



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN
LA SOBREPENALIZACIÓN DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO
FRENTE A LA PROTECCIÓN DE OTROS BIENES JURÍDICOS EN
EL PERÚ”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

CULQUI, TERÁN, CLEYNER

ASESOR:

MG, DIAZ DIAZ, JAVIER SORIANO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL

PIMENTEL, PERÚ, 2021.

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico a mis padres Neri y Madilena, quienes dieron todo de sí para ayudarme a lograr alcanzar la meta que me tracé académicamente, por inculcar en mí, el ejemplo de esfuerzo y valentía para no temer a las adversidades y por infundir principios y valores que han hecho de mí una persona íntegra que han contribuido en mi formación como persona.

A mi esposa Kattia y a mi hijo Flavio por que fueron la fortaleza que necesité para luchar y dar batalla en esta guerra que logramos vencer juntos, por creer siempre en mí y por darme ese amor incondicional en todo momento.

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios por permitirme vivir y disfrutar de cada día, demostrándome lo hermosa que es la vida y por darme la dicha de disfrutar de mi familia, a mi familia por creer siempre en mí y permitirme cumplir con excelencia el desarrollo de esta tesis.

No ha sido nada fácil el camino hasta ahora, pero gracias a su apoyo, su amor incondicional y sus aportes hizo que lo complicado de lograr esta meta se haya notado menos. Les agradezco y hago presente mi gran amor hacia ustedes, mi hermosa familia.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	iv
ÍNDICE DE GRÁFICOS Y FIGURAS.....	v
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT	viii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. DESARROLLO	14
III. METODOLOGÍA.....	43
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	43
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	43
3.3. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN APRIORÍSTICA	43
3.4. ESCENARIO DE ESTUDIO.....	44
3.5. PARTICIPANTES	45
3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	45
3.7. PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INFORMACIONES	45
3.8. RIGOR CIENTÍFICO.....	46
IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	47

VI. RECOMENDACIONES	54
REFERENCIAS.....	84
ANEXOS	89

ÍNDICE DE GRÁFICOS Y FIGURAS

Gráfico 01: ¿Conoce usted el contenido y alcances del principio de proporcionalidad?.....	42
Gráfico 02: ¿Conoce usted la dinámica del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos?.....	43
Gráfico 03: Cree usted que, ¿Existe una sobrepenalización establecida en la norma respecto al tipo penal de robo agravado?.....	44
Gráfico 04: Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto ley que se modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal?.....	45

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

C° : CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ

CP : CÓDIGO PENAL

CPP : CÓDIGO PROCESAL PENAL

ART. : ARTÍCULO

S/F : SIN FECHA

P. : PÁGINA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación versa sobre la afectación del principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos en el Perú, mismo que ayudará a resolver la problemática planteada, esto es ¿Cómo se afecta el principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos en el Perú?, siendo que en el Perú existe una sobrepenalización en el tipo del delito de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal, afectando de esta forma el principio de proporcionalidad contenido en la Constitución y garantizado en el Código Penal. Estudiaremos además la sobrepenalización establecida en la norma, así como, los criterios a tomar en cuenta para realizar el examen de proporcionalidad de la pena. Y propondremos que se modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal Peruano.

Palabras clave: Principio de proporcionalidad, homicidio, robo, robo agravado, sobrepenalización.

ABSTRACT

The present research work deals with the affectation of the principle of proportionality in the over-criminalization of the crime of aggravated robbery compared to the protection of other legal rights in Peru, which will help to solve the problem raised, that is, how is the principle affected? of proportionality in the overcriminalization of the crime of aggravated robbery compared to the protection of other legal rights in Peru ?, being that in Peru there is an overcriminalization in the type of crime of aggravated robbery contemplated in article 189 of the Penal Code, affecting thus the principle of proportionality contained in the Constitution and guaranteed in the Penal Code. We will also study the over-penalization established in the norm, as well as the criteria to be taken into account to carry out the proportionality test of the sentence. And we will propose that the criminal type of aggravated robbery contemplated in article 189 of the Peruvian Penal Code be modified.

Keywords: Principle of proportionality, homicide, robbery, aggravated robbery, over-criminalization.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de nuevas figuras o de un cambio institucional producto de la acción humana en conjunto de nuevas manifestaciones sociales normativas, las instituciones incluyen todo tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción de los mismos, como es de mención por C. North (2006):

Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional ya sea este normativo conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico (p. 13).

En el Perú, siendo que todo cambio institucional tiene por fin la regulación de la interacción humana, el presente trabajo de investigación a tratar tiene por objeto determinar una pena adecuada para el delito de robo agravado, esto, sin afectar el principio de proporcionalidad frente a otros bienes jurídicos protegidos distintos a la propiedad – patrimonio.

El delito de robo agravado se encuentra excesivamente penalizado en nuestro Código Penal, afectando la proporcionalidad que debe haber entre la necesidad de la sanción establecida y la protección del bien jurídico afectado, teniendo como parámetros de la penalización entre 12 y 20 años.

El tipo penal establecido en el artículo 189° del Código Penal Peruano prescribe lo siguiente:

Artículo 189°.- Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.

4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación. La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental (Código Penal, 1991).

Del tipo penal en estudio, se ha establecido que se afecta directa al patrimonio, en donde hay una incautación de un bien ajeno, con la finalidad de conseguir provecho de ese bien, haciéndose por medio de violencia e intimidación esta es la modalidad que emplea el sujeto activo. El agente tiene cierta conducta destinada a apoderarse del patrimonio del sujeto pasivo, mediante violencia o amenaza, de un bien mueble total o parcial ajeno privando al titular del bien jurídico del ejercicio de derechos de propiedad, custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición constituyendo sus circunstancias agravantes aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo 189° Código Penal, que aunado a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad.

Luego de haber descrito la realidad nacional, lo que pretendemos con este trabajo de investigación es resolver el siguiente problema: ¿Cómo se afecta el principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos en el Perú?

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El delito de robo agravado se encuentra previsto en el artículo 189°, siendo frecuente este en los estrados judiciales, motivo por el cual el legislador ha reformulado en varias oportunidades el numeral 189° del Código Penal. Así tenemos que el texto original fue modificado por la Ley N°26319 de junio de 1994, seguidamente se promulgo la Ley N°26630 de fecha 21 de junio, asimismo, lo dispuesto por esta última modificatoria fue también modificada por el Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo 1998, con este decreto lo que se buscaba era dar penas drásticas con el fin de frenar los constantes delitos de robo agravado que se habían vuelto más seguidos en diferentes partes del Perú. Siguiéndose con las modificatorias continuas respecto de este delito, se modificó lo dispuesto en el Decreto Legislativo antes mencionado, ya en las leyes siguientes se amplió el contenido del artículo 189 con fin de proteger los vehículos por Ley 29407. Finalmente, con las leyes N° 30076 Y 30077 se volvió a realizar otras modificatorias en el año 2013.

Es así como, nuestro Código Penal tipifica en su artículo 189° lo siguiente:

Artículo 189°.- Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.

3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación. La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental (Código Penal, 1991).

En el robo se atenta contra el patrimonio, contra los derechos reales inherentes a la propiedad, debiéndose agregar que, cuando se da la sustracción del bien se realiza mediante violencia y amenaza grave sobre las personas, sus familiares o su patrimonio. Se trata de un delito complejo en que junto al ataque al patrimonio se considera la afectación a la vida, salud, libertad y seguridad de las personas, parece no ser tanto así, en la medida que si la realización típica del robo, provoca visibles afectaciones a la vida, el cuerpo y la salud; dichos resultados no quedaran absorbidos por el artículo 189°, dando lugar más bien a un concurso ideal de delitos, con el de homicidio, lesiones o coacciones.

Asimismo, la propiedad (la posesión, matizadamente) es el bien jurídico específico predominante, que, junto a ella, se afecta también directamente la libertad de la víctima o a sus allegados funcionales- personales. A nivel de peligro mediato; y, la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil.

Ha de tener en cuenta al principio de proporcionalidad como aspecto fundamental para el correcto establecimiento de una pena privativa de libertad en nuestro Código Penal. Por tal razón, es conveniente referir en qué consiste el mencionado principio.

Hablar de proporcionalidad es también hablar de una medida limite ante cualquier exceso de la norma en razón de que sea aplicada de manera correcta a la hora de sancionar. En este principio se tendrá que tener en cuenta el objetivo perseguido por la ley y así también se tendrá que evaluar la gravedad de la pena; debiéndose de analizar la infracción cometida, el pronunciamiento del

magistrado respectivamente del dictamen del caso en concreto, el cual deberá ser concordante con el hecho.

Desde el punto de vista jurídico el principio de proporcionalidad, puede ser entendida como la equivalencia entre una prestación y su respectiva contraprestación o como la correspondencia valorativa entre un hecho y su consecuencia jurídica. Para el derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva.

El principio de proporcionalidad es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley.

El principio de proporcionalidad se encuentra en el Código Penal, en donde se señala que la pena impuesta por los magistrados