

PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.

(2006). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Rodhas SAC.

(2011). *Derecho Procesal Penal: Sistema Acusatorio - Teoría del Caso - Técnicas de Litigación Oral*. Lima: Editorial Rodhas.

RODRÍGUEZ VILLAFANE, M. J. (2003). Derecho de la Información y el Respeto a las Garantías del Debido Proceso. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 303-319.

ROSALES ECHEGARAY, J. A. (10 de Abril de 2012). *La Prueba de Oficio*. Recuperado el 9 de Julio de 2016, de Alerta Informativa Loza Avalos Abogados: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=2786>

ROXIN, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

SAN MARTÍN CASTRO, C.

(2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Editora Grijley E.I.R.L.

(2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP-CENALES.

SÁNCHEZ VELARDE, P. (7 de Diciembre de 2016). *La Fase de Juzgamiento*. Recuperado el 19 de Marzo de 2017, de Instituto de Ciencia Procesal Penal: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/fase-dejuzgamiento.pdf>

TABOADA PILCO, G. (s/f.a). *Los Grados del Conocimiento en el Proceso Penal*. Recuperado el 22 de Abril de 2016, de Instituto de Ciencia Procesal Penal: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/gradosdeconocimiento.pdf>

TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La Prueba en el nuevo Proceso Penal* (1ra ed.). Lima, Perú: Academia de la Magistratura - AMAG: Cooperación Alemana al Desarrollo.

VÁZQUEZ ROSSI, J. E. (1997). *Derecho Procesal Penal: El Proceso Penal* (Tomo II). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Fundamentación del carácter suspendido de la pena privativa de libertad para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego

Foundation of the character suspended custodial penalty of freedom for the crime of illegal possession of firearm

ABANTO QUEVEDO, Mario Lohonel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de legalidad de la pena. III. Determinación judicial de la pena. IV. Evolución del juicio de anti-juridicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego. V. Excepciones regladas al ejercicio del ius puniendi. VI. Fundamentación del carácter suspendido de la pena en casos concretos de tenencia ilegal de arma de fuego. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: Si bien el principio de legalidad impone la obligación de sancionar determinada conducta ilícita con la clase –pero no cantidad– de pena prevista por la ley, es posible que, excepcionalmente, la motivación judicial determine un resultado diferente en orden a efectivizar intereses fundacionales de mayor entidad, con límite en el

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

caso concreto. Para hacerlo, el recurso a la excepción a la ley solo puede fundamentarse en la Constitución Política y en muestras judiciales previas de cómo se viene haciendo en otros casos. En este ensayo, proponemos un hipotético caso del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, sobre el cual construiremos la propuesta de aplicar una pena suspendida en su ejecución, pese al vigente marco penal de carácter efectivo de la pena.

Palabras clave: pena / proporcionalidad / motivación / principios / ponderación / dignidad

Abstract: *although the principle of legality imposes an obligation to punish certain unlawful conduct with the kind –but not the amount– of penalty provided by law, it is possible that, exceptionally, the judicial motivation determines a different result in order to enforce major corporate interests, with Limit in the specific case. To do so, recourse to the exception to the law can only be based on the Political Constitution and previous judicial samples of how it is being done in other cases. In this paper, we propose a hypothetical case of the offence of illegal possession of firearms, case upon which we will build the proposal for applying a penalty suspended in its execution, despite the law which forces to impose the sanction of internment in prison.*

Key words: *punishment / proportionality / motivation / principles / weighting / dignity*

I. Introducción

Hasta mediados de 2017, el Código Penal de 1991 ha sufrido 654 modificaciones que han trastocado su lógica sistemática y el sentido de valoración preeminente de auténticos bienes jurídico-penales. Esto explica que, al margen de las problemáticas leyes penales especiales, en dicho cuerpo dispositivo existan prescripciones de índole procesal, así como delitos que, siendo de peligro o mera actividad, son sancionados con dramática desproporción respecto a otros de resultado que, como el homicidio, tutelan *ex post* la vida humana.

Esta sostenida práctica de criminal politiquería penal (o populismo penal) no distingue entre sus perpetradores al Congreso de la República o al Poder Ejecutivo (recuérdese que el Código Penal es un De-

creto Legislativo). Esta situación es muestra de que no hemos tenido ni tenemos, materialmente, un auténtico programa de política criminal, una estrategia contra el delito, muy a pesar del malhadado Consejo Nacional de Política Criminal. Este apéndice del Ministerio de Justicia ha propuesto y publicado un proyecto de Código Penal (diciembre de 2016) que insiste en retrocesos como la pena de cadena perpetua (a la que denomina «pena privativa de libertad indeterminada»), la reincidencia, la habitualidad, la imprescriptibilidad de la acción penal para delitos distintos a los de lesa humanidad o la discriminación en el acceso a los efectos de la imputabilidad restringida; y mantiene la sanción a los delitos contra el honor, el feminicidio, la ayuda al suicidio, el homicidio eutanásico, el marcaje o reglaje y la omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín.

En este ensayo nos ocupamos del delito de tenencia ilegal de arma de fuego y proponemos algunos elementos que, dependiendo del caso concreto, pueden presentarse útiles para que un juez penal –que siendo competente para conocer procesos de *habeas corpus* es primero un juez constitucional porque aplica la ley penal solo después de interpretarla conforme a la Constitución Política y las sentencias del Tribunal Constitucional– considere imponer una pena suspendida en su ejecución, pese a que el extremo mínimo de la pena conminada sea de seis años de privación de la libertad, de ordinario, con carácter efectivo.

