de la presente investigación.

2.3 El elemento normativo “sin estar debidamente autorizado”

2.3.1 El elemento sin estar debidamente autorizado y la ayuda complementaria del derecho administrativo

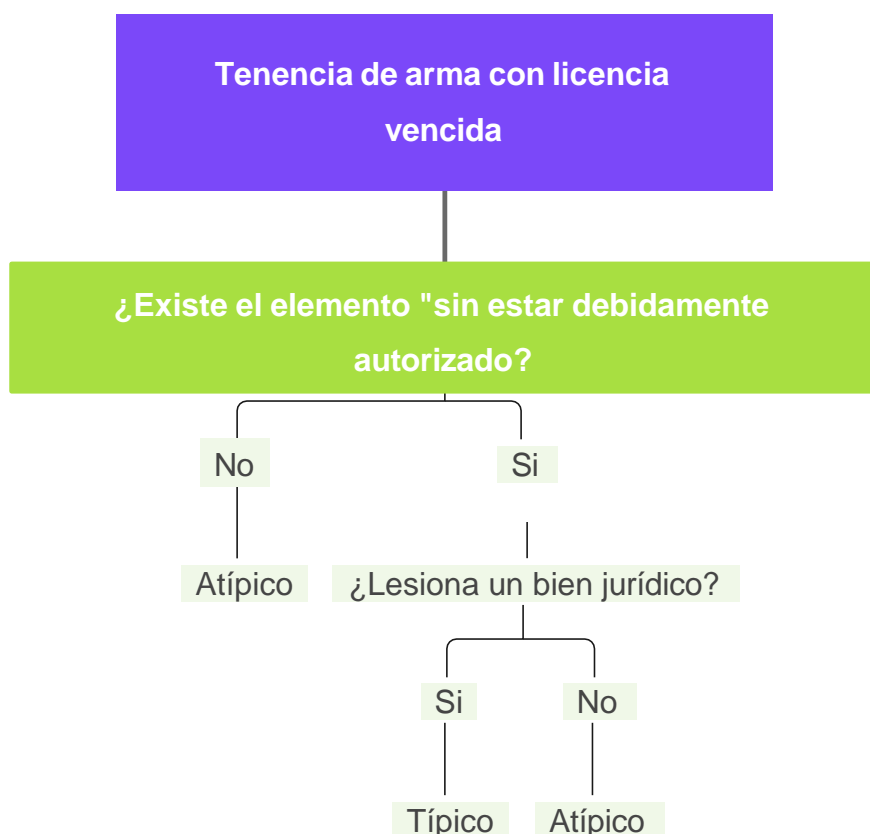
Calderón (2014) Acertadamente señala que el elemento “sin estar autorizado” incorporado por la ley N° 30777 es un elemento normativo, cuyo concepto y delimitación debe recurrir al derecho administrativo, que tiene acá una función complementaria. (pp. 56-57)

Es importante, en este punto, señalar en qué consiste la aplicación complementaria de otra área del derecho. En ocasiones, en la redacción de algunos delitos, se usa un elemento normativo que corresponde a un área distinta al derecho. así por ejemplo el delito de tenencia ilegal de armas usa como elemento normativo el “sin estar autorizado”, pero dicha autorización le corresponde al derecho administrativo. por lo tanto, en la calificación penal de la conducta debemos recurrir al derecho administrativo para que nos responda si estamos ante la existencia o no de dicho elemento. tal calificación debe hacerse en base a las reglas y

principios del derecho administrativo, muy al margen que cuando volvamos a la calificación penal re evaluemos dicha conducta en base a las reglas y principios penales.

En ese sentido para analizar el elemento sin estar autorizado o sin estar debidamente autorizado o elementos similares como legalidad debemos preguntarle al derecho administrativo si éstos se encuentran presentes o no.

Para mejor exposición del problema presentamos este mapa mental:



Es decir, para el análisis de la tipicidad de la tenencia de arma con licencia vencida debemos preguntarnos primero si existe el elemento “sin estar debidamente autorizado” para el que recurriremos al derecho administrativo, si este nos señala qué tal elemento existe, entonces recién acudiremos al derecho penal para preguntarnos si esta conducta está acorde al principio de lesividad.

2.3.2 Concepto de autorización administrativa

La autorización administrativa es el permiso por parte de una entidad administrativa a un sujeto de derecho de realizar determinada actividad o conducta. (MATTAR, 2020) Estas

conductas, por supuesto, requieren de esta autorización previa, pues a diferencia de un derecho, no se puede asumir por defecto que un ciudadano pueda realizarlas.

La necesidad de una autorización administrativa no implica que el ciudadano no tenga derecho a realizar dicha conducta, sino que se circunscribe generalmente a aquellos derechos que los ciudadanos tienen pero que el estado debe controlar y supervisar a fin de que podamos vivir en comunidad. (CONTRERAS, 2019)

En el caso de la autorización administrativa para portar armas, podemos observar que todo ciudadano tiene derecho a portarlas, que sin embargo es necesario que el Estado controle y supervise la tenencia de estas a fin de asegurarse que los titulares se encuentren en capacidad física, psicológica y emocional para hacer un uso responsable de esta.

Ello implica a su vez que el Estado podrá tomar todos los exámenes que consideren necesarios -dentro del marco de la razonabilidad- como el examen de vista, examen de puntería, examen psicosomático, etc. Ello con el fin de que el porte y la tenencia de armas no constituya un peligro para la sociedad, hablamos acá de delitos dolosos y culposos, así como de otro tipo de lesiones que, aunque no tengan pertinencia penal, pueden afectar a la comunidad.

