

Temporalidad de la tenencia ilegal de arma de fuego

I. La comisión del delito, tanto en las conductas delictivas del “porte” como en la “tenencia en sentido estricto”, no está vinculada, para su configuración, a la magnitud temporal, pues se requiere la situación posesoria mínima del arma, lo que se consolida en el “uso”, por cuanto es exigible, además, la facultad o posibilidad de disposición del arma o de ser empleada, cualquiera que sea la duración del tiempo que permita su utilización. Asimismo, uno de los elementos generales que deben sustentarse es “precisar si la posesión del arma de fuego puede o no ser esporádica, circunstancial o permanente”, si bien esto fue señalado como elemento que debe sustentarse en la acusación, como se expone en el apartado 10.6 del décimo considerando de la Casación n.º 883-2019/Arequipa, es un aspecto que, más bien, consolida la conclusión a la que se arribó.

II. Lo expuesto —errónea interpretación de los elementos del tipo penal— no cambia los argumentos respecto a la insuficiencia de elementos de convicción, prognosis de pena y peligro de fuga a que arribaron los jueces de ambas instancias, respecto al primer aspecto, y en cuanto a los otros dos por el juzgado colegiado; en tal sentido, no corresponde casar el auto de vista, por lo que el recurso de casación debe ser declarado infundado, sin pago de costas, dado que el Ministerio Público se encuentra exento de ello.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Sala Penal Permanente Casación n.º 2835-2021/Loreto

Lima, veintiséis de octubre de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el representante del MINISTERIO PÚBLICO contra el auto de vista, del veintiséis de julio de dos mil veintiuno (foja 41 del cuaderno supremo), emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que confirmó el auto de primera instancia, del veintidós de mayo de dos mil veintiuno (foja 5 del cuaderno supremo), que declaró infundada la prisión preventiva solicitada y dictó medida de comparecencia restringida contra el procesado JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA¹, quien se encuentra sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, dentro del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión de los delitos de tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado, y homicidio calificado por la

¹ El nombre correcto del procesado es JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA, y no como se consignó en el auto de vista recurrido: Siles Arce, que corresponde al agraviado.

condición de la víctima en grado de tentativa, en perjuicio del policía José Luis Siles Arce; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera instancia

Primero. El señor FISCAL SUPERIOR, mediante requerimiento (foja 135 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo), solicitó la prisión preventiva del investigado JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA en el proceso penal que se le sigue como presunto autor de los delitos contra la seguridad pública/peligro común en la modalidad de fabricación, comercialización, uso o porte de armas de fuego, previsto en el primer párrafo del artículo 279-G del Código Penal, en agravio del Estado; en concurso real con el delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado por la condición de la víctima en grado de tentativa (ilícito previsto en el artículo 108-A, concordado con el artículo 16 del Código Penal), en agravio de José Luis Siles Arce.

En dicho requerimiento, así como en la disposición de formalización de investigación (foja 211 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo) propuso como fáctico lo siguiente:

1.1. **Por el delito de fabricación, comercialización, uso o porte de armas de fuego**

El diecinueve de mayo, aproximadamente a las 19:00 horas, en las inmediaciones de la calle 14 y el jirón Próspero, distrito de Belén, los efectivos policiales José Luis Siles Arce y Diego Ríos Reategui, se acercaron a un tumulto de personas que se encontraban en la vía pública, en donde encontraron a Janny Vásquez Tananta, quien habría sido agredido con la cachá de un arma de fuego —pistola de color plateado— por MANUEL ÁNGEL NORIEGA MARÍN, conocido con el alias de “Mamalancha”.

Ante la intervención policial, MANUEL ÁNGEL NORIEGA MARÍN, “Mamalancha” entrega el arma de fuego de las siguientes características: PISTOLA, MARCA TAURUS, COLOR PLATEADO, SERIE N.º KEW23721, abastecida con una cacerina, que contenía SEIS (06) cartuchos, marca Auto C. B. C, calibre 380, al imputado JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA, conocido como “Machete”, quien, sin tener licencia para portar armas, comenzó a correr y saltó hacia una calle que se encuentra en construcción, al ser perseguido por el policía José Luis Siles Arce, el referido delincuente, en su huida, percutió el arma varias veces.

