



PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
SALA PENAL DE APELACIONES

(Av. Echenique N° 898-Huacho, Telf. 4145000)



SALA PENAL PERMANENTE DE APELACION - Sede Central

EXPEDIENTE : 01538-2018-27-1308-JR-PE-01

ESPECIALISTA : CALLE PISCONTE LUIS

MINISTERIO PUBLICO: TERCER DESPACHO DE INVESTIGACION,

IMPUTADO : UCULMANA UCULMANA, ANTHONY SMITH

DELITO : MARCAJE O REGLAJE
MELOSICH AVILES, PAUL DIGNO

DELITO : MARCAJE O REGLAJE
CHEMPEN CERNA, JORGE LORENZO

DELITO : MARCAJE O REGLAJE
VALENZUELA GAMARRA, ENRIQUE ALFREDO

DELITO : FABRICACIÓN, SUMINISTRO O TENENCIA ILEGAL DE ARMAS
O MATERIALES PELIGROSOS

ESPINOZA YOCLLA, DIEGO ARMANDO

DELITO : FABRICACIÓN, SUMINISTRO O TENENCIA ILEGAL DE ARMAS
O MATERIALES PELIGROSOS

AGRAVIADO : ESTADO PROCURADURIA PÚBLICA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR
RELATIVO A TENENCIA ILEGAL DE ARMAS,

PROCURADURIA PÚBLICA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR
RELATIVO AL ORDEN PÚBLICO,

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Resolución número TREINTA Y NUEVE

En Huacho, a los veintiséis días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, la Sala Penal de Apelaciones, integrada por los Jueces Superiores Víctor Raúl Reyes Alvarado (Presidente), Walter Sánchez Sánchez (Juez Superior) y William Humberto Vásquez Limo (Juez Superior), emiten la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL GRADO:

1. Es materia de apelación la sentencia contenida en la resolución número treinta, de fecha doce de julio de dos mil diecinueve, resolución emitida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Huaura, en el extremo que falla: “1. **ABSOLVER** de la acusación Fiscal a **DIEGO ARMANDO ESPINOZA YOCLLA** respecto del delito contra la Seguridad Pública – **Tenencia Ilegal de arma de fuego**, tipificado en el artículo 279-G del Código Penal, en agravio del Estado. **SE DISPONE** en este extremo anular los antecedentes que se hubieran generado en el presente proceso consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución. 2. **DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE** a **PAUL DIGNO MELOSICH AVILES, ANTHONY SMITH UCULMANA UCULMANA y DIEGO ARMANDO ESPINOZA YOCLLA** como presuntos autores del delito contra la Tranquilidad Pública – **Marcaje o reglaje** en agravio del Estado, tipificado en el artículo 317 - A del

Código Penal; y como tal se le impone cada uno de ellos **TRES AÑOS DE PENAL PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** cuya ejecución se suspende condicionalmente por el mismo plazo, sujeto a las siguientes reglas de conducta: **a)** No variar de domicilio indicado en esta Sala de audiencia, sin previo conocimiento y autorización del Juzgado; **b)** Concurrir el último día hábil de cada mes, durante el tiempo que dure la suspensión de la pena, al Juzgado de Ejecución correspondiente para dar cuenta de sus actividades y firmar el cuaderno correspondiente; **c)** No volver a cometer nuevo hecho doloso y en especial el que ha sido materia de este juicio; y, **d)** Pagar el monto establecido como reparación civil en la forma y modo establecido en la presente sentencia. Todo ello bajo apercibimiento de **REVOCARSE** la pena impuesta en caso de incumplimiento de alguna de las reglas de conducta, a requerimiento del Ministerio Público, y proceder con el **INTERNAMIENTO** en cárcel pública que el INPE decida conforme lo expuesto en el artículo 59.3 del Código Penal. **3.- SE FIJA** la reparación civil en la suma de **UN MIL SOLES**, que deberán cancelar cada uno de los sentenciados a favor del Estado agraviado en dos cuotas de quinientos nuevos soles cada una en los meses de agosto y septiembre del dos mil diecinueve, con lo demás que contiene”.