2.3.3 Respecto del porqué el vencimiento de la licencia implica la pérdida de la autorización

A nivel macro, debemos distinguir los actos administrativos en 2 tipos: los de aprobación automática y los de evaluación previa. Los de aprobación automática como su nombre los dice, son aquellos que, aunque el usuario (administrado) deba solicitarlos, estos serán aprobados automáticamente. por otra parte, los actos administrativos de evaluación previa son aquellos que el administrado debe solicitar pero que la entidad deberá evaluar previamente a fin de decidir sobre su aprobación, ello implica generalmente que la entidad no puede tomar una decisión basada solamente en fundamentos de derecho o en la presencia de requisitos, sino que deberá evaluar y/o investigar sobre la existencia de elementos o factores de relevancia para dicha aprobación. (PUIG, 2020)

Es así, que tanto el permiso para portar armas como la renovación de este permiso requieren de una solicitud que se tramita como procedimiento administrativo de evaluación previa.

(MORETA, 2019) Ello quiere decir, como ya lo hemos señalado, que la entidad deberá evaluar y/o investigar sobre la existencia de elementos o factores relevantes para la aprobación.

En este caso, dichos factores serán los exámenes ya señalados, las entrevistas, antecedentes penales, judiciales y policiales y muchos otros de relevancia.

Por lo tanto, la renovación implica una nueva autorización. aunque sea necesario redundar, resaltamos que no es sólo la solicitud para portar armas la que requiere de evaluación, sino también la de renovación. Ello implica, que, a nivel administrativo, el portar armas con licencia vencida es tan reprochable como el portarlas sin haber obtenido nunca dicha licencia, (FARRERES, 2022) pues en ambos casos el ciudadano está realizando una actividad que requiere de un procedimiento administrativo de evaluación previa, sin tener dicha aprobación.

El hecho de tener que solicitar nuevamente la autorización, y que ésta requiera de un procedimiento de evaluación, deja en evidencia que la autorización original no se encontraba suspendida ni nada que se le parezca, sino que se había perdido. (PUIG, De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables, 2019)

Esta serie de premisas, evidentes para el derecho administrativo, tendrá gran repercusión en el derecho penal, toda vez que nos indica la respuesta a la pregunta más relevante de este problema: el agente no tiene la debida autorización para portar armas una vez que su licencia ha vencido.

Como excursio a la serie de premisas expuestas, aunque con una relevancia aún superior a lo expuesto hasta ahora, debemos señalar que el artículo 28.3 del Reglamento de la Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil (en adelante: D.S. N° 010-2017-IN) señala que el porte del arma queda prohibido desde el día siguiente a la fecha de vencimiento de la licencia, hasta la fecha del pronunciamiento de la SUCAMEC respecto de la solicitud de renovación.

En contra de esta postura, hay quienes podrían sugerir el artículo 28.2 de la citada ley para señalar que la autorización nunca se perdió, sino que sólo se suspendió. Es así que el citado artículo señala:

La pérdida de la vigencia de la licencia suspende el porte del arma de fuego; sin perjuicio de las sanciones correspondientes.

No compartimos dicha opinión, toda vez que el citado artículo señala que lo que se suspende es el porte del arma de fuego, mientras que la vigencia de la licencia se pierde. La ley es clara al respecto y no hay motivos para una interpretación que se aleje de su literalidad.

III METODOLOGÍA

3.1 Tipo y diseño de investigación

3.1.1 Tipo de investigación:

La presente investigación es de tipo básico, toda vez que no tendrá aplicación directa sobre una situación en concreto.

3.1.2 Diseño de investigación:

La investigación es no experimental, toda vez que el investigador no alterará ni influirá sobre ninguna de las variables.

3.2 Métodos

3.2.1 Método dogmático

Se analizará la norma penal en base a los principios y reglas del derecho penal.

3.3 Técnicas

La técnica a utilizar será la revisión bibliográfica, en la que se estudiará fuentes documentales como libros, artículos, etc.

3.4 Instrumentos

El instrumento a utilizar será el análisis de datos

3.5 Población

- La población está conformada por los libros y artículos de derecho penal, y en especial aquellos que analicen los delitos de peligro, los delitos de mera actividad, y el delito de tenencia ilegal de arma.

3.6 Rigor científico

La investigación será revisada por el Dr. Renato Vargas Ysla.

3.7 Aspectos éticos

Se respetará la guía de elaboración de tesis de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Se respetarán las normas APA sexta edición.

IV RESULTADOS

4.1 RESULTADO N° 1

Determinar si existe conflicto entre el nuevo tipo penal del delito de tenencia ilegal de arma y la Casación N° 211-2014.



La publicación de la nueva redacción del tipo penal de tenencia ilegal de arma deroga el efecto ultra activo de la casación Casación 211-2014. Ello lo desarrollaremos a continuación.

El tribunal constitucional (en adelante TC) dictaminó en el EXP. N.º 047-2004-AI/TC cuáles son las fuentes del derecho y cuál es la jerarquía entre ellos. En dicha casación se instituyó, que la ley es la principal fuente de derecho, siendo secundada por la jurisprudencia.

Ello deja claro entonces que la ley prima sobre la jurisprudencia, y en caso de contraposición se deberá priorizar a la primera. En ese sentido, la jurisprudencia tendrá efectos cuando la ley no haya resuelto una cuestión, pero de ningún modo la jurisprudencia, bajo ningún tipo de interpretación, podrá contradecir o dictaminar algo distinto a lo que la ley expresamente dice. Ya aclarado dicho parámetro, corresponde describir el caso materia de análisis.

La Casación 211-2014 se pronunció respecto de un hecho acontecido bajo la anterior redacción del tipo penal de tenencia ilegal de armas. Sin embargo, al momento de la emisión de la sentencia el tipo penal había sido modificado sustancialmente.

La Casación 211-2014 hizo lo correcto al analizar el hecho en base al antiguo tipo penal. Incluso todo su razonamiento judicial se basó en elementos del antiguo tipo penal que ya no se encontraban presentes en el nuevo tipo.

Lo cuestionable es que declaró muchos de sus fundamentos como jurisprudencia vinculante, cuando al momento de su emisión la norma ya había sido modificada, y las instituciones o elementos utilizadas en su razonamiento judicial habían sido derogadas normativamente.

Debido a esta imprudencia, nos encontramos ahora ante una contraposición entre ley y jurisprudencia.