Luego fue capturado en las inmediaciones de la calle Yurimaguas, debajo de la construcción de la posta 6 de octubre, en el distrito de Belén.

1.2. **Y por el delito de homicidio calificado por la condición de la víctima en grado de tentativa**

El diecinueve de mayo de dos mil veintiuno, aproximadamente a las 19:00 horas, en las inmediaciones de la calle 14 y el jirón Próspero en el distrito de Belén, ante

la intervención policial, el imputado JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA conocido como “machete”, recibió de MANUEL ÁNGEL NORIEGA MARÍN, conocido como “mamalancha”, un arma de fuego (PISTOLA, MARCA TAURUS, COLOR PLATEADO, SERIE N.º KEW23721, abastecida con una cacerina, la cual contiene SEIS (06) cartuchos, marca AUTO C. B. C, CALIBRE 380).

Motivo por el cual, el imputado JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA, conocido como “Machete”, comenzó a correr y saltó hacia una calle que se encuentra en construcción; al ser perseguido por el policía José Luis Siles Arce, el imputado hizo uso del arma de fuego y realizó primero un disparo al aire, y luego un segundo disparo contra su perseguidor; después tiró el arma de fuego en las inmediaciones de la calle 14, en el distrito de Belén, a un lugar que se encuentra en construcción, y continuó su huida, hasta que fue intervenido en la calle Yurimaguas, debajo de la construcción de la posta médica de 6 de Octubre.

Segundo. Posteriormente, mediante la resolución del veintiuno de mayo de dos mil veintiuno (foja 165 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo), el juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria fijó fecha de audiencia, que se realizó el veintidós de mayo de dos mil veintiuno, conforme se desprende del acta de su propósito (foja 170 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo); en ese acto también se emitió el auto que declaró infundado el pedido de prisión preventiva formulado por la Fiscalía contra JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA, como presunto autor del delito contra la seguridad pública peligro común “en la modalidad de uso o porte de arma de fuego previsto en el primer párrafo del artículo 279-G en agravio del Estado” (sic), en concurso real de delitos con el delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado en la condición de la víctima en grado de tentativa, en perjuicio de José Luis Siles Arce; en consecuencia, le dictó comparecencia con restricciones.

Tercero. Contra la citada decisión, el representante del Ministerio Público recurrió en apelación (foja 183 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo), que fue concedida mediante la resolución del treinta y uno de mayo de dos mil veintiuno (foja 206 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo). Se elevaron los actuados a la Sala Superior.

§ II. Procedimiento en segunda instancia

Cuarto. La Primera Sala Penal de Apelaciones, por auto de vista, del veintiséis de julio de dos mil veintiuno (foja 243 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo), confirmó el auto de primera instancia, del veintidós de mayo de dos mil veintiuno (foja 170 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo), que declaró infundada la prisión preventiva solicitada, dictando medida de comparecencia restringida contra el procesado JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA, quien se encuentra sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, dentro del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión de los

delitos “de tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado” (sic) y homicidio calificado por la condición de la víctima en grado de tentativa, en perjuicio del policía José Luis Siles Arce.

Quinto. Frente a la resolución de vista acotada, a través del escrito del once de agosto de dos mil veintiuno (foja 260 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo), el representante del MINISTERIO PÚBLICO interpuso recurso de casación.

Sexto. Mediante auto del trece de septiembre de dos mil veintiuno, el Tribunal Superior admitió dicha impugnación (foja 270 del cuaderno judicial digital del SIJ Supremo) y dispuso elevar los actuados a esta sede suprema.