II. PARTICIPANTES EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN:

1. Fiscal de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura: **DR. Ricardo Elías Erazo**, con casilla electrónica N° 48898.
2. Defensa particular del imputado **Espinoza Yoclla Diego Armando: Abg. Jorge Raúl Borja Rueda**, con CAH N° 443, casilla electrónica N° 8167, con domicilio procesal en Urb. San Pedro D - 9 (2° piso) Huacho.

III. ANTECEDENTES:

Imputación del Ministerio Público:

3. El Ministerio Público atribuye la responsabilidad penal de los acusado Diego Armando Espinoza Yoclla por el delito de tenencia ilegal de armas en concurso ideal con el delito de Marcaje y contra Paul Digno Melosish Avilés y Anthony Smith Uculmana por la comisión del delito de Marcaje; y ello debido que el 11 de Agosto del 2018, siendo las 19:10 horas aproximadamente, en circunstancias que los efectivos policiales de la comisaria de Huaura, se encontraban realizando patrullaje motorizado recibió una llamada telefónica de una persona de nombre Jorge señalando que en la plaza de la urbanización de los Pinos – Huaura, un grupo de 5 personas se encontraban reunidos portando armas de fuego, por lo que se dirigieron a dicho lugar. Indicó que al llegar encontraron a dichas personas reunidas al costado de una banca y seguidamente los intervinieron, siendo identificados como Diego Armando Espinoza Yoclla, Enrique Alfredo Valenzuela Gamarra (*sentenciado*), Paul Digno Melosish Avilés, Anthony Smith Uculmana y Jorge Lorenzo Chempen Cerna (*sentenciado*). Siendo que al realizar el registro personal de Diego

Armando Espinoza Yoclla, se le halló en la cintura un canguro de lana color negro con gris, con el logotipo de la marca Adidas, conteniendo en su interior un revolver marca JAGUAR número de serie 242439, industria argentina, serial número Cal 38SPL de fierro color negro con cachapa de baquelita, con cinco proyectiles de marcas diferentes sin percutar, sin encontrarse autorizado. Mientras que al sentenciado Enrique Alfredo Valenzuela Gamarra, en el hombro al lado derecho le encontró en posesión de una cartuchera de guitarra de color negro conteniendo una escopeta lanza balines abastecida, con un balín de metal, de material de madera y fierro, cuatro proyectiles de diferentes calibres sin percutar, dos pasamontañas de lana de color negro, dos pares de guantes quirúrgicos de látex, un croquis con la descripción de agente punto (BCP), ubicado en la Av. Las Malvinas, 4 proyectiles de diferentes calibres sin percutar, un celular marca Nokia, una réplica de arma de fuego modelo Pietro Beretta con inscripciones PIETRO BERETTA, color negro de material de Baquelita. Asimismo, a sus coacusados Paul Digno Melosich Avilés, se le encontró en la cintura, lado derecho sujetado por su pantalón, en posesión de un arma de fuego (replica) de revolver de material de Baquelita, color plateado con empuñadora de color negro, modelo PYTHON 357/357, MAGNUMCTG CON DESCRIPCION COLITSTFAMPPECOHARTRORD CONN. USA; mientras que a la persona de Anthony Smith Uculmana Uculmana se le encontró a la altura de la cintura al lado derecho sostenido por su correa una réplica de arma de fuego de material de Baquelita, color plateado con empuñadora de color negro forrada con cinta aislante de color negro, modelo Prieto Beretta; mientras que al sentenciado Jorge Lorenzo Chempen Cerna se le encontró también en la cintura, al lado derecho en posesión de una réplica de arma de fuego modelo prieto Beretta de color negro, sin inscripciones ni logotipos, siendo trasladados a la comisaría de Huaura, para el esclarecimiento del hecho.