Como ya hemos desarrollado en líneas anteriores, la ley se impone a la jurisprudencia. En este caso la modificación de la ley traerá consigo que la jurisprudencia vinculante deje de surtir efectos ultra activos.

En vista que los efectos ultra activos de la jurisprudencia vinculante dejan de surtir efectos debido a la modificación normativa, se deduce también que antes de dicha modificación siguen vigentes estos efectos.

Por tanto los jueces ordinarios deberán seguir aplicando esta casación en los delitos cometidos antes de la modificación normativa, aún cuando el proceso se realice con posterioridad.

Cabe mencionar que la Casación 712-2016, señala que la Casación 211-2014 subsumió el tipo base a la redacción anterior del tipo penal. Y por tanto, el análisis que la Casación 712-2016 hizo, aun siendo opuestas a la Casación 211-214 (que es doctrina jurisprudencial vinculante) no contravienen dichos preceptos.

A modo de comentario, este argumento, es el mismo expuesto en la presente tesis: los argumentos de esta investigación no contravienen lo dispuesto en la doctrina jurisprudencial vinculante de la casación 211-2014 pues esta se basó en la redacción anterior del tipo penal, mientras que esta investigación se basa en el nuevo tipo penal.

4.2 RESULTADO N° 2

Determinar cuáles son los elementos materiales del delito de tenencia ilegal de armas como delito de mera actividad y de peligro abstracto.



En esta discusión de resultados se describirá 1) porque el delito de tenencia ilegal de arma es un delito de mera actividad y de peligro abstracto, y 2) que para la configuración de un delito de peligro abstracto no basta identificar el acto sino también el peligro generado.

1) Respecto de las categorización del delito: ¿el delito de tenencia ilegal de armas es un delito de peligro abstracto o de mera actividad?

Antes de pasar al tema de análisis, es importante señalar que el principio de legalidad de nuestro código penal señala que para la existencia de todo delito, la conducta debe lesionar o poner en peligro el bien jurídico. De esa postura es Bramont (2009).

La primera cuestión a analizar es si un delito puede ser de peligro abstracto y de mera actividad al mismo tiempo. Aunque algunos consideren que esta cuestión no requiere de una resolución, debemos tener presente que existen delitos de mera actividad y de resultado, siendo que por resultado nos referimos a la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico. Ello genera la equivocada creencia que los delitos de mera actividad no conllevan a una lesión o una puesta en peligro.

Así por ejemplo Bacigalupo señala que en los delitos de pura actividad sólo se debe comprobar la realización de la acción típica, y que ello rige también para los delitos de peligro abstracto, que no se diferencian de los de pura actividad. (pp. 313-314)

Cabe señalar que Bacigalupo (1999) no indica que ambas figuras sean ontológicamente lo mismo, sino que no pueden diferenciarse materialmente. Aun así no compartimos dicha opinión, como lo desarrollaremos en líneas posteriores.

Por su parte Jakobs (1997) señala que los delitos de mera actividad describen una acción, pero que toda acción conlleva un resultado, por lo que -señala- no se puede separar tajantemente los delitos de mera actividad de los delitos de resultado de conducta limitada. (p. 210)

Por el contrario Hurtado (2014) señala que todos los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad. (pp. 785-786)

Por ello, es bueno aclarar que en el plano material, todo acto tiene resultados. Y que los delitos de resultado son aquellos en los que existe reproche respecto del acto (por ejemplo disparar) y del resultado (por ejemplo la muerte de la víctima). Mientras que los delitos de mera actividad, son aquellos en los que existe reproche (penal) por el acto (por ejemplo entrar a un domicilio sin autorización). Es decir, tanto en los delitos de resultado, como en los de actividad, hay resultados, y ese resultado puede ser una lesión o una puesta en peligro (concreta o abstracta).

La definición más precisa nos la proporciona Roxín (2014) quien señala que los delitos de resultado son aquellos en los que el acto está separado espacio temporalmente del resultado (p. 328), mientras que los delitos de mera actividad son aquellos en los que el acto y el resultado existen simultáneamente. (p. 329)

Vemos entonces que en los delitos de mera actividad sigue existiendo un resultado. Jakobs es de la misma opinión, pues señala que tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden ser delitos de peligro abstracto. (p. 210)

En razón de ello, un delito puede ser de peligro y de mera actividad al mismo tiempo. Con ello respondemos a la primera cuestión del presente objetivo.

El delito de tenencia ilegal de armas es un delito de mera actividad, porque no requiere de un resultado separado espacio temporalmente del acto, sino que el acto mismo ya conlleva la puesta en peligro de la seguridad pública.

Asimismo es un delito de peligro abstracto, porque no lesiona ningún bien, sino que pone en peligro a la seguridad pública, y ese peligro es abstracto. Es oportuno señalar que Roxín define a los delitos de peligro concreto como aquellos en los que el objeto material se encontró realmente en peligro, en un caso individual, y que dicha lesión no se produjo por pura casualidad. (p. 337) Mientras que los delitos de peligro abstracto, según señala, son aquellos en los que el motivo de punibilización es la acción misma, sin que sea necesario un peligro concreto (p. 337).

Por todo ello, fue correcta la afirmación de la Casación 211-2014 al señalar que el delito de tenencia ilegal de armas es un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

El siguiente punto a analizar en este objetivo es 2) que para la configuración de un delito de peligro abstracto no basta identificar el acto sino también el peligro generado.

Hurtado (2011) señala que el delito de peligro abstracto se consuma con la realización de la acción reprimida por peligrosa. Señala también que, así visto, el peligro aparecería como la ratio que ha motivado al legislador para incriminar la conducta.

En esta cita, Hurtado no pretende decir que basta la realización del acto, sino que el acto consuma el delito. Tal punto de vista, obedece a una visión material del caso, en la que, basta la realización del acto, pues el peligro ya fue determinado por el legislador. Hurtado no es partidario de tal afirmación, como detallaremos a continuación.