§ III. Procedimiento en la instancia suprema

Séptimo. La Sala Penal Permanente, al amparo del artículo 430, numeral 3, del Código Procesal Penal, corrió traslado del recurso y vencido este, mediante decreto del cinco de mayo de dos mil veintitrés (foja 76 del cuaderno supremo), reprogramó fecha para la calificación del recurso de casación, por lo que se emitió el auto de calificación el primero de junio de dos mil veintitrés (foja 78 del cuaderno supremo), por el que declaró bien concedido el recurso de casación.

Posteriormente, mediante decreto del veintiuno de agosto de dos mil veintitrés (foja 88 del cuaderno supremo), se dispuso señalar fecha de audiencia, el once de octubre del presente año.

Octavo. Realizada la audiencia de casación, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación respectiva y, por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El tópico que amerita pronunciamiento se encuentra delimitado en el apartado 4.1 del fundamento cuarto del auto de calificación del recurso de casación (foja 78 del cuaderno supremo) que señala:

Persiste la necesidad de consolidación de la doctrina jurisprudencial del delito de tenencia ilegal de armas, compatible con la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, sobre la debida interpretación de la ley penal, específicamente, respecto a los elementos de configuración del tipo penal y si resulta o no determinante el tiempo de la tenencia de un arma de fuego por parte del agente; en tal sentido, es de interés casacional consolidar doctrina jurisprudencial sobre la correcta interpretación de los elementos del tipo penal de tenencia ilegal de armas, ilícito previsto en el artículo 279-G del Código Penal, lo que deberá ser analizado a la luz de la jurisprudencia emitida hasta ahora por esta Suprema Corte.

El motivo casacional es el previsto en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Segundo. Conforme a los hechos que son materia de formalización de investigación preparatoria, señalados en el primer considerando de la presente ejecutoria, se atribuyó al investigado JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA la presunta comisión de dos delitos en concurso real. El primero, contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado por la condición de la víctima en grado de tentativa (previsto en el artículo 108-A del Código Penal); y, el segundo, por fabricación, comercialización, uso o porte de arma de fuego (previsto en el primer párrafo del artículo 279-G del Código Penal). Sobre este último corresponde emitir pronunciamiento, en virtud de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema.

Tercero. Así, el primer párrafo del referido artículo 279-G del Código Penal, incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1244, regula lo siguiente:

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, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

Cuarto. El segundo considerando de la Casación n.º 1522-2017/Lambayeque, del cuatro de abril de dos mil diecinueve, con relación al citado artículo, señala que es:

De carácter mixto alternativo —gramaticalmente estos tipos penales se caracterizan por la presencia de la conjunción “o”, que expresa diferentes modificaciones del tipo, todas ellas de igual valor y enumeradas en forma casuística, las que carecen de propia independencia y, por ello, son permutables entre sí, debiendo ser determinadas en el proceso alternativamente.

Comprende (i) varias conductas delictivas: fabricar, ensamblar, modificar, almacenar, suministrar, comercializar, traficar, usar, portar o tener en su poder (sin estar autorizado, que es un elemento jurídico extrapenal); así como (ii) varios objetos materiales: armas de fuego, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación. Por ello se le considera un delito de amplio espectro.

Asimismo, dicha jurisprudencia, en el mismo considerando, señala:

Es un delito de mera actividad, de carácter formal, de peligro abstracto y permanente. Genera un riesgo para un número indeterminado de personas. No se exige un resultado concreto alguno ni producción de daño, ni siquiera es un delito de resultado de peligro. Crea una situación

antijurídica —permanente en cuanto a su consumación— que se inicia desde que el sujeto tiene consigo el objeto material en su poder, y se mantiene hasta que se desprende de él.