Calificación Jurídica y Reparación Civil solicitada:

4. **Tipificación penal:** El Ministerio Público tipifica los hechos a los acusados Paúl Digno Melosich Avilés y Anthony Smith Uculmana Uculmana son presuntos autores del delito previsto en el artículo 317°-A del Código Penal; y el acusado Diego Armando Espinoza Yoclla es presunto autor de los delitos previstos en los artículos 279°-G y 317°-A respectivamente en concurso ideal.
5. **Pena y Reparación civil solicitada:** El Representante del Ministerio Público solicita para los acusados Paúl Digno Melosich Avilés y Anthony Smith Uculmana Uculmana la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRIVATIVA DE LIBERTAD; y el acusado Diego Armando Espinoza Yoclla la pena de DIEZ AÑOS Y SEIS MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD; y como reparación civil la suma de TRES MIL NUEVOS SOLES que deberán pagar de manera solidaria los acusados Melosich Avilés y Uculmana Uculmana a favor del Estado agraviado; y la suma de CUATRO MIL SOLES que deberá pagar el acusado Espinoza Yoclla a favor del Estado agraviado.

SENTENCIA CONDENATORIA DE PRIMERA INSTANCIA (JUICIO ORAL REALIZADO EN SESIONES DE FECHA 10, 22, 29 DE MAYO DEL 2019, 07, 19, 28 DE JUNIO DEL 2019, 01, 04, 05, 08, 09 Y 10 DE JULIO DEL 2019).

6. Con fecha 12 de julio del 2019, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Huaura, a cargo del juez Raúl Esteban Caro Magni, emitió sentencia condenatoria, en los términos referidos en el punto 1 de la presente – *de folios 222 al 238* –. Con fecha 01 de agosto 2019, el Representante del Ministerio Público presentó recurso de apelación – *de folios 250 al 257* –. Con fecha 05 de agosto 2019, el sentenciado Diego Armando Espinoza Yoclla presentó recurso de apelación – *de folios 259 al 262* –. Esta apelación fue concedida por el Juez a cargo del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Huaura, mediante resolución número treinta y cuatro, de fecha 06 de agosto del 2019 – *de folios 263* –.

Trámite en segunda instancia del recurso de apelación admitido:

7. Mediante resolución número treinta y cinco, de fecha nueve de agosto del 2019, se confiere a las partes el traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación – *de folios 266 – 267* –. Por resolución número treinta y seis, de veintidós de agosto del 2019, se concede a las partes el plazo común de cinco días a fin que ofrezcan medios de prueba – *a folios 269* –. Por resolución número treinta y siete de fecha cinco de setiembre del 2019, se cita a audiencia de juicio oral de segunda instancia para el día veintiséis de noviembre del 2019 a horas once y treinta de la mañana– *a folios 271 a 272*. Al culminar, la Sala dio un breve resumen de sus fundamentos y dispuso que la lectura de la sentencia escrita en su integridad se realice el día diez de diciembre del 2019, a las cuatro de la tarde.

Pretensión de los sujetos procesales intervinientes en el juicio oral de segunda instancia:

8. **El Representante del Ministerio Público realiza sus alegatos de Apertura y cierre respecto a su recurso de apelación**, señalando que el Juez no ha tomado en cuenta que el delito de Tenencia se acredita con la mera tenencia, al ser un delito de propia mano, el arma de fuego estaba disponible para cometer el delito de robo agravado, por lo que no existe el concurso aparente de Leyes, considera que la resolución recurrida vulnera el derecho a la garantía procesal.
9. **El Abogado defensor del sentenciado realiza sus alegatos de Apertura y cierre respecto al recurso de apelación del Ministerio Público**, señalando que durante el plenario no se llegó a mostrar la operatividad del arma, en su defecto no se demostró en el plenario el arma encontrada aparentemente a su patrocinado, por principio de transcendencia, como se podría sentenciar a su patrocinado por tenencia ilegal de armas si no se ha demostrado la operatividad de la misma, hay falencia para determinar lo señalado por el Señor Fiscal; respecto a si se podría condenar a una persona por marcaje y luego por tenencia de armas, nos adherimos a lo señalado por el Juez de primera instancia, la interpretación que se debe hacer es a favor de su patrocinado, solicita que se declare infundado el pedido del Ministerio Público; **respecto a su recurso de apelación**; la sentencia no desarrolla de qué