El citado autor señala que el legislador, en base a su experiencia, identifica que actos son riesgosos para los bienes jurídicos y, en consecuencia, los prohíbe. Por ello no es necesaria -

para la imputación del delito- corroborar que el acto generó un peligro concreto y específico, porque el acto, a modo general, es peligroso. (p. 785)

Sin embargo -señala- el principio de lesividad exige que solo se puedan tipificar aquellas conductas lesivas (pp. 785-786) por tanto, si bien el delito -de peligro abstracto- se configura con la sola realización de la conducta, el legislador no debe tipificar conductas inofensivas.

Esta prohibición, consideramos, no corresponde solo al legislador, sino también al juez, que como operador jurídico, debe evaluar si la conducta típica del delito de peligro abstracto, generó en efecto un riesgo.

Por supuesto, en los delitos de peligro abstracto, el peligro que el juez debe verificar, es un peligro abstracto, no individualizable. Ello significa que el juez no deberá constatar que en ese caso en particular se creó un riesgo (ello corresponde a los delitos de peligro concreto), sino que la conducta realizada puede generar, a modo general, un peligro.

Sin embargo, si la decisión de que una conducta es peligrosa (a modo general) la tomó el legislador, ¿por qué el juez debe realizar nuevamente tal comprobación? Y sobretodo ¿si el juez determina que la conducta no fue peligrosa, estaría afectando el principio de legalidad? La respuesta es no.

La labor del legislador es determinar que conducta, en principio es peligrosa (y en consecuencia típica). La labor del juez es determinar si la conducta, en el caso específico “es peligrosa a modo general”.

En vista que la explicación expuesta confunde más de lo que aclara, es preciso exponer un ejemplo, y el mejor ejemplo para este postulado es el caso materia de análisis. El legislador ha considerado que la tenencia de armas sin autorización constituye un riesgo a modo general. Es decir, que no genera un riesgo específico en el que se pueda identificar el objeto o la persona que podría peligrar, sino que la conducta per se es peligrosa para la sociedad. Y si ante el juez llegara un caso típico, de un sujeto que portaba un arma sin autorización, no tendría otra alternativa que condenarlo por tenencia ilegal de armas. Sin embargo, si ante el juez llegara un caso atípico, como el porte de arma con licencia vencida, el porte de un arma distinta a la autorizada (pero de las mismas características, de potencia, daño, precisión, etc), o el porte de un arma del cual ya ha recibido autorización pero no se ha emitido aún la

resolución administrativa correspondiente, el juez deberá evaluar si dicha conducta es, a modo general, peligrosa.

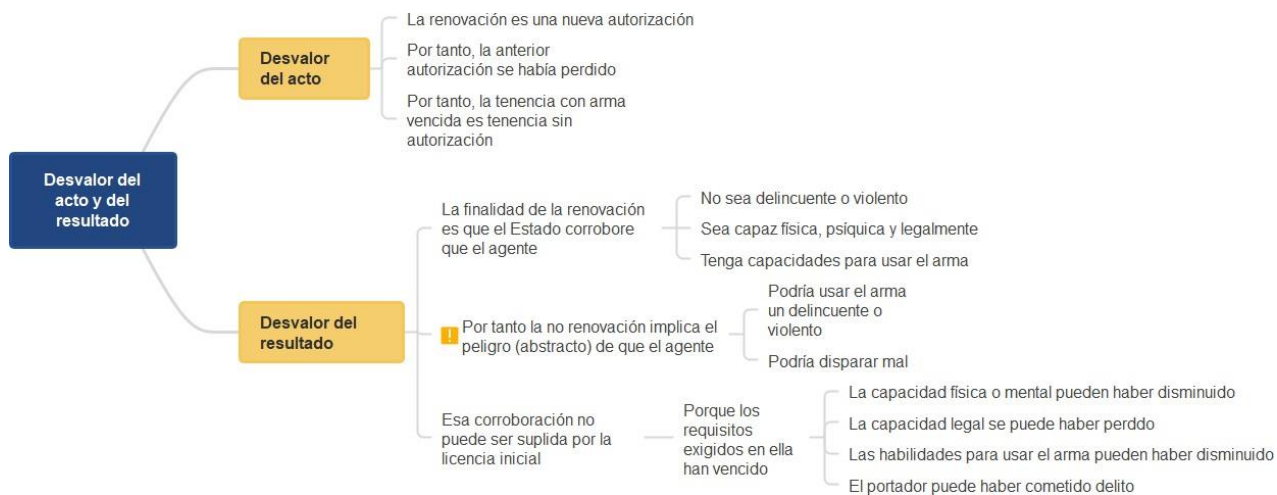
Como vemos, el juez debe realizar la evaluación, respecto de si la conducta es, a modo general, peligrosa. No basta por tanto la realización de la conducta.

Por tanto, hizo bien la Casación 211-2014 al indicar que pese a que el delito es de mera actividad, no basta la consumación del delito, sino que se debe corroborar la peligrosidad del acto.

En aras de llegar a una correcta conclusión, es preciso que analicemos el peligro en la tenencia de arma con licencia vencida, pero ello lo haremos en la siguiente discusión

4.3 RESULTADO N° 3

Analizar si la tenencia de arma con licencia vencida constituye desvalor del acto y desvalor del resultado del delito de tenencia ilegal de arma



Para la calificación de la tenencia de arma con licencia vencida, analizaremos 1) el desvalor del acto y 2) el desvalor del resultado. Como preámbulo, es oportuno señalar que la mayoría de delitos tienen un desvalor del acto y un desvalor del resultado. El desvalor del acto es la

razón de reprochabilidad de la conducta, la forma en que se realizó, etc. El desvalor del resultado es el reproche del resultado de dicha conducta: la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Villavicencio (2006, pág. 302)

1) Respecto a el desvalor del acto

En este acápite analizaremos porque la tenencia o porte de un arma con licencia vencida constituye un acto típico. Debemos tener presente la Casación 712-2016 que expresamente señala que la subsunción del delito de tenencia (con la nueva redacción) se remitirá a la norma administrativa:

Es evidente que la descripción típica de “El que ilegítimamente” difiere de “El que sin estar autorizado”, en tanto, este último remite necesariamente a la norma administrativa que regula y habilita, entre otros, el uso de arma de fuego (f. 8.7)

Debemos, por tanto, hacer un análisis en base al derecho administrativo, respecto de si existía o no autorización.