Por otro lado, en el tercer considerando de la referida Casación n.º 1522-2017/Lambayeque, con relación a las conductas delictivas: “usar”, “portar” o “tener en su poder” señala lo siguiente:

La tenencia en un sentido amplio puede realizarse tanto cuando se lleva el arma fuera del propio domicilio (que es lo que se conoce como “porte”) como cuando se posee dentro del mismo (“tenencia” en sentido estricto). En un caso como en otro, se trata de un delito de acción o de comisión activa, pues su esencia consiste en el acto positivo de tener o portar el arma y no en la omisión del acto tener la licencia oportuna cuando se posee el arma de fuego. El “usar” el arma de fuego consiste en la capacidad o posibilidad de ejecutar, manipular o utilizar el arma de fuego disparando, que es por cierto una conducta más intensa y de mayor proyección. Adicionalmente, no sólo se requiere la situación posesoria mínima del arma (“*corpus rem attingere*”) —es suficiente la simple detención, sin que sea necesaria la propiedad—, es exigible conjuntamente la facultad o posibilidad de disposición del arma o de ser empleada cualquiera que sea la duración del tiempo que permita su utilización —*animus detinendi*—. Se excluyen los supuestos llamados de “tenencia fugaz”, como serían los de mera detención o examen, reparación del arma o de simple transmisión a terceros.

Quinto. Por su lado, en el decimoquinto considerando del Recurso de Nulidad n.º 1232-2010/Loreto, citado por la Sala Superior para descartar el ilícito, se señala lo que sigue:

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 un arma y correlativo a ello el ánimo de usarla o sabiendas que se carece de la licencia para porte de la Dirección General de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Munición y Explosivos de Uso Civil —Discamec—, **excluyéndose** por exigencias de razonabilidad, **el uso momentáneo y necesario para conjurar un peligro** —circunstancia de necesidad apremiante—; sin embargo, la definición de tenencia a su vez remite a la teoría de la posesión que explica la Doctrina del Derecho Civil, exigiéndose la concurrencia de elementos tradicionales del acto físico de la tenencia de la cosa junto al ánimo de conservarla para sí. Este ilícito 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 a 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** [el resaltado es nuestro].

Sexto. Así, analizadas ambas jurisprudencias, pese a que la segunda fue emitida con el Código de Procedimientos Penales, y dada la modificación de la norma penal analizada conforme a la jurisprudencia actual, dicha ejecutoria invocada por el *a quo* no satisface el principio de denotación de la teoría del precedente —denominada *Case System*—, pues se configura a partir de una norma no vigente y no se acomoda a la configuración elemental típica del artículo 279-G, bajo la modificatoria del Decreto Legislativo n.º 1244.

Séptimo. En efecto, como se ha sostenido en otras oportunidades²; *The Case System* —teoría del precedente— es el sistema judicial por el cual se resuelve un conflicto jurídico tomando como referencia la resolución judicial histórica y anterior que haya resuelto sobre el mismo asunto. Posee dos supuestos: **a)** el antecedente judicial —comúnmente llamado precedente, en sentido *lato* o coloquial— *judicial precedent* por el cual cualquier resolución judicial de cualquier instancia y de cualquier distrito confederado en los Estados Unidos puede servir para resolver el caso presente o sucesivo, siempre que las notas esenciales entre ambos casos sean idénticas; y **b)** la jurisprudencia vinculante o *leading case*, caso emblemático referente, por el cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, reconociendo el uso frecuente, longevo y consuetudinario de un caso antecedente judicial⁶, lo admite como un caso referente para resolver casos futuros; incluso en la aplicación del *writ of certiorari* —escrito de certeza— puede llegar a impedir que demandas de ese estilo sean postuladas. Tratándose de la ley, el juez no puede realizar una aplicación lineal, sino que debe interpretarla previamente y solo entonces aplicarla al caso concreto; por ello, la técnica es *subsunción*, considerando si el caso es susceptible de asimilarse o incluir dentro de la regla general prevista en la norma —tipicidad—. Tratándose de la jurisprudencia, la técnica es la de *homologación*, vale decir, un juicio de composición o de descomposición, entre el caso antecedente y el caso sucesivo. Luego, insistimos, según la “teoría del precedente”, el análisis judicial para aplicar la jurisprudencia vinculante no es una tarea de subsunción, como si fuese ley, en donde la regla de derecho —sustancial, material o