Desde luego, se puede anticipar que para hacer esto se tiene que echar mano, como debiera hacerse siempre, a la Constitución Política, a la ponderación, a la dignidad de la persona, al derecho a recibir la equitativa medida de pena según la naturaleza de la conducta punible cometida, a la proporcionalidad y humanidad de las penas, al objeto resocializador que una pena auténticamente proporcional debe cumplir en la persona a la que se le impone y al empleo legítimo del derecho penal en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Proponemos un hipotético caso (que estimamos altamente posible que se produzca en la realidad, constituyéndose entonces en un caso real verificado) como asunción preliminar, sobre la base del cual construiremos nuestros argumentos. Este posible caso real verificado –o

caso concreto— es uno en el que la Policía Nacional ha intervenido a un taxista, varón de 21 años con educación superior, en el marco de un operativo posterior a un robo agravado, pidiéndole autorización para realizar un registro vehicular, ante lo cual el intervenido consiente de buen grado, pero antes advierte a los policías que en la guantera porta un revólver. Efectivamente, los policías hallan en la guantera del taxi el arma indicada en regular estado de conservación, asegurada y operativa, sin que su portador cuente con la autorización administrativa para su uso, acreditándose luego con la pericia de absorción atómica que el intervenido no ha efectuado disparo con el arma. Durante la Investigación Preparatoria, el investigado y su defensa solicitan al Fiscal del caso, reunirse para discutir los alcances de un acuerdo de terminación anticipada, admitiendo responsabilidad penal, aceptando el decomiso del arma y la inhabilitación, haciendo valer la ausencia de antecedentes penales y el hecho de que ya han efectuado un depósito judicial electrónico a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria, con indicación del número de expediente judicial, a cuenta del pago de la reparación civil, comprometiéndose al pago adicional si es que así resulta del acuerdo.

II. Principio de legalidad de la pena

Roxin (2006, pág. 169) expresa su preocupación por la vigencia del principio de legalidad ya que le impide al juez «hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo». Este escrúpulo, válido desde el positivismo ortodoxo, no puede sostenerse del mismo modo a la luz del constitucionalismo actual. De allí que esta denominada «cualquier interpretación» puede plantearse como posible si es que se muestra como una alternativa de asignación de significado normativo mejor y más compatible con la Constitución Política en la misma medida en que -de mejor y mayor manera- optimice principios de naturaleza constitucional.

El principio de legalidad, pilar fundamental del derecho penal liberal, tiene diversas expresiones y entre ellas, la que nos interesa aquí resaltar es la legalidad de la pena previamente determinada por la ley (*nulla poena sine lege*).

El artículo 2.24.d de la Constitución Política de 1993 lo consigna así⁽⁹³⁾ (hemos añadido el subrayado al texto):

Toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

En tanto que el Código Penal, lo hace en su Título Preliminar (agregamos el subrayado al texto): «Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

La lectura del texto constitucional citado nos produce una primera duda: la cobertura garantista del principio de legalidad de la pena ¿solo comprende la clase de pena prevista en la ley y no, necesariamente, su extensión? (Roxin, 2006, pág. 174). El Código Penal tampoco se refiere expresamente a la extensión de la pena, sino solo a su clase. Si esto fuese así, tal interpretación habilitaría un juicio de determinación de la pena por debajo del límite legal o con un carácter distinto al que facultativamente sugiere la regla del artículo 57 del Código Penal, mediando la debida motivación que el específico caso real verificado determine. Recuérdese que, en abstracto, la sistemática del Código Penal desde su promulgación, ha reconocido al juez la posibilidad de imponer la pena por debajo del límite punitivo inferior, circunstancias a las que se unen los descuentos por la adopción de salidas de simplificación procesal. Ciertamente es que, debido a la reinstalación de la reincidencia y habitualidad (Ley n.º 28726, publicada el nueve de mayo de 2006), también se obliga al juez a imponer la pena por encima del límite punitivo superior, pero

⁽⁹³⁾ Sobre el particular, véase el caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú (sentencia de fondo, reparaciones y costas, capítulo X, párrafo 121), el caso De La Cruz Flores vs. Perú (sentencia de fondo, reparaciones y costas, capítulo VII, párrafo 104) y también las sentencias en casación de la Corte Suprema de Justicia 107-2010 La Libertad, 128-2010 Arequipa, 163-2010 Lambayeque y 1465-2000 Huaura.

esto, al fin y al cabo, sirve también para fundamentar la respuesta afirmativa a la pregunta planteada.

Entonces, esto dejaría a los marcos punitivos que a cada delito corresponden, planteados como «recomendables» en el ámbito de la generalidad, es decir, para «casos tipo», en los que no concurre ninguna circunstancia extraordinaria que ponga en entredicho la recomendación legal de la extensión de la predeterminada clase de pena a imponerse. Luego, sin embargo, si tal ignota circunstancia modificativa de la extensión de la pena es expuesta y probada, la recomendable medida de la pena deberá ser adaptada en función a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Clave será, desde luego, la motivación judicial expuesta para justificar la nueva –y particular– medida de la pena «recomendable» para el caso concreto.

III. Determinación judicial de la pena

Un avance proporcionado por la Ley 30076 es la incorporación de la técnica de división en tercios del espacio punitivo conminado en el tipo penal. El recurso a esta división y las reglas de determinación de la pena han dotado de predictibilidad a esta operación, librada antes al arbitrio del juez, situación que, desde luego, producía resultados marcadamente distintos en casos sustancialmente semejantes.

Sin embargo, no creemos que la técnica de los tercios punitivos, mantenida en el Proyecto de Código Penal de diciembre de 2016, sea autónoma. Antes de su enunciación en el Código Penal, le preceden los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, descritos en el artículo 45 del Código Penal. Ya que el Juez debe tener en cuenta las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerar especialmente su situación de vulnerabilidad, proponemos que, antes de aplicar la técnica de los tercios punitivos, debe estimarse en cada caso la dignidad de la per-

sona, el principio político criminal de culpabilidad, la real posibilidad de realización de los fines de la pena (rehabilitación y resocialización) y las características personales del sujeto agente.

a. Dignidad de la persona humana

El primer artículo de la Constitución Política dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha establecido:

«La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución (...)» STC Exp. No 0010-2002-AI/TC, caso Marcelino Tineo Silva, fj 160.