La tenencia de armas de fuego implica la oportuna tramitación del procedimiento administrativo correspondiente, orientado a la obtención de la autorización respectiva, emitida por el órgano competente. Detentar un arma de fuego sin dicha autorización, implica una vulneración a la norma, “infringe, por tanto, una prohibición sino el mandato legal de ejercerlo previa autorización”. (Mattar, 2020, pág. 7)

Contreras (2019), citando a Laguna (2006) señala que la autorización administrativa se encuentra dentro de los llamados actos administrativos, que vienen a ser los pronunciamientos emitidos por la autoridad respectiva, mediante los cuales restauran o amplían las esferas de acción de los administrados, pues su contenido resulta favorable a las pretensiones de los mismos.

Sabemos que existen múltiples representaciones de actos administrativos, pero “en el caso del modo autorizatorio, ese gravamen consiste en obtener previamente la dictación de un

acto administrativo –autorización– que dé por cumplidos los requisitos para realizar la actividad”. (Mattar, 2020, pág. 7)

No contar con la autorización administrativa, implica la existencia de requisitos administrativos que no fueron satisfechos.

Un elemento importante de esta institución es el plazo por cuánto se otorga dicha autorización. La determinación temporal de la misma, dependerá no del albedrío de la administración, sino de la ley misma.

Para el caso de la tenencia de armas de fuego, la autorización para portarlas tiene un plazo legal de 3 años, vencido este, el administrado deberá tramitar su renovación, de no realizar el procedimiento mencionado, el administrado **PIERDE LA AUTORIZACIÓN TEMPORALMENTE**, hasta la subsanación correspondiente, atendiendo a los requisitos establecidos en el art. 30 del DS N° 010-2017-IN.

Entonces debemos tener presente que existen actos administrativos de aprobación automática y actos de evaluación previa.

Por otro lado, es importante exponer la clasificación de los procedimientos administrativos, a fin de determinar la naturaleza de las solicitudes de autorización o renovación de la misma. El decreto Supremo N° 0004-2019-JUS que aprueba el texto único ordenado de la ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General – contempla 2 tipos de procedimientos administrativos: los de aprobación automática y los de evaluación previa.

La aprobación automática implica el otorgamiento de facultades desde el momento exacto de la presentación de la solicitud, ello supeditado al cumplimiento de requisitos legales.

Por el contrario, los procedimientos de evaluación previa requieren de un pronunciamiento de la entidad para otorgar permisos o facultades. La decisión administrativa puede estar contenida en un acto administrativo y ser expresa o puede operar desde la inactividad, a partir de la aprobación ficta.

La solicitud de renovación de licencia de arma es un acto administrativo de evaluación previa. Sea para el caso de la obtención de autorización originaria o para la renovación de la misma, nos encontramos frente a procedimientos de evaluación previa, puesto que, se sujetan a un

pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa, quien en ejercicios de sus facultades evaluará el cumplimiento de las exigencias legales respectivas.

Por lo tanto la renovación de licencia implica una nueva autorización. Entonces y según el orden de las ideas vertidas en este informe, la pérdida de autorización opera SOLO por el transcurso del tiempo (plazo legal) y no por el incumplimiento de requisitos legales. En este contexto, el administrado debe iniciar un NUEVO procedimiento de evaluación previa a fin de renovar la autorización fenecida, exceptuándosele de rendir el examen teórico – práctico de la SUCAMEC, pues aquel examen fue aprobado para el otorgamiento de la autorización originaria.

A su vez ello significa que la anterior autorización se había extinguido. Esta compensación de requisitos representa el reconocimiento tácito por parte de la administración de la pérdida de la autorización por exceder su vigencia, y no por carecer legalmente de las facultades para detentar dicha autorización.

Esta premisa, aunque simple, descarta cualquier intento de crear figuras parciales o defectuosas como una “autorización parcial”, “autorización defectuosa” o alguna creación similar como análogamente hizo la Casación 211-2014 con el tipo penal anterior.

En el mismo argumento, el reglamento de la ley N° 30299 en su artículo 28.3 señala que el porte del arma queda prohibido desde el día siguiente de la fecha de vencimiento de la licencia hasta la fecha del nuevo pronunciamento. Ello implica que el vencimiento de la licencia significa la pérdida de la autorización, y que el porte de arma con licencia vencida configura una tenencia de arma sin autorización.

En este punto, es posible que un sector contrario a esta postura argumente que la autorización queda suspendida, más no que ha sido extinta o perdida. Es oportuno entonces señalar el artículo 28.2 de la citada ley, la cual señala que la pérdida de la licencia suspende el porte, pero la autorización se pierde.

En la misma línea, la Casación 712-2016 concluye que el porte de arma con licencia vencida configura el supuesto típico materia de análisis:

En efecto, la norma administrativa es clara y establece que la legalidad e la tenencia o posesión del arma está sujeta a un permiso o una autorización administrativa para su porte, sin esta habilitación nos hallamos frente a una posesión ilícita, ello comprende el supuesto referido a las licencias caducas. (f. 8.11)

En igual sentido, en el mismo fundamento:

(...) caso contrario, vencido el mismo -el plazo- se procede a la cancelación de la licencia, por tanto, el titular queda desautorizado para usar y portar el arma de fuego. (f. 8.11)

2) Respecto al desvalor del resultado

En este acápite se demostrará la configuración del resultado, es decir la existencia de un peligro abstracto producido por la conducta materia de análisis.

Debemos comprender en primer lugar que el delito de tenencia ilegal de armas, ha sido catalogado por el legislador como un delito de peligro abstracto porque considera que la tenencia sin la autorización significa un peligro.

Por lo tanto, podemos deducir que la autorización, y los requisitos para adquirir tal autorización, tienen como finalidad eliminar, o atenuar, el riesgo del porte o tenencia de arma.