forma acopió la información, cuando otra persona dijo que ya había sido la intervención que se realiza fue llevada a cabo el día once de agosto del 2018 y el día anterior diez de agosto, su patrocinado se encontraba trabajando en obras de carpintería, y la testigo ha referido que en ningún momento llegó a conversar con nadie, el Juez de primera instancia no ha explicado las razones por la que desestima la declaración de testigo de su patrocinado, limitándose a referir que solo sería actos de defensa de su patrocinado; esa declaración es importante porque pretende acreditar que su patrocinado haya estado realizando alguna coordinación previa, a su vez se debe entender que su patrocinado ha negado la tenencia ilegal del arma, el Juez de primera instancia en el desarrollo de la sentencia solo desarrollo ubicado los hechos dentro de acopio de información, sin embargo, no desarrolla completamente cuales serían los hechos cometidos por su patrocinado para subsumirlo dentro del verbo rector acopio de información, las personas que han concurrido al plenario no han referido que su patrocinado haya estado haciendo acopio de información, solicita se absuelva a su patrocinado.

10. El Representante del Ministerio Público, realiza sus alegatos de Apertura y cierre respecto al recurso de apelación del sentenciado apelante, señalando los hechos materia de imputación, uno de los imputados señaló que se encontraban en el lugar para robar y que se habían puesto de acuerdo todos, entonces más la declaración de dicho imputado, más los materiales encontrados constituyen conjunto de elementos probatorios de lo cual se puede desprender que iban a robar, la Fiscalía sostiene que ha habido un acopio de información porque iban a robar, consideramos que sí se ha acreditado la responsabilidad del imputado y comisión del hecho, solicita se confirme la sentencia..

IV. FUNDAMENTOS:

11. Conforme a lo señalado en el artículo 409°, numeral 1 del Código Procesal Penal de 2004¹ en adelante CPP-, y a la doctrina jurisprudencial vinculante expedida sobre el particular por el Tribunal Supremo Penal², lo que corresponde es dar respuesta a los agravios señalados por el apelante. siendo la pretensión impugnatoria de la fiscalía la **NULIDAD** de la sentencia absolutoria por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego a favor del acusado Diego Armando Espinoza Yoclla, y la pretensión impugnatoria de este ultimo la **REVOCATORIA** de la sentencia condenatoria por el delito de Marcaje y Reglaje, y reformándola se le absuelva de dicho ilícito.

Expresión de agravios

¹ Art. 409.1 CPP.- La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

² Emitir pronunciamiento sobre agravios que no han sido materia de apelación, afecta el principio de congruencia recursal y el derecho de defensa, así se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo Penal. Fundamento 24 de la Casación .300-2014-Lima. Fundamento 6.6 de la Casación 215-2011-Arequipa.

12. El recurrente Jimmy Joseht Yabar Minaya, fiscal provincial del te. despacho de investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaaura, al fundamentar su recurso alegó:

- a) Que, en el presente caso el juzgado absolvió al procesado **Diego Armando Espinoza Yoclla**, de la acusación por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, argumentando erróneamente que existe un concurso aparente entre el delito de tenencia ilegal de armas de fuego y Marcaje, pues el segundo delito absorbió al primero (aplicando el principio de consunción) sobre un mismo hecho, aplicando indebidamente el principio de Ne Bis Ídem, pues no concurre la triple identidad.
- b) Que respecto a la identidad de persecución o de fundamento, no concurre en el presente caso, por cuanto el fundamento de la persecución está dirigida contra Diego Armando Espinoza Yoclla, está referido por distintos bienes jurídicos.
- c) Que no se verifica la concurrencia de todos y cada uno de la exigencias requeridas para la materialización del principio de (Ne Bis Ídem), por lo que no existe la prohibición de sancionar más de una vez a una misma persona y hecho, pues el fundamento (bien jurídico de los delitos de tenencia Ilegal de Armas y Marcaje), son distintos.
- d) Que el juzgador no ha tomado en cuenta que el delito de tenencia ilegal de armas, se configura con la mera tenencia efectiva del arma, que permita actos concretos de disponibilidad inmediata por el sujeto agente.
- e) Que el Ministerio Público considera no existe un concurso aparente de tipos penales, máxime si el juzgado no indico que reglas (“especialidad”, consunción” o “subsidiaridad”) utilizo para determinar con certeza el supuesto concurso aparente.
- f) Que la resolución recurrida trasgrede el derecho al debido proceso formal, por afectación concreta a la garantía de la debida motivación y a la defensa procesal.
- g) Que el juzgado declaro no ha lugar la lectura de los informes, aduciendo erróneamente que el Ministerio Publico debía conocer por qué el perito no concurrió, exigencia que no tiene amparo legal, cuando ya escapaba de la voluntad del Ministerio Publico, al cumplir no tan solo con notificar al perito, sino lograr su concurrencia en anteriores sesiones.