Chanamé (2015, pág. 25) considera que la dignidad de la persona humana es un principio general del derecho «que permite una interpretación sistemática de la normatividad constitucional, así como también, la aplicación de métodos de integración para dar soluciones de índole hermenéutica en ausencia o deficiencia normativas».

Sabemos que la ley se interpreta literal, sistemática, teleológica e históricamente, a diferencia de la Constitución, que se interpreta no solo acudiendo a dichas técnicas, sino a sus propios principios. Entre ellos queremos resaltar el principio de Unidad de la Constitución. En virtud a él, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un «todo» armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. Si así debe ser interpretada la Constitución, que contiene en su primer artículo al principio teleológico de dignidad de la persona humana, consideramos plausible la interpretación que tiene a dicho principio como pauta teleológica del sistema jurídico en su conjunto.

Al establecer un principio teleológico de interpretación e integración, el presente artículo, establece los límites o marco conceptual para la política de construcción jurídica del conjunto constitucional *ex ante* (como fundamento y presupuesto inmediato del catálogo de derechos fundamentales reconocido y garantizado), así como también de los alcances, límites y orientaciones del mismo *ex post* (Chanamé Orbe, 2015, pág. 25).

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanan todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana” (STC Exp. n.º 2273-2005-PHC/TC caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas).

b. Características personales del sujeto activo

Siempre sobre la base del caso planteado como asunción preliminar, tenemos en cuenta que el sujeto activo, de 21 años de edad, es una persona comprendida en los alcances del rango etéreo al que se le reconoce, normativamente, la posibilidad de imputabilidad penal restringida⁽⁹⁴⁾. No

⁽⁹⁴⁾ «Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la

hay prohibición, por la clase de delito, para admitir el acceso del sujeto agente a esta disminución facultativa y prudencial de la penal.

Sobre el particular, la sentencia casatoria 335-2015-Del Santa valora positivamente la consideración de que los agentes comprendidos objetivamente en los rangos etéreos que señala el artículo 22 del Código Penal, no pueden ser excluidos del efecto facultativo y prudencial de disminución de la pena, pues la exclusión que consigna su segundo párrafo resulta discriminatoria (fundamento décimo cuarto) y por consiguiente, inconstitucional.

La aplicación de estos criterios jurisdiccionales al caso planteado, posibilita el acceso del imputado al efecto adicional de disminución facultativa y prudencial de la pena por debajo del mínimo legal, siempre que al respecto se haya aportado y actuado prueba sobre su «condición personal», su «capacidad de culpabilidad», es decir, sobre su individual, concreta y específica «responsabilidad restringida». Aportar prueba al respecto hace posible que los jueces ejerciten la facultad legal que les franquea el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal sin atisbo de arbitrariedad, sometiendo la prudente reducción de la pena a los marcos objetivos proporcionados por la prueba, sometida a contradicción.

Sin embargo, este criterio debe ser progresivamente adoptado, debido a que afina su razonabilidad en las características del modelo procesal penal acusatorio con tendencia adversarial y ya que el modelo procesal anterior no exigía que la actividad probatoria corresponda exclusivamente a los sujetos procesales, el Juez Instructor podía ejercitar la citada facultad solo ante la mención, por el Fiscal o el Abogado Defensor, de que el imputado se hallaba comprendido en alguno de los dos rangos etéreos. La internalización de la necesidad de prueba aportada por los sujetos procesales respecto de la imputabilidad restringida es aún progresiva. Esta circunstancia, no obstante, no debiera repercutir

condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua».

negativamente en la concreción de la pena proporcional que a cada persona corresponde. Los Jueces, en consecuencia, deben proceder según enuncia el fundamento jurídico cuadragésimo primero de la sentencia casatoria 335-2015-Del Santa, esto es, aplicando la reducción facultativa y prudencial de la pena, a la pena concreta resultante, individualizándola así por «adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario» que resulta esta circunstancia atenuante.

Otro aspecto a considerar entre las características personales del sujeto activo es que no registra antecedentes penales ni judiciales. Esto se acredita con el informe que al respecto emita la Oficina de Antecedentes Penales de la Corte Superior de Justicia respectiva, pero en el marco del acuerdo de terminación anticipada y por objetividad, el Ministerio Público puede acompañar también un informe del Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (RENA-DESPPLE) para que el Juez de Investigación Preparatoria conozca mejor al ciudadano imputado. Si no lo hiciera, la defensa puede requerirle al Fiscal hacerlo, ya que es interés común de ambos sujetos procesales, la aprobación del acuerdo de terminación anticipada.

Por último, pero no menos importante, en el caso planteado la Defensa del ciudadano investigado ha probado que este tiene un nivel educativo superior y se dedica a una actividad laboral que, aunque transitoria, es lícita y le reporta ingresos.

c. Rehabilitación y resocialización

En el contexto del acuerdo de terminación anticipada que integra el caso hipotético que se ha planteado, la propuesta por la cantidad de pena que permita cumplir con la finalidad de la privación de libertad, es decir la resocialización efectiva del imputado, a fin de no vulnerar su dignidad como fin en sí mismo y garantizar su derecho al pleno desarrollo de su personalidad, puede ser que la pena a imponerse sea de cuatro años y nueve meses de pena privativa de la libertad, por debajo del mínimo legal debido a la posibilidad de reducción de la pena por imputabilidad restringida.

Esta pena específica haría posible que, aplicando la reducción premial de una sexta parte por acogimiento al proceso de terminación anticipada –de conformidad al artículo 471 del Código Procesal Penal– el imputado reciba un beneficio que tornaría la pena en una final de tres años, once meses y quince días.