Ello lo comprobamos al revisar los requisitos para la obtención, en la que se revisa que el poseedor no sea un sujeto peligroso, que tenga las condiciones psicosomáticas para portar un arma y que sepa usar correctamente la misma.

Ello lo observamos revisando los requisitos expresados en el artículo 7 del reglamento de la Ley N° 30299

Condiciones para asegurarse que el poseedor no sea peligroso

- a) No contar con antecedentes judiciales ni policiales por delitos dolosos.
- b) No haber sido condenado vía sentencia judicial firme por cualquier delito doloso, aun en los casos en que el solicitante cuente con la respectiva resolución de rehabilitación por cumplimiento de condena.
- c) No haber sido sentenciado como responsable de violencia familiar.
- d) No contar con medidas de suspensión del uso de armas dictadas por la autoridad judicial o la autoridad fiscal cuando corresponda.
- e) No haber sido internado en algún centro de rehabilitación juvenil por decisión firme de la autoridad judicial, por conductas que involucren delitos contra el patrimonio, la vida, el cuerpo y la salud.
- f) No estar cumpliendo o haber cumplido condena por faltas contra la persona en la modalidad de lesión dolosa o contra el patrimonio en la modalidad de hurto simple.
- g) No haber sido dado de baja de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional del Perú por medida disciplinaria, ocasionada por conductas tipificadas como delitos dolosos, o faltas contra la persona o el patrimonio en las modalidades de lesión dolosa o hurto simple respectivamente.

Condiciones para asegurarse que el poseedor cuenta con las condiciones psicosomáticas y legales para portar un arma

- h) Ser mayor de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Ley.
- i) No adolecer de incapacidad psicosomática.
- j) No tener sanción vigente por infracciones cometidas contra la presente Ley y su reglamento.

Condiciones para asegurarse que el poseedor tiene las habilidades necesarias para usar un correcto uso del arma

- k) Estar capacitado y entrenado en el uso del arma de fuego.

Como podemos observar, estas condiciones sirven para asegurarse que no es peligroso que el sujeto porte un arma.

Sin embargo, la mayoría de requisitos requieren de una actualización, pues el estado (del poseedor) puede cambiar con los años. Así por ejemplo, la situación penal de una persona, puede variar, así como puede recibir una sanción administrativa. Del mismo modo, una persona puede adquirir con los años una incapacidad psicosomática, o sus facultades físicas pueden haber mermado al punto de que no pueda hacer buen uso del arma.

Por tanto, mantener el porte o tenencia de un arma, sin que se hayan corroborado las facultades antes expuestas, implica un peligro IDÉNTICO al que configura su tenencia sin haber adquirido nunca la autorización.

Vemos entonces, que existe peligro abstracto en la tenencia de arma con licencia vencida, no por el miedo a que el poseedor use el arma para cometer asaltos (delitos de bien jurídico individual), sino porque su uso implica un riesgo para la sociedad, en caso el poseedor no cuenta con las capacidades físicas, mentales, emocionales, o legales, para hacer uso de ella.

Este es, entonces, el punto de quiebre con lo expuesto por la Casación 211-2014, quien considera que el porte de arma con licencia vencida no implica un peligro y por tanto, vuelve atípico este delito de peligro abstracto.

4.4 RESULTADO N° 4

Determinar si la tenencia de arma con licencia vencida constituye delito de tenencia ilegal de arma

De los resultados obtenidos se llegó a la conclusión que el porte o tenencia de arma con licencia vencida si configura el delito de tenencia ilegal de armas a la luz de la nueva redacción del tipo penal.

Para llegar a dicha conclusión se analizó la prevalencia de la ley frente a la jurisprudencia (Discusión 1), los elementos materiales de los delitos de peligro y de los delitos de mera actividad (Discusión 2) y el desvalor del acto y del resultado de la tenencia de arma con licencia vencida.

Respecto de la prevalencia de la ley frente a la jurisprudencia, se tiene que la Casación 211-2014 analizó la redacción del tipo penal anterior y utilizó sus elementos normativos en el análisis judicial que hizo del caso. Ello fue correcto toda vez que analizó un delito cometido bajo la antigua redacción.

Sin embargo cuando el tipo penal fue modificado e instituyó elementos normativos distintos a la redacción anterior, los argumentos de la Casación 211-2014 quedaron desfasados y por tanto esta dejó de tener valor.

Pues estamos ante un caso de contradicción entre la ley (el nuevo tipo penal) y la jurisprudencia (la Casación 211-2014). En caso de conflicto, como ya lo hemos señalado, el tribunal constitucional ha instituido que la ley tiene prevalencia.

Por tal motivo, no es jurídicamente relevante que la jurisprudencia se haya emitido después de la modificación del tipo legal, pues sigue siendo este -el tipo legal- el que prevalezca.

Respecto de los elementos materiales de los delitos de mera actividad y los delitos de peligro abstracto, la primera cuestión a desarrollar fue si existen delitos que son simultáneamente de ambas categorías toda vez que existe cierta controversia sobre ello.

Se concluyó que si es posible que un delito sea de mera actividad y de peligro abstracto al mismo tiempo, lo que implica que el acto imputado tendrá un resultado el cual será un peligro abstracto que se debe producir en el instante de comisión del acto.

Con ello resuelto, pudimos demostrar que el delito de tenencia ilegal de armas es un delito de mera actividad y al mismo tiempo un delito de peligro abstracto.

Ahora bien, debemos tener presente que el hecho de que un delito sea de mera actividad no significa que basta la corroboración del acto para la configuración del delito, sino que también debe corroborarse la creación del peligro.

Pero, a diferencia de los delitos de resultado, en los delitos de mera actividad el resultado se producirá de manera simultánea a la comisión del acto. (VILLAVICENCIO, 2006)

En el caso materia de análisis, la tenencia de arma con licencia vencida, el resultado que debemos corroborar es la creación de un peligro abstracto. Esta corroboración es necesaria a fin de resguardar el principio de lesividad.

la corroboración del peligro abstracto se realizó en la discusión N° 3.