13. El recurrente **Diego Armando Espinoza Yoclla**, al fundamentar su recurso alego:

- a) Que si bien el A-quo, ha hecho un supuesto análisis y concordancia de la prueba valorada entre sí, sin embargo, ha efectuado una motivación aparente respecto a las razones de la comisión del delito de marcaje o reglaje.
- b) Que se debe tener en cuenta, que los sentenciados por conclusión anticipada, y que habrían servido para fundamentar la sentencia en contra del apelante, tampoco han hecho mención de qué forma habría cometido el acopio de información a fin de facilitar la comisión del delito de marcaje o reglaje.
- c) Que el juez de primera instancia resta valor, a las declaraciones del testigo Rosa Hermelinda Changada Sánchez, aduciendo que solo se trata de una forma de evadir su responsabilidad, quien ha referido que el día de ocurrida

la intervención el apelante se encontraba realizando trabajos de carpintería en su domicilio, declaración que con la cual se desvanecería cualquier tipo de coordinación previa que se pretendía atribuir al apelante.

- d) Que los efectivos policiales tan solo han podido aportar datos luego de la intervención efectuada el día 11 de agosto del 2018, por lo que no podría aportar información alguna que permita acreditar el acopio de información por parte del apelante.
- e) Que por lo señalado el de primera instancia, tendríamos que el material probatorio actuado durante el plenario, daría lugar a acreditar la aparente comisión del delito de robo por parte del apelante, probándose el aspecto subjetivo y objetivo de su comisión, el cual habría quedado en tentativa ante la intervención policial y que en todo caso, los actos preparatorios no resultarían delitos independientes.
- f) Que no existe prueba alguna que permita acreditar los hechos que habría realizado el apelante a fin de poder cometer el ilícito por el cual se le ha sentenciado, existiendo una motivación aparente por parte del juez de primera instancia.

Resumen de los hechos materia de la imputación fiscal

14. Se le atribuye al apelante **Diego Armando Espinoza Yoclla**, por el delito de tenencia ilegal de armas en concurso ideal con el delito de Marcaje y contra Paul Digno Melosish Avilés y Anthony Smith Uculmana por la comisión del delito de Marcaje; y ello debido que el 11 de Agosto del 2018, siendo las 19:10 horas, efectivos policiales de la comisaria de Huaura, ante una llamada telefónica se dirigieron a la plaza de la urbanización de los Pinos – Huaura, en cuyo lugar al realizar el registro personal al acusado **Diego Armando Espinoza Yoclla**, se le halló un canguro de lana color negro con gris, con el logotipo de la marca Adidas, **conteniendo en su interior un revolver marca JAGUAR** número de serie 242439, industria argentina, serial número Cal 38SPL de fierro color negro con cacha de baquelita, Mientras que al sentenciado Enrique Alfredo Valenzuela Gamarra, en el hombro al lado derecho le encontró una escopeta lanza balines abastecida, a sus coacusados Paul Digno Melosish Avilés, se le encontró en posesión de un arma de fuego (replica) de revolver de material de Baquelita, color plateado con empuñadora de color negro, modelo PYTHON 357/357; mientras que a la persona de Anthony Smith Uculmana Uculmana se le encontró una réplica de arma de fuego de material de Baquelita, color plateado con empuñadora de color negro forrado con cinta aislante de color negro, modelo Prieto Beretta; mientras que al sentenciado Jorge Lorenzo Chempen Cerna se le encontró también en la cintura, al lado derecho en posesión de una réplica de arma de fuego modelo prieto Beretta de color negro, sin inscripciones ni logotipos.

Prueba producida en el juicio oral de primer grado.

15. La actividad probatoria realizada en el juicio oral para condenar al encausado corresponde a las siguientes pruebas: **a)** acta de intervención policial, lo cual acredita la forma y circunstancias de cómo fue la intervención policial y que

se incautó el arma al acusado Espinoza Yoclla, **b)** declaración de los efectivos policiales Jhan Jeferson Vargas Gonzales, Pedro Luis Rayo Santos, Juan Carlos Martínez Mnayay, Néstor Trigos Villalobos, Cristian Roger Sánchez Melgarejo y Ricardo La Cruz Rodríguez La Rosa, quien elaboraron el acta de intervención policial y que en la intervención si realizaron disparos, **c)** acta de registro personal e incautación de armas de fuego, donde se acredita que a los acusados se les encontró armas de fuego, **d)** Croquis con la descripción del agente Punto BCP, con lo que se pretende acreditar el lugar descrito donde iban a cometer el robo, **e)** acta de visualización, lectura y transcripción de teléfono móvil, acreditara que el teléfono móvil marca Azumi, fue encontrado en posesión de Anthony Smith Uculmana Uculmana, **f)** acta de visualización, lectura y transcripción de DVD, de fecha 3 de diciembre de 2018 y de fecha 01 de febrero de 2019, la cual deja constancia de la visualización parcial de la intervención policial, **g)** oficio N° 16822-2018-SUCAMEC-GAMAC de fecha 27 de diciembre de 2018, que pretende acreditar que Diego Armando Espinoza Yoclla y Enrique Alfredo Valenzuela Gamarra, no registra licencia de portar arma, **h)** acta fiscal de fecha 21 de enero de 2019, se acredita que se realizó un recorrido desde la plazuela de los pinos Huaura, hasta la av. Las Malvinas del distrito de Huaura, donde se verifico la existencia de un letrero Agente BCP en el inmueble N° 348.

Respuesta a los agravios

16. En los fundamentos de la recurrida el juez señala que previamente establecerá, si es posible condenar a una misma persona, en forma paralela y concurrente, tanto por el delito de marcaje o reglaje (artículo 317-A CP), como por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego (artículo 279-G CP). Al respecto concluye que se debe rechazar una pluralidad delictiva, pudiendo existir solo un concurso aparente de leyes penales, en ese sentido el delito de tenencia ilegal de arma de fuego se debe subsumir en el delito de marcaje y reglaje, por lo que considera que valorar el delito de tenencia ilegal de arma de fuego como parte de la estructura de la tipicidad objetiva del delito de marcaje o reglaje, y valorarlo a su vez, en forma paralela y concurrente, como un delito independiente, vulneraría la norma rectora de la proscripción o prohibición de la doble valoración de la misma conducta.
17. Conforme a la fijación de la imputación formulada por la fiscalía en la acusación escrita, se le atribuye al acusado Espinoza Yoclla, el delito de tenencia ilegal de armas en concurso ideal con el delito de marcaje, por habersele encontrado en posesión de una arma de fuego y por haber acopiado información a través de un croquis del Agente BCP ubicado en la Av. La Malvinas del Distrito de Huaura, para cometer delito de robo agravado conjuntamente con otras personas. Entonces la posesión ilegal de arma de fuego, (279-G CP) no es lo mismo que acopiar información (317-A CP). Por tanto es errónea la apreciación del juez que considera que no sería posible condenar por ambos ilícitos, porque existiría doble valoración de la misma conducta. Como se advierte, las conductas imputadas al encausado son distintas, en ese sentido el juez tampoco ha dilucidado si los hechos imputados

contra el acusado corresponde a un concurso ideal –como señala el fiscal– nos encontramos ante un concurso real.

18. De otro lado, la Casación N°1522-2017-La Libertad señala: *“que el tipo delictivo del artículo 279-G, primer párrafo, del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1244, es de carácter mixto alternativo. 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”. Asimismo establece que: “Adicionalmente, no solo se requiere la situación posesoria mínima del arma (“corpus rem attingere”) –es suficiente la simple detención, sin que sea necesaria la propiedad–, además es exigible la facultad o posibilidad de disposición o de ser utilizada cualquiera que sea la duración del tiempo que permita su utilización (“animus detinendi”)”*. Por tanto, los supuestos antes descritos en la jurisprudencia citada es lo que debió analizar el juez a fin de determinar si la conducta del acusado se subsume o no en dicho tipo penal.
19. Asimismo, en relación al delito de marcaje o reglaje, se advierte que el juez ha incurrido en una errónea interpretación del artículo 317°-A, del Código Penal, que tipifica el delito de marcaje o reglaje, al señalar que dicho ilícito puede cometerse mediante el uso de un arma de fuego, por lo que debe negarse un concurso de delitos como lo presenta el señor fiscal. En primer lugar la imputación fiscal respecto al delito de marcaje o reglaje es por haber acopiado información –croquis del lugar donde se iba a cometer el delito de robo agravado– y no por el uso de arma de fuego, y el tipo penal no señala que dicho ilícito puede cometerse mediante el uso de arma de fuego, sino que uno de los tipos de conducta de marcaje –que no es materia de imputación fiscal, es cuando el agente colabora en la ejecución en conductas ilícitas como es el robo agravado mediante el uso de armas, es decir usar armas –no portar– que de acuerdo a la jurisprudencia antes referida se tiene que: *“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”*. Supuestos no evaluados ni observados por el juez, quien además tampoco ha explicitado que el bien jurídico que protege el delito de marcaje o reglaje es la paz pública, y el bien jurídico que protege el delito de porte o tenencia ilegal de armas de fuego es la seguridad pública. En consecuencia la sentencia absolutoria expedida a favor del acusado del delito de tenencia ilegal (porte) de arma de fuego debe anularse conforme lo ha solicitado el señor fiscal. Al amparo de lo establecido en los artículos 150.d y 409.1 del Código Procesal Penal, atendiendo además que no sería posible la condena del absuelto, toda vez que el legislador no ha previsto un recurso ordinario que permita revisar dicha condena, tal como lo exige el artículo 8.2.h) de la CADH y la sentencia vinculante de la Corte IDH en el caso Mohamed vs. Argentina.
20. En cuanto a la condena por delito de marcaje expedida en contra del encausado recurrente, se advierte que el juez no ha motivado respecto a la imputación fiscal por dicho ilícito, dando a entender cuando analiza la tipicidad subjetiva de dicho ilícito, señalando que este tipo de delito tiene que

manifestarse con conocimiento y voluntad de realizar los actos de vigila. de seguimiento (para el caso) de acopio o de entrega de información. Sin embargo no existe motivación relacionado precisamente con la imputación fiscal que formula contra el acusado Espinoza Lloclla Diego Armando, en el sentido de haber acopiado información a través de un croquis del Agente BCP ubicado en la Av. las Malvinas del Distrito de Huaura, más bien en el según párrafo de la recurrida (folios 235), el juez en este extremo señala que al ya sentenciado Enrique Alfredo Valenzuela Gamarra, se le encontró guantes quirúrgicos, municiones así como un croquis del lugar al que iban a robar (un agente BCP de la zona denominada las Malvinas que se encontraba cerca del lugar de la intervención). Por tanto, al existir falta de motivación en dicho extremo, se ha inobservado el artículo 139°, numeral 5 de la Constitución, por lo que conforme al artículo 150°,d y 409°,1 del Código Procesal penal, debe declararse la nulidad de la recurrida, atendiendo además que es necesario que en el nuevo juicio oral es necesario que se establezca si los hechos imputados corresponde a un concurso ideal o real, de los delitos de tenencia ilegal de armas de fuego (art. 279-B CP) y Marcaje o Reglaje (art.317-A CP).

21. En atención a los fundamentos precedentes, la sentencia recurrida en el extremo absolutorio y condenatorio al existir nulidad absoluta debe anularse y disponer que previa nuevo juicio oral otro juez emita nueva sentencia teniendo en cuenta lo señalado por este Tribunal.

Sobre el pago de costas del recurso de apelación

22. El artículo 504°.2 del CPP, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, Por lo cual las partes apelantes debe ser eximido del pago de las costas, al haber tenido el recurso interpuesto.

Referente a la lectura integral de la sentencia escrita

23. En la audiencia de apelación de sentencia se hizo conocer en resumen los fundamentos y la decisión, por lo que debe disponerse que el Especialista Judicial de Audiencias³ proceda a dar lectura a la sentencia escrita de segunda instancia⁴, cuya lectura debe realizarse en el plazo de 10 días conforme lo dispone el artículo 425°.1 del CPP. En caso de inconcurrencia de las partes procesales o público a la Sala de Audiencias, o concurriendo sólo los primeros soliciten se les haga entrega de copia de la sentencia escrita sin dar lectura integral a la misma, se dejará constancia de ello, entregando copia de la sentencia, sin perjuicio que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 401°.2 del código antes citado, se notifique al sentenciado no concurrente en su domicilio procesal.

³En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo Penal en el punto III de la decisión dictada en la sentencia de casación No. 07-2010-Huaura, de fecha 14 de octubre de 2010.

⁴ En el fundamento 6.1 del auto de calificación del recurso de Casación N° 469-2014, el Supremo Tribunal estableció que el cuestionamiento a la ausencia del Colegiado a la lectura integral de la sentencia se habría superado al haber hecho conocer el fallo y con la notificación por cedula de la sentencia en su integridad, declarando INADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto.

V. DECISIÓN:

Por tales fundamentos, los integrantes de la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Huaura, impartiendo justicia a nombre de la nación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 138°, de la Carta Magna, por unanimidad y **con la ponencia del Magistrado Reyes Alvarado, RESUELVEN:**

1. **DE OFICIO NULA** la **RESOLUCIÓN NÚMERO TREINTA, DE FECHA DOCE DE JULIO DE DOS MIL DIECINUEVE,** en el extremo que fallo **ABSOLVER** de la acusación Fiscal a **DIEGO ARMANDO ESPINOZA YOCLLA** respecto del delito contra la Seguridad Pública – **Tenencia ilegal de arma de fuego,** tipificado en el artículo 279-G del Código Penal, en agravio del Estado y en extremo que **DECLARO PENALMENTE RESPONSABLE** a **DIEGO ARMANDO ESPINOZA YOCLLA** como presuntos autores del delito contra la Tranquilidad Pública – **Marcaje o reglaje** en agravio del Estado, tipificado en el artículo 317 - A del Código Penal; y como tal se le impone cada uno de ellos **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** cuya ejecución se suspende condicionalmente por el mismo plazo, sujeto a las siguientes reglas de conducta. Con lo demás que contiene.
2. **ORDENAMOS:** Previa nuevo juicio oral, otro juez expida nueva sentencia teniendo en cuenta los fundamentos de la presente resolución.
3. **SIN COSTAS**
4. **SE DISPONE** se devuelvan los autos a efectos que otro Juez emita nueva sentencia, previa audiencia de juicio oral.
5. **SE DISPONE LA LECTURA INTEGRAL DE SENTENCIA** para el día **10 DE DICIEMBRE DEL 2019 A LAS 16:00 HORAS,** audiencia que se llevará a cabo en esta misma sala de audiencias N° 01 de la Sede Sala Penal de Apelaciones – Huaura, con las partes que concurra, oportunidad en la cual se entregará copia de la sentencia a las partes concurrentes.

S.s.

REYES ALVARADO

SANCHEZ SANCHEZ

VASQUEZ LIMO