² SALA PENAL PERMANENTE, Corte Superior de Justicia de la República del Perú, Casación n.º 1299-2022/Cusco, del quince de marzo de dos mil veintitrés, fundamentos: decimocuarto a decimoctavo; Casación n.º 1464-2021/Apurímac, del dieciocho de noviembre de dos mil veintidós, fundamentos: noveno a undécimo; Casación n.º 1937-2021/Junín, del veintitrés de febrero de dos mil veintitrés, fundamentos: decimotercero a decimosexto.

⁶ HAKANSSON NIETO, Carlos (2016) *Los precedentes constitucionales*, En III Foro de Derechos Humanos: Los Derechos Sociales: Presupuestos e implementación, evento organizado por la Oficina Defensorial del Pueblo, nueve de diciembre de dos mil dieciséis, Trujillo: Defensoría del Pueblo.

procesal— que la contiene se emite por generalidad de las cosas (artículo 103 de la Constitución Política), sino que las reglas procesales, las reglas jurisprudenciales y eventualmente las reglas de derecho, que pudieran surgir implícitas en la jurisprudencia, se emiten por casuística —por la diferencia o semejanza con el caso concreto— y por homologación.

Octavo. Por ende, la tarea judicial de *homologación*, con relación a la jurisprudencia —con mayor razón si es vinculante—, exige tres pasos: **a)** la **equiparidad o equipolencia**, que consiste en determinar que el caso presente es semejante en todas sus notas esenciales al caso precedente, pues, de lo contrario, no es posible aplicar la jurisprudencia al caso que se resuelve, ya que no le sería pertinente; **b)** la *denotación*, que exige reconocer e identificar en la sentencia el enunciado o los enunciados que son regla procesal, regla jurisprudencial o regla de derecho para los casos futuros; y **c)** la **pertinencia o concordancia constitucional o convencional**, la cual exige al juez que, pese a haberse superado los pasos anteriores, no exista una interpretación de mayor optimización o de mejor justicia que deba aplicarse, por lo que es necesario justificar y sustentar en la decisión, conforme a su potestad, el apartamiento del precedente, por razones superiores constitucionales o convencionales y fundamentales de justicia, lo que se conoce como la facultad de distinción —*distinguishing*—, potestad que además puede ser aplicada en todos los casos de utilización de jurisprudencia³. En el caso, no se configura el principio de denotación, pues no es posible, sin más, trasladar el criterio adoptado respecto a una determinada redacción típica legislativa no vigente, sin efectuar el análisis de justificación *mutatis mutandis*. Como ha ocurrido en el presente caso.

Noveno. Sin embargo, que no se haya analizado la teoría del precedente no significa de plano que no exista justificación para asumir el criterio adoptado, respecto de una redacción legislativa no vigente. Así pues, en este caso, se desprende que la comisión del delito, tanto en las conductas

³ Cfr. AGUILÓ, Josep (2000) *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Barcelona: Ariel, p. 123; CROSS, Rupert & HARRIS J.W. (2012) *El precedente en el derecho inglés*, traducción María Angélica Pulido Barreto, Madrid: Marcial Pons, pp. 71 a 98; CHIASSONI, Pierluigi (2004) “*Il precedente giuridico: tre esercizi di disincanto*” En *Analisi e Diritto*, Genova: Università di Genova, pp. 75 a 101; SESMA, Victoria (1995) *El precedente en el common law*, Madrid: Civitas, pp. 89 a 122; LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2002) *El derecho de los jueces*, México: UNAM, pp. 237 a 245. Cfr. SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Casación 2488-2021/Pasco, del dos de septiembre de dos mil veintidós, fundamento séptimo.

delictivas del “porte” como en la “tenencia en sentido estricto”, no está vinculada para su configuración a la magnitud temporal, dado que se requiere la situación posesoria mínima del arma, lo que se consolida en el “uso”, por cuanto es exigible, además, la facultad o posibilidad de disposición del arma o de ser empleada cualquiera que sea la duración del tiempo que permita su utilización. Asimismo, uno de los elementos generales que deben sustentarse es “precisar si la posesión del arma de fuego puede o no ser esporádica, circunstancial o permanente”, si bien esto fue señalado como elemento que debe sustentarse en la acusación, como se expone en el apartado 10.6 del décimo considerando de la Casación n.º 883-2019/Arequipa, es un aspecto que más bien consolida la conclusión a la que se arribó sobre la temporalidad, puesto que no es lo mismo usar un arma que se porta, que portarla simplemente. En este punto, la jurisprudencia referida no se aprecia como ambivalente, como alega el representante del Ministerio Público. Más bien, se nota una postulación del fáctico por parte del representante fiscal, que no favorece determinar cuál es el “verbo rector” que se imputa: el porte, el uso o ambos. Pues en el caso *sub iudice*, no es un dato que se pueda inferir implícitamente, como pretende el recurrente, sino que debe quedar claro.

Décimo. En ese sentido, precisamente es diferente la “tenencia fugaz” del arma, pues esta sí se encuentra descartada o excluida, ya que está referida a los de “reparación del arma o para impedir un peligro mayor” (también en el apartado 10.6 del décimo considerando de la Casación n.º 883-2019/Arequipa) o, como se señaló precedentemente, también “los de mera detentación o examen, reparación del arma o de simple transmisión a terceros”. Así, se concluye que, si bien, tanto el Juzgado de Investigación Preparatoria como la Sala Superior realizaron una inadecuada interpretación de la norma penal analizada, incluso pese a la jurisprudencia uniforme emitida; ello no modifica el resultado decisivo pues, una cosa es la comprensión del instituto jurídico y otra su extensión, para determinar su aplicación al caso concreto.

Undécimo. En el caso concreto, se puede apreciar que en el motivo de formalización de la investigación preparatoria, como en la sustentación del requerimiento de prisión preventiva, se atribuyó al investigado el “uso” y “porte” de arma de fuego y, conforme a la jurisprudencia citada, el caso se asemeja o asimila con mayor precisión en el “uso” de arma, en que se debió analizar la facultad o posibilidad de disposición del arma o de ser empleada cualquiera que sea la duración del tiempo que permita su utilización, lo que, como se señaló, no ocurrió. Empero, al carecer de propia independencia, los elementos son permutables entre sí, y caben y deben ser determinados en el proceso, alternativamente. Tanto más si la escala de sospecha debe irse formando, bajo el régimen del principio de progresividad, propio del *ius*

persequendi del Estado, hasta alcanzar el grado de suficiencia que posibilite un requerimiento acusatorio, en las postrimerías de la investigación preparatoria⁴.

Decimosegundo. Lo expuesto —errónea interpretación de los elementos del tipo penal—, sin embargo, no modifica los argumentos respecto a la insuficiencia de elementos de convicción, prognosis de pena y peligro de fuga a que arribaron los jueces de ambas instancias sobre el primer aspecto, y el Juzgado colegiado en cuanto a los otros dos. Tratándose de delitos de amplio espectro, como el presente, será la casuística y no reglas abstractas, las que primen en la justificación de la decisión, máxime si las conductas plurales pueden —como se ha resaltado— ser concurrentes, vale decir, quien usa, al mismo tiempo, porta el arma; y aunque con fines prácticos punitivos la pena es idéntica en uno u otro caso, es de suyo más pertinente hablar del uso, cuando se hubiera manipulado el mecanismo percutor del arma, que hablar de porte. El principio de especialidad se impone, aunque en la práctica no se aprecie resultado punitivo alguno —al imponer la pena o realizar una prognosis—, este principio aniquila el concurso ideal.

Decimotercero. En ese orden de ideas, una cosa es disolver el tópico jurisprudencial advirtiendo un inadecuado tratamiento en el *obiter dicta* del auto impugnado y otro, muy diferente, que la *ratio decidendi* sea patológica, en particular en este caso, en que no se decide sobre la improcedencia de la acción —lo cual hubiera sido gravitante, al ser una decisión de mayor peso teórico más que probatorio o elemental conviccional—, sino de una medida cautelar personal contra la libertad, en donde el peso decisivo aparece en la conjunción de los requisitos del artículo 268 del Código Procesal Penal, así como de los elementos conformativos constitucionales de razonabilidad y ponderación de la restricción de libertad; los cuales no versan sobre si se configuró o no el delito de tenencia indebida de arma de fuego, sino si existen elementos graves y fundados, que justifiquen la prognosis de una pena superior a cuatro años, porque existe peligro procesal de parte del procesado, respecto a su debida y eficaz sujeción al proceso y a la decisión ulterior privativa de la libertad.

Decimocuarto. En el caso, como lo han señalado el *a quo* y el *ad quem*, los elementos de convicción son fundados, aunque no graves, al existir discrepancias testificales entre los declarantes Janny Vásquez Tananta, Keiko Sachi Vásquez Tananta y Joau Bustos Dávila; que en este momento

⁴ SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Apelación n.º 73-2021/Suprema, del catorce de noviembre de dos mil veintidós, fundamento 4.1.3.

resulta imposible determinar —sin el debido debate probatorio del juzgamiento—; tampoco es posible soslayar que los elementos de convicción se incardinan con mayor énfasis respecto a la lesión craneal de Janny Vásquez Tananta, más que a contribuir con la convicción del porte y uso del arma de fuego que refirió el procesado, así como que no se trataría de una detentación o simple transmisión del arma de parte de Manuel Ángel Noriega Marín hacia el procesado Jesús Humberto Méndez Saldaña. Y si bien el requerimiento permite avizorar una pena efectiva de prisión, el peligro procesal está sustancialmente disminuido, debido al arraigo domiciliario y familiar, aunque el arraigo laboral no es de calidad, por los arraigos demostrados y la escasez de convicción sobre la obstaculización y la capacidad del procesado para fugarse o ausentarse del proceso; en conjunto, estos precipitan la concurrencia material de los requisitos del artículo 268 del Código Procesal Penal, lo que habilita la sujeción restringida del procesado, pero no es suficiente para determinar la pérdida temporal de su libertad, tal como los órganos jurisdiccionales concluyeron. En tal sentido, no corresponde casar el auto de vista, por lo que el recurso de casación debe ser declarado infundado y sin costas, por cuanto el Ministerio Público se encuentra exento de ello, de acuerdo con el artículo 499 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos que integran la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del MINISTERIO PÚBLICO contra el auto de vista, del veintiséis de julio de dos mil veintiuno (foja 41 del cuaderno supremo), emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que confirmó el auto de primera instancia, del veintidós de mayo de dos mil veintiuno (foja 5 del cuaderno supremo), que declaró infundada la prisión preventiva solicitada y dictó medida de comparecencia restringida contra el procesado JESÚS HUMBERTO MÉNDEZ SALDAÑA, quien se encuentra sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, dentro del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión de los delitos de tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado, y homicidio calificado por la condición de la víctima en grado de tentativa, en perjuicio del policía José Luis Siles Arce; con lo demás que contiene; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista recurrida.
- II. **NO CORRESPONDE IMPONER COSTAS** al representante del Ministerio Público.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y que, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas en la instancia, incluso a las no recurrentes; asimismo, que se publique en la página web del Poder Judicial; y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Peña Farfán por vacaciones del señor juez supremo San Martín Castro y la señora jueza suprema Placencia Rubiños por licencia de la señora jueza suprema Altabás Kajatt.

SS.

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

PLACENCIA RUBIÑOS

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

LT/jj