En efecto, en la discusión N° 3 se demostró que la tenencia de arma con licencia vencida configura el desvalor del acto y el desvalor del resultado de la figura típica.

Respecto de la configuración del desvalor del acto se tiene que:

Que la renovación de la licencia para portar armas es una solicitud que se tramita como evaluación previa, es decir que su aprobación no es automática sino que requiere una evaluación de parte del funcionario público a cargo.

Por lo tanto la renovación de licencia implica el otorgamiento de una nueva autorización. Ello significa que la anterior autorización se había perdido al momento de vencimiento de la licencia.

Ello es sumamente relevante, posiblemente sea el elemento más importante en esta investigación. Puesto que si la autorización se había perdido al momento del vencimiento de la licencia, entonces el porte o tenencia de arma con licencia vencida constituye íntegramente una tenencia ilegal de armas. Cuanto menos podemos asegurar con este argumento que queda completamente demostrada la configuración del acto típico del delito. Con lo que queda únicamente demostrar la configuración del resultado (peligro abstracto) el que se realizará en líneas siguientes.

Como dato adicional, antes de concluir el análisis de la configuración del acto típico, cabe mencionar que el artículo 28.3 del reglamento de la ley N° 30299 indica que el porte queda prohibido al día siguiente del vencimiento de la licencia, es decir desde el día siguiente del vencimiento ya no existe autorización para el porte.

También cabe mencionar que el artículo 28.2 de la citada ley indica que la pérdida de licencia suspende el porte pero se pierde la autorización, con lo que podemos inferir lo mismo que en el párrafo anterior.

Respecto del desvalor del resultado, es decir la comprobación del peligro abstracto, tenemos que según se desprende de los requisitos para la obtención y renovación de la licencia para portar armas, estos tienen como objetivo verificar que el portador no sea una persona

peligrosa, que tenga la capacidad física, psíquica y legal para portar armas y que tenga la destreza para usarla adecuadamente.

Vemos entonces, que esos 3 aspectos, requieren de una actualización, pues pueden verse mermados por el tiempo, sea por desgaste físico, por alguna enfermedad que afecte su salud, su psiquis, la firmeza de su pulso, o por posterior condena.

De ello concluimos que portar un arma sin haber renovado la licencia implica el mismo riesgo que portarla sin haber obtenido nunca dicha licencia.

Con ello demostramos que el elemento resultado (a través del peligro abstracto) está presente en la tenencia de arma con licencia vencida.

Antes de concluir, es oportuno señalar algunos errores de interpretación que tuvo la Casación 211-2014 respecto del desvalor del acto y el desvalor del resultado.

Recordemos que el desvalor del acto es la razón por la cual el acto es penalmente reprochable. En este caso la tenencia o porte de un arma con licencia vencida. Mientras que el desvalor del resultado es la razón por la cual el resultado es reprochable penalmente, en este caso es el análisis respecto de si el acto creó un peligro abstracto.

El primer error de la Casación 211-2014 fue que no supo distinguir entre el desvalor del acto y el desvalor del resultado. Señaló en su fundamento cuatro que:

el análisis del caso sub judice debe valerse de una interpretación conforme a la finalidad de la norma y su objeto de protección (...)

El objeto de protección de la norma son los bienes jurídicos, por lo tanto la finalidad de la norma es evitar la lesión o puesta en peligro de dicho bien. Abstrayendo estas premisas, se está haciendo referencia al resultado.

He ahí, en donde la Casación aparentemente va a explicar cuál es ese resultado, que agrega:

(...) en estricto el contenido y alcance del significado de la ilegitimidad en la posesión o tenencia ilegal de armas (...)

en lugar de describir el resultado, la casación hizo referencia al acto, demostrando con ello que no puede distinguir entre el acto y el resultado en este delito.

Inmediatamente continuó con la descripción del acto:

(...) Los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa, esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso.

Como segundo error, la Casación infringió el principio de tercio excluido. Como sabemos en el derecho administrativo prima el principio de legalidad, por lo que ante una situación puede existir o no autorización, más no una condición intermedia, lo mismo aplica otros conceptos como legalidad, licencia, etc.

Infringiendo este principio, la casación creó una figura, la de irregularidad administrativa, a fin de no reconocer la ilegitimidad del acto materia de análisis.

Ello es posible de reconocer en el fundamento cuatro en el que señala:

(...) los cuales involucran a los supuestos en los que esta situación de ilegitimidad se originan a partir de una irregularidad administrativa, esto es, falta de renovación de la licencia ante el vencimiento expreso.

A continuación lo compara con el hecho más común de este delito:

(...) cuál es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas, lo que anula toda legitimidad en la posesión, lo cual configura el ilícito penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

Es decir, la casación describió un supuesto típico, y describió sus diferencias con el hecho materia de análisis, para señalar que el primero es típico y el segundo no, cuando en realidad ambos son típicos.

El tercer error parte del anteriormente descrito. Señaló que en el caso materia de análisis existe una tenencia irregular mientras que el delito de tenencia se presenta ante la inexistencia de licencia. Nuevamente insistimos en que el concepto de tenencia irregular fue inventado por la casación, para no reconocer su condición de tenencia ilegal.

Aunque bajo los argumentos de la casación el supuesto materia de análisis no representa ilegitimidad, la casación sede en parte y reconoce una ilegitimidad, aunque relativa. Es

irónico que la casación reconozca una condición de ilegitimidad relativa en el mismo supuesto en que señala que no existe ilegitimidad, sino irregularidad.

(...) En consecuencia esa ilegitimidad es absoluta y no relativa (...) que se contrapone respecto de quien habiendo obtenido licencia válida para la posesión de armas, se encuentra luego en posición irregular por efectos de la licencia vencida o no renovada.

Como podemos observar todo el debate descrito hasta ahora en este acápite hace referencia al desvalor del acto, es decir si el acto de portar el arma con licencia vencida era desaprobado por la ley.

A continuación, la Casación, que en el fundamento cuatro había señalado que el hecho materia de análisis “es contrariamente distinto, a la falta de licencia o permiso absoluto para portarlas”, reconoce en su fundamento seis que este hecho configura una carencia de autorización.

Que el derecho penal interviene cuando el carácter de la ofensiva o lesividad de la conducta resulten sumamente gravosos, y de ultima ratio, en consecuencia frente a la mera carencia de una autorización estatal para portar armas (...) no se configura el delito de tenencia ilegal de armas.

Antes de continuar nótese 2 cosas:

- i) La casación pretende sub dimensionar la falta, al usar expresiones como “la mera carencia”. Sin embargo debe cuidarse de usar términos distintos para referirse a los mismos conceptos. Es así como en el fundamento cuatro señaló como hecho típico la falta de licencia o permiso, mientras que en el fundamento sexto sub dimensiona la expresión mera carencia de autorización estatal. ¿Existe diferencia entre la expresión falta de licencia y la expresión mera carencia de autorización? Pues la casación no ha señalado cuál puede ser dicha diferencia, y por el contexto lo ha usado como el mismo término, sin embargo le ha asignado una consecuencia opuesta.
- ii) Nótese también, que el argumento expuesto en esta última cita, pretende la atipicidad no sólo de la tenencia con licencia vencida sino también de la tenencia

sin licencia. Por supuesto, esta no fue la intención de la casación, sin embargo estos 2 supuestos son ontológicamente tan idénticos, que cuando la casación quiso argumentar por la tipicidad de uno, terminó argumentando por la tipicidad de ambos.

Lo más significativo de la Casación fue que, pese a que inició su exposición señalando que el análisis teleológico lo harían en base al resultado, no hubo ningún pronunciamiento sobre ello. No se desarrolló sobre el peligro abstracto.

V CONCLUSIONES

El nuevo tipo penal de tenencia ilegal de armas se encuentra en conflicto con la Casación N° 211-2014/ICA. Ante dicho conflicto es de aplicación el nuevo tipo penal, y no la citada Casación.

El delito de tenencia ilegal de arma es un delito de mera actividad y a la vez de peligro abstracto. Por ello debe demostrarse no solo la comisión del acto (tenencia o porte) sino también el resultado (peligro abstracto, inmediato)

La renovación de licencia para portar armas busca confirmar que el portador no sea una persona violenta, o sea un delincuente, así como confirmar su capacidad física, psíquica y legal, además de que se encuentre capacitado para usar adecuadamente el arma. Por ello, la no renovación de licencia implica un peligro (abstracto) idéntico al de un portador sin licencia.

Queda demostrada la inaplicación de la Casación 211-2014, así como la comisión del acto, y la configuración del resultado en la tenencia de arma con licencia vencida, razón por la cual el hecho es típico.

VI RECOMENDACIONES

Los operadores de justicia deben seguir aplicando la Casación 211-2014 en todos los hechos cometidos con anterioridad a la nueva redacción del delito de tenencia ilegal de armas. Esto es: considerar atípica la tenencia o porte de arma con licencia vencida.

Los operadores de justicia deberían considerar típica la tenencia de arma con licencia vencida, a aquellos actos cometidos luego de la nueva redacción del tipo penal en mención.

Se debe dejar de comprender el delito de tenencia ilegal de armas como un delito de bien jurídico colectivo individual, por tanto, deberían dejar de analizarlo como el peligro (o no) de que el portador realice un asalto a mano armada.

El delito de tenencia ilegal de armas se debe entender como un delito de bien jurídico colectivo, por tanto debe entenderse el peligro como la posibilidad de que el agente porte un arma sin reunir las condiciones físicas, psíquicas, legales, o de habilidad, necesarias para su porte.

VI REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos aires: Hammurabi.
- BEDOYA, G. (2019). *Jerarquía de las normas jurídicas*.
- BRAMONT, A. T. (2009). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: EDDILI.
- CASTAÑEDA, M. (2014). *Tenencia ilegal de armas: diferencia entre posesión irregular y posesión ilegítima de armas*. Lima: Jurista.
- CONTRERAS, L. (2019). La autorización administrativa como pauta para determinar la conducta típica en los delitos culposos de homicidio y lesiones: una cuestión de orden primario de comportamiento ejemplificada a través del otorgamiento de registros sanitarios. *Política Criminal*, 411-440.
- FARRERES, G. F. (2022). *Sistema de derecho administrativo I*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.U.
- GUERRERO, J. F. (2020). La Derogación de normas jurídicas y Principios de Solución de Antinomias. *Revista Ruptura*, 227-252.
- HURTADO, M. P. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: IDEMSA.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho penal parte general* (2 ed.). Madrid: Marcial Pons.
- MATTAR, J. A. (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 5-36.
- MORETA, A. (2019). Procedimiento Administrativo y Sancionador en el COA. Impugnaciones Administrativas. *Tendencia Legal*, 145-295.
- PUIG, M. R. (2019). De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 6-28.
- PUIG, M. R. (2020). Nulidad de actos administrativos contrarios a las sentencias en el Texto Único Ordenado de la Ley peruana del Proceso Contencioso-Administrativo. *IUS ET VERITAS*, 18-37.

- RODRIGUES, T., RODRIGUEZ-PINZÓN, E. M. . (2020). «Mano dura» y democracia en América Latina: seguridad pública, violencia y estado de derecho. *América Latina Hoy*, 89-113.
- ROXÍN, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. . Pamplona: Editorial Civitas.
- SANJURJO, D. (2018). Corrientes y acoplamientos múltiples en Uruguay: la formulación de la Ley de Tenencia Responsable de Armas. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 33-55.
- SANJURJO, D. (2021). Las políticas de control de armas pequeñas en América Latina. *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 71-91.
- SINCHE, P. E. (2021). La jurisprudencia como carácter vinculante de la ley. *Revisión de Literatura*.
- SUÁREZ, E. (2020). Introducción al derecho. *Ediciones UNL.*, 21-159.
- VILLAVICENCIO, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.
- VILLEGAS, M. (2020). Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno. . *Política criminal*, 729-759.

VIII ANEXOS