Esta extensión temporal de la pena tendría, por regla general, el carácter de suspendida en su ejecución, por un periodo de prueba que podría ser de dos años si así se incluye en el acuerdo de terminación anticipada, suspensión condicionada al cumplimiento de reglas de conducta bajo apercibimiento en caso de incumplimiento (de conformidad a lo previsto en los artículos 57, 58 y 59 del Código Penal). Entre las reglas de conducta que el acuerdo puede incluir, estimamos posibles las siguientes:

- a. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
- b. Comparecer personal, obligatoria y mensualmente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades;
- c. No cometer nuevo delito doloso; y
- d. Cancelar el íntegro de la reparación civil en una cuota, dentro de las veinticuatro horas posteriores a la aprobación –en audiencia judicial– del acuerdo de terminación anticipada.

El acuerdo presentado debe incluir también, como corresponde a la legalidad de las sanciones previstas por el artículo 279-G del Código Penal, la pena de inhabilitación conforme a lo previsto en el artículo 36.6 de la misma norma penal⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ «Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas».

d. Atenuantes genéricas y privilegiadas

Según el artículo 46.1.a.f del Código Penal, modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo n.º 1237, publicado el 26 de septiembre de 2015, entre las circunstancias de atenuación de la pena, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, figuran las dos siguientes: la carencia de antecedentes penales y el reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado. La misma regulación se mantiene en el Proyecto de Código Penal, en su artículo 50.

Así mismo, ya que el Código Penal vigente no regula la atenuante privilegiada, debe comprenderse a esta solo como la leve afectación del bien jurídico-penal producida por el delito. Creemos que en el caso concreto, que es un delito de peligro, esta levedad concurre.

IV. Evolución del juicio de antijuridicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego

El delito de tenencia ilegal de arma de fuego es sancionando con no menos de seis ni más de quince años de pena privativa de la libertad. Sin embargo, otra consideración principal en el análisis por la legitimidad de la aplicación de pena suspendida en este delito debe hacerse sobre la base del examen de la conducta en el caso concreto, contra aquellas que han determinado el incremento de la pena para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego durante su evolución legislativa. Si los motivos de estas modificaciones, que incidieron en el incremento de la pena (inicialmente establecida entre tres y diez años de privación de la libertad) no comprenden a la conducta del caso concreto, puede concluirse en que el juicio de reproche social (antijuridicidad) por el comportamiento real verificado no es aquel que explica y exige la imposición de la pena incrementada actualmente vigente, de carácter efectivo por regla general.

En 1991, el tipo penal original del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tenía la siguiente estructura típica:

Artículo 279.- El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

La primera modificación⁽⁹⁶⁾ a la redacción original del artículo 279 del Código Penal se produjo merced al Decreto Legislativo n.º 898, que a su vez fue fruto de la delegación de facultades legislativas efectuada con Ley n.º 26950. Es con esta ley que el Congreso de la República, órgano legislativo por antonomasia, expresó -en nombre de la Nación- que su intención fue «erradicar (...) la delincuencia común organizadas en bandas utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad». No obstante, la opción que tomó el legislador delegado para alcanzar tal objetivo, fue solo el incremento de la pena del delito. El texto resultante fue el siguiente (resalto la modificación):

Artículo 279.- El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

La segunda modificación a este delito se produjo por la Ley n.º 30076, que comprendiendo en un solo dictamen a más de sesenta iniciativas legislativas sobre seguridad ciudadana, modificó no solo el supuesto de hecho de este delito, sino una serie de disposiciones penales, procesales penales y de ejecución penal, con la finalidad de combatir delincuencia patrimonial (robo agravado, receptación), criminalidad organizada, violación sexual mediando el uso de armas, entre otros delitos graves. El texto modificado del delito que comentamos fue el siguiente:

⁽⁹⁶⁾ Artículo modificado por la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 898, publicado el 27 de mayo de 1998, expedido con arreglo a la Ley 26950, que solo por 15 días otorgó al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional.

Artículo 279.- El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, armas de fuego artesanales, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

En consecuencia, si ninguna de las motivaciones que precedieron a la promulgación de las disposiciones legales modificatorias del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, corresponde a la que se esgrima en el caso real verificado, como podría ser la de defensa personal disuasiva, es lógico predicar la inaplicabilidad del incremento de la pena al caso.

Las dos modificaciones posteriores, ocasionadas por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30299, publicada el 22 de enero de 2015, vigente a partir de la publicación de su reglamento aprobado por Decreto Supremo 008-2016-IN del seis de julio de 2016 (derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo 010-2017-IN, publicado el 01 de abril de 2017); así como la modificación por el Artículo Único del Decreto Legislativo 1237, publicado el 26 de septiembre de 2015, no cambian la penalidad no menor de seis ni mayor de quince años que aquí empleamos para formular nuestra propuesta.

Tampoco la modificación del artículo 279 del Código Penal, por obra del artículo dos del Decreto Legislativo 1244, publicado el 29 de octubre de 2016, es significativa, pues si bien extrajo del mencionado artículo 279 la tenencia ilegal de armas de fuego, la incorporó en el añadido artículo 279-G del Código Penal, referido a la fabricación, comercialización, uso o porte de armas. En este nuevo -y vigente- artículo se sanciona con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso seis del artículo 36 del Código Penal, al que, sin estar debidamente autorizado, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo. Como puede apreciarse, se mantiene el extremo mínimo de la pena por encima de los cuatro años de privación de la libertad, de modo que la pena mínima se plantea, por regla general, con carácter efectivo.

Ya que la evolución punitiva de este delito se ha ocupado de la tenencia de armas de fuego relacionada a la probable o acreditada comisión de otros delitos de resultado (de suyo más graves que los delitos de peligro), la alarma social que ha hecho suya el legislador penal⁽⁹⁷⁾, no abarca la conducta de aquel que porta un arma para defenderse mostrándola a su atacante. Por eso consideramos pertinente aplicar a un caso hipotético como el planteado, *mutatis mutandis*, el criterio de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la situación generada por la aplicación de la Ley n.º 28704 (Acuerdo Plenario n.º 7-2007/CJ-116)⁽⁹⁸⁾, en la que la conducta de mantener relaciones sexuales consentidas y muchas veces mediando una relación sentimental, con una persona mayor de 14 años pero menor de 18 años de edad, se sancionaba con una pena de hasta 30 años de prisión, en tanto que el mismo acceso carnal, pero logrado mediante engaño o pago, merecía una sanción mucho menor. Los jueces del Tribunal Supremo consideraron que esta contradicción atentaba contra el principio de proporcionalidad de la pena, conclusión que también puede predicarse válidamente en el caso propuesto. Como expresa el Fiscal Adjunto Supremo Penal, Alcides Chinchay, ese acuerdo plenario tuvo el mérito de haber expuesto que sí es posible que el juez se aparte del *cuántum* de la pena dada por la letra de la ley (2016, pág. 32).

Con más actualidad, la Corte Suprema anotó que «en cualquier resolución judicial, y sin contravenir el principio de legalidad, el Juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adaptarlo al caso concreto» (véase el fundamento 2.3.8 de la sentencia en Casación n.º 147-2016-Lima, que cita a propósito del ejercicio del principio *iura novit curia* por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la apelación 03-2015 “22” caso Torrejón Guevara y en la Casación n.º 430-2015-Lima de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema). Sobre la base de este deber,

(97) Para incrementar la pena, primero, y para modificar -e incluir- modalidades de su supuesto de hecho, después.

(98) Inclusive, después de la valoración hecha en ese acuerdo plenario, se produjo otra, aún más audaz pero siempre en la línea de respeto por la proporcionalidad de las consecuencias penales, pues con el acuerdo plenario n.º 4-2008/CJ-116 se propuso considerar que dicha conducta sexual no genera responsabilidad penal si media consentimiento.

estimo que la pena conminada no es la que correspondería al caso concreto y que puede y debe ser «moldeada» con pleno respeto al principio de legalidad penal, para hacerla corresponder al sentido de equidad y proporcionalidad, que está en la base de legitimidad del derecho penal.

V. Excepciones regladas al ejercicio del *ius puniendi*

Si bien en el caso propuesto se justifica la imposición de pena privativa con carácter suspendido, pues no corresponde la abstención de la pretensión punitiva, creemos que exponer los escenarios en los que se producen excepciones regladas al ejercicio del *ius puniendi* contribuye al objetivo de la exposición. Si el Fiscal, bajo determinadas circunstancias, puede renunciar a la pretensión punitiva, tanto más, bajo la misma condición (la regulación dispositiva) podrá solicitar el castigo de la conducta punible, pero en la medida de la pena que resulta adecuada al caso debido a sus particularidades.

De acuerdo al artículo uno de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁽⁹⁹⁾, Decreto Legislativo n.º 052, el Fiscal Penal es titular de la acción penal pública y la ejerce ante el Poder Judicial con la finalidad de lograr la sanción del delito, en clara concreción de su rol de representante de la sociedad en juicio, interesada en la prevención, persecución y sanción de esta clase de conductas que atentan de forma grave, contra las reglas fundacionales de la sociedad organizada.

En un Estado Constitucional de Derecho el fin último del Ministerio Público (Penal) es que se condene solo a quienes realmente son responsables penalmente y demostrarlo requiere objetividad. Ilustra al respecto el Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 6167-2005-HC fj 31):

⁽⁹⁹⁾ «Artículo 1.- El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación».

§ Principio de legalidad en la función constitucional

31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejerce la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley.

No obstante, en aplicación del criterio de objetividad⁽¹⁰⁰⁾, el Ministerio Público no está obligado a acusar en todo caso, pues puede hacer uso discrecional del criterio de oportunidad para determinados ilícitos penales, e incluso, obligatoriamente, instar un acuerdo reparatorio para ciertos delitos⁽¹⁰¹⁾, sobre la base del artículo 2.6 del Código Procesal Penal. Es más, luego de realizar su investigación, el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento de la causa si es que aprecia que el hecho no puede ser atribuido a la persona investigada o porque se ha presentado alguna causal de inculpabilidad (artículo 344 del Código Procesal Penal). Estas disposiciones llevan a concluir en que el Fiscal tiene poder dispositivo regulado, sobre la acción penal pública, cuyo ejercicio le corresponde en exclusividad (artículo 1.1 del Código Procesal Penal).

Para el delito que nos ocupa, una consideración subsidiaria es que el Estado, a través de leyes de amnistía⁽¹⁰²⁾, ha expresado que periódicamente

⁽¹⁰⁰⁾ Código Procesal Penal, Artículo IV.2: «El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional».

⁽¹⁰¹⁾ Estos delitos, descritos en el Código Penal en el artículo que se cita entre paréntesis, son los siguientes: lesiones leves (art. 122), hurto simple (art. 185), hurto de uso (art. 187), hurto de ganado no agravado (art. 189-A primer párrafo), apropiación ilícita común (art. 190), sustracción de bien propio (art. 191), apropiación irregular (art. 192), apropiación de prenda (art. 193), estafa (art. 196), casos especiales de defraudación (art. 197), administración fraudulenta de persona jurídica (art. 198), daño simple (art. 205), modalidades de libramientos indebidos (art. 215) y en los delitos culposos.

⁽¹⁰²⁾ Entre otras, la Ley n.º 26978 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de fuego de uso particular (22 de setiembre de 1998); la Ley n.º 27521 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de fuego, municiones, granadas de guerra o explosivos (28 de setiembre de 2001); la Ley n.º 28397 de amnistía y regularización de la tenencia de armas de uso civil, armas de uso de guerra, municiones, granadas o explosivos (26 de noviembre de 2004); la

te es útil que renuncie a la pretensión punitiva por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, condicionando el efecto de nula consecuencia penal y reparatoria, a la entrega, dentro de un plazo, del arma en posesión ilegal. Si esto es posible sin generar alarma social, consideramos que también puede serlo que el Ministerio Público, sin renunciar a la persecución del delito, esto es, insistiendo en la declaración de responsabilidades penal y civil (medida más gravosa que la generada con leyes de amnistía) solicite la aplicación de una pena suspendida y el pago de una reparación civil, como podría hacerlo en el caso hipotético expuesto.

VI. Fundamentación del carácter suspendido de la pena en casos concretos de tenencia ilegal de arma de fuego

La sentencia casatoria 335-2015-Del Santa, aunque concierne a un caso distinto, es buen ejemplo para exponer la posibilidad de adoptar un nuevo marco punitivo en sustitución del que corresponde a la pena conminada. En aquel caso, esto se hizo al verificarse dos supuestos que tornan en procedente la determinación de un nuevo espacio punitivo, por la infracción al principio-derecho de igualdad y la infracción al principio de proporcionalidad de la pena.

En el ejemplo propuesto, se presenta el efecto de disminución de la pena por la solicitud de terminación anticipada, la ausencia de agravantes cualificadas, la concurrencia de atenuante genérica, el no uso efectivo del arma debido a su exclusivo empleo disuasivo, pero también el sometimiento voluntario a la incautación y al decomiso, el pago antelado de la reparación civil, sin perjuicio de su abono en la parte no cubierta y por último, la aceptación de la inhabilitación. Todo esto, debe valorarse sin perjuicio de examinar si en la persona del sujeto activo, la pena privativa de libertad, de ordinario con carácter efectiva, contribuirá a generar

Ley n.º 29858 que otorga amnistía por la posesión irregular o ilegal de armas de uso civil, armas de uso de guerra, municiones, granadas de guerra o explosivos y regulariza su tenencia (tres de mayo de 2012); y el Decreto Legislativo n.º 1227 (por delegación de facultades legislativas mediante Ley n.º 30336) que dicta medidas para regular la entrega voluntaria de armas de fuego, municiones, granadas de guerra y explosivos, por 90 días a fin combatir la inseguridad ciudadana (25 de setiembre de 2015).

un efecto positivo, un cambio en las expresiones de socialización de la persona, que aseguren su plena reincorporación útil en sociedad.

a. Solicitud de terminación anticipada proponiendo un nuevo extremo mínimo de pena

El proceso de terminación anticipada está regulado en el Código Procesal Penal y en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollado en el Libro V, sección V, artículos 468 al 471 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.º 957). El Acuerdo Plenario n.º 5-2009/CJ-116 establece en su fundamento jurídico 19, que la terminación anticipada tiene «la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento».

La terminación anticipada es un proceso penal especial y autónomo, pero también una forma de simplificación procesal, basada en el principio de consenso y procura evitar juzgamientos innecesarios. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada y no una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente del principal. En este contexto, el proceso de terminación anticipada importa la aceptación del hecho punible objeto del proceso penal por el imputado y la posibilidad de negociación acerca de sus circunstancias, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias, pues así fluye de lo dispuesto en el artículo 468.4.5 del Código Procesal Penal. Este instituto es aplicable para todo tipo de delitos -ámbito de aplicación general- y sus reglas están sometidas a una pauta unitaria.

Siguiendo ese orden de ideas, el proceso de terminación anticipada atraviesa varias etapas o fases, que van desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada (fase inicial), hasta la realización de la audiencia respectiva (fase principal) y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente, que puede ser un auto desaprobatario del acuerdo o una sentencia anticipada (fase decisoria). Es claro, por lo demás, que la audiencia preparatoria es privada, lo cual es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la Investigación Preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, para que no se ventile

públicamente; pero también, porque si no se logra un acuerdo o este no se aprueba, el imputado tiene la garantía de que su declaración se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra (artículo 470 del Código Procesal Penal).

Dentro de la función del Juez de Investigación Preparatoria durante el desarrollo del proceso, se encuentra el examen de admisibilidad y procedencia, de control y revisión de si el imputado tiene el necesario conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo y que su consentimiento se produzca de manera libre, voluntaria, sin presiones o amenazas, informado, con ejercicio de asesoría legal y conociendo a lo que se somete. Además, el Juez controla la legalidad del acuerdo, la razonabilidad de la pena y expide la decisión que corresponda.

El control de legalidad del acuerdo que debe realizar el Juez de Investigación Preparatoria se expresa en tres planos diferentes:

- a) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico-penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible;
- b) El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros -mínimo y máximo- del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad -esto es lo que se denomina «pena básica»-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil -en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias; y,
- c) La exigencia de una suficiente actividad indiciaria, que vincule a la persona investigada, con los hechos que se le atribuyen y que está aceptando.

Ello implica la necesidad de que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente -probabilidad delictiva- (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado y (ii) que están presentes todos los presupuestos de punibilidad y perseguibilidad.

Siendo así, el Juez de Investigación Preparatoria debe desaprobado el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. No es correcto, en atención al ámbito restringido del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

Así mismo, el Juez de Investigación Preparatoria deberá desaprobado el acuerdo si advierte que el *cuántum* de la pena acordada no supera el control de constitucionalidad y legalidad o que la razonabilidad de la pena o su condición (suspendida o efectiva) no es lícita. Este extremo es el que nos importa especialmente.

El análisis judicial está orientado a determinar -entre otros aspectos- la razonabilidad de la pena, no existiendo en este proceso especial una actividad de determinación judicial de la pena en estricto. Sin embargo, para establecer esa aludida razonabilidad se pueden utilizar los criterios generales para la determinación de la pena y, a partir de ello, examinar si para los hechos y caso en particular la pena acordada es razonable. Dado que la normatividad penal sobre la determinación de la pena ha sido modificada por las Leyes n.ºs 30076 y 30364 y los Decretos Legislativos n.ºs 982, 1237 y 1323, el control judicial debe basarse también en establecer si el acuerdo presentado se adecua a dichas modificaciones, esto es, a lo establecido en los modificados artículos 45, 46 y (el incorporado) artículo 45-A del Código Penal.

Sin embargo, este examen tiene un límite dado por la naturaleza y carácter sistemático de las disposiciones legales a emplearse, que son penales y procesales penales. Por eso, ya que podría plantearse como posible un cuestionamiento sobre la operación aritmética que realizaría el Ministerio Público para determinar la pena concreta por debajo del extremo mínimo del tercio punitivo inferior, puede sustentarse esta decisión en los especiales elementos del caso planteado: el efecto de disminución de la pena por la solicitud de terminación anticipada, la ausencia de agravantes cualificadas, la concurrencia de atenuante genérica, el

no uso efectivo del arma debido a su exclusivo empleo disuasivo, pero también el sometimiento voluntario a la incautación y al decomiso, el pago antelado de la reparación civil, sin perjuicio de su abono en la parte no cubierta, la aceptación de la inhabilitación y por último, por el acceso al descuento facultativo y prudencial de la pena por imputabilidad restringida.

Así, al proponerse un nuevo extremo mínimo del tercio punitivo inferior (de seis años de pena privativa de la libertad, hasta cuatro años y nueve meses de esa misma clase de pena), habrá que admitir con honestidad que se propone esa nueva pena porque es la conveniente para que al efectuar el descuento de su sexta parte, resulte en una pena final por debajo de los cuatro años de prisión, para lograr su carácter suspendido. En consecuencia, es evidente que el examen de legalidad de este extremo del acuerdo no puede hacerse solo acudiendo a disposiciones legales de tipo penal y procesal penal.

Consideramos que presentar y justificar un acuerdo de terminación anticipada con esta particularidad, es concreción del ejercicio valiente de la autonomía funcional y libertad de criterio que le reconoce el artículo cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁽¹⁰³⁾ al Fiscal Penal.

b. Ausencia de agravantes cualificadas

No concurre en el caso ninguna circunstancia agravante cualificada de aquellas descritas en el artículo 46.2 del Código Penal.

La circunstancia descrita en el literal e) consistente en «Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común»; no es aplicable, ya que no es independiente respecto al delito de tenencia ilegal de arma de fuego. Claramente, el citado artículo condiciona la autonomía de las circunstancias agravantes «siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean

⁽¹⁰³⁾ «Artículo 5.- Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución».

elementos constitutivos del hecho punible». Tampoco resultaría aplicable la circunstancia agravante descrita en el literal m) «Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva» porque en el caso que nos ocupa, el arma no ha sido empleada para ejecutar otra conducta ilícita.

c. Concurrencia de atenuantes genérica

En el caso planteado, que se propuso así al considera altamente posible que se presente, tal cual, en la realidad, el sujeto activo intervenido carece de antecedentes penales y reparó voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado, incluso sin tener seguridad de alcanzar un acuerdo de terminación anticipada o que este sea aprobado por el Juez de Investigación Preparatoria. Estas dos circunstancias son atenuantes genéricas, que sirven para escoger el tercio punitivo inferior para determinar la pena, según se aprecia del artículo 46.1.a) del Código Penal y del artículo 50.a) del Proyecto de Código Penal de diciembre de 2016.

d. No uso efectivo del arma

También planteamos como elemento integrante del caso, que luego de realizarse la pericia de absorción atómica, se determinó que el ciudadano imputado no había efectuado disparos con el arma, al menos no recientemente. Esto abona a favor de su tesis defensiva consistente en el uso disuasivo del arma de fuego, para su propia seguridad.

e. Exclusivo empleo disuasivo o potencial

Ya que no se cuenta con información en contrario, no puede asumirse como falsa la afirmación que, a modo de explicación justificante, presenta el ciudadano imputado, más aún si se tiene en cuenta el contexto de creciente inseguridad ciudadana y que el sector de taxistas ya ha sido objeto de robos de su dinero y/o vehículo. El resultado de la pericia a la que nos referimos en el párrafo anterior, sirve para dotar de verosimilitud a esta explicación.

f. Sometimiento voluntario a la incautación y decomiso

Como parte de las condiciones para promover el acuerdo de terminación anticipada, el ciudadano imputado ha expresado por escrito que comprende que la admisión de responsabilidad penal por su parte, implica la concreción de la sanción de decomiso del arma que se le incautó, aceptando la pérdida de propiedad sobre ella a favor del Estado.

g. Pago anticipado de la reparación civil

En relación a la reparación civil, antes de solicitar al Fiscal la realización de reuniones informales para plantear los alcances del acuerdo preliminar de terminación anticipada, el sujeto activo y su Defensa ya han efectuado un pago anticipado por este concepto, mediante un depósito judicial administrativo que consigna los datos del Juzgado de Investigación Preparatoria, el número de expediente, número de DNI y nombre del depositante (el investigado), haciéndoselo saber al Fiscal y expresando compromiso por empozar suma faltante si así lo determina el acuerdo que eventualmente se alcance, independientemente de la aprobación del acuerdo de terminación anticipada. Teniendo en cuenta que el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior debe ser notificado tanto con el requerimiento de terminación anticipada como con la citación a la audiencia respectiva, deberá dársele oportunidad para expresar cuál es su pretensión reparatoria y su justificación razonable⁽¹⁰⁴⁾, siendo el delito de tenencia ilegal de arma de fuego uno de peligro abstracto causado durante el tiempo en el que la persona investigada portó el arma de fuego que no disparó el día de su incautación.

⁽¹⁰⁴⁾ Puede alegarse, sin más referencia al caso real, que el delito de tenencia indebida de armas de fuego es un delito de peligro abstracto no convencional que se caracteriza por ser multicausal y pluriofensivo, cuyo funcionamiento se encuentra rodeado de los más complejos mecanismos a efectos de burlar el control de la ley. También, que pone en cuestión la responsabilidad del Estado de asegurar a los ciudadanos llevar una vida segura y sin mayores riesgos». El Juez de Investigación Preparatoria debe estar atento para identificar estos pseudo argumentos y controlar su aplicación al caso que se le expone. Las generalidades no deben ser admitidas sin más, para justificar una pretensión procesal como la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

h. Principio de humanidad de las penas

Cuando anunciamos la intención de este ensayo, criticamos nuestra carencia material de política criminal. El principio de humanidad de las penas es considerado por Jescheck & Weigend como fundamento de la política criminal. «De acuerdo con él, la imposición y ejecución de las penas debe tener en cuenta la personalidad del acusado y, en su caso, del condenado, teniendo que hacer frente a la sanción de forma humana y responsable para procurar devolverle su vida en sociedad» (2014, pág. 40).

Así, concebido primero para la imposición y luego para la ejecución de la pena, «se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto» (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 107); pues la conminación y concreción de las sanciones penales deben cumplir con exigencias mínimas de certeza y razonabilidad que aseguren una penalidad justa y equilibrada para cada tipo de delito.

Este principio presupone «que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al pleno desarrollo de la personalidad» (De la Cuesta Arzamendi, 2009).

Saludablemente, el proyecto de Código Penal al que nos referimos también, incorpora este principio en el Artículo X del Título Preliminar, pues no figura en el Código Penal vigente. Lo enuncia así: «La pena y la medida de seguridad se imponen de acuerdo con el principio de humanidad. Están proscritos la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes en la aplicación y ejecución de cualquier forma de privación de la libertad, sanción penal o medida de seguridad». Adviértase que no se limita el principio a la ejecución de la pena, pues expresamente incluye la aplicación de la pena, que aquí entendemos como su determinación para una persona real.

i. Principio de proporcionalidad de la pena

Siempre sobre la base del hipotético caso concreto planteado al inicio, a fin de acordar la pena concreta y hacer que esta sea justa y propor-

cional, debemos analizar –primero– que no se trate de un delincuente peligroso que requiera tratamiento penitenciario en carcelería, ya que muy distinta a tal consideración es una persona que se dedica a actividades lícitas, que no cuenta con un historial relacionado a la infracción de las normas de pacífica convivencia pero que, no obstante, ha optado por salvaguardar su vida y patrimonio al portar un arma, sin emplearla efectivamente, es decir, sin hacer disparos. Después, debemos tener en cuenta las circunstancias particulares de su intervención en posesión del arma de fuego, pues de la investigación fiscal debe quedar claro que el investigado tuvo por intención principal el uso disuasivo del arma y eventualmente, que no ha realizado ningún disparo, conforme se apreciaría del respectivo dictamen pericial (negativo para plomo, antimonio y bario). En este sentido, resultaría razonable asumir que el arma incautada no habría sido utilizada para amenazar o intimidar a alguna persona, sino que el investigado tenía el arma en el interior de su vehículo, conforme se señalaría en el Acta de Registro Vehicular, y que el único fin por el cual portaba un arma de fuego era por seguridad personal, pues en su labor de taxista podría ser –o ya ha sido– víctima de robo en la noche, no siendo entonces su finalidad la de realizar actos delictivos.

Sobre la proporcionalidad de la pena, al momento de su determinación legal y luego judicial (faceta esta última, que es la que nos ocupa), así como su incidencia sobre la justicia material, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC Exp. n.º 0010-2002-AI/TC FFJJ 195 a 199):

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N.º 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada “determinación legal”.

197. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”.

198. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución.

199. Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad

con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos afflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

Adicionalmente a lo ya considerado, se debe reiterar que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de proporcionalidad de la sanción prescribiendo que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, en tanto que el artículo IX del mismo cuerpo normativo señala que la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora, fines que se podrían alcanzar en el caso propuesto, teniendo en cuenta la juventud del procesado y los demás factores ya abordados, que junto a la exhortación judicial, podrían motivarle a cambiar su actitud y comportamiento futuros, siendo estos elementos razones adicionales que pueden considerarse para aprobar la pena acordada y su carácter suspendido.

VII. Conclusiones

En el marco de un acuerdo de terminación anticipada por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego y dependiendo del caso real verificado (caso concreto), la extensión de la pena puede ir por debajo del mínimo legal si es que se prueba la imputabilidad restringida. Así, con este nuevo extremo mínimo de la pena, el descuento de hasta un sétimo de dicha sanción podría significar su eventual carácter suspendido.

Esta determinación de la pena persigue y podría conseguir realizar un fin constitucionalmente legítimo, que es la defensa de la persona humana a través de la imposición de una pena que corresponde al real grado de responsabilidad del imputado por el hecho ilícito, en el contexto de la dimensión objetiva de la antijuridicidad de la conducta y con-

creción de equidad entre el rol del Ministerio Público, representante de la sociedad, y el derecho a la dignidad del ciudadano procesado.

Si así se presentara un acuerdo, la propuesta fiscal de pena concreta implicaría un acto de real defensa de la persona humana ante el riesgo de imposición de una pena que por desproporcionada, no corresponde al caso, pues excede la responsabilidad de la persona por el hecho⁽¹⁰⁵⁾ e implicaría una inequidad material que no debiera obtener aval judicial.

VIII. Lista de referencias

- CHANAMÉ ORBE, R. (2015). *La Constitución comentada*. Lima: Legales Ediciones.
- CHINCHAY CASTILLO, A. (febrero de 2016). Proporcionalidad, legalidad, política criminal, boca de la ley y otros intentos de objetivar la justicia. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(80), 32.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (2009). El Principio de Humanidad en el Derecho Penal. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*(23), 210.
- JESCHECK, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Vol. Vol. I). (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Lima: Instituto Pacífico.
- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (Vol. I). Madrid: Civitas Ediciones.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. A. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

⁽¹⁰⁵⁾ Código Penal, Artículo VIII del Título Preliminar (modificado por el artículo uno de la Ley n.º 28730, publicada el 13 de mayo de 2006): «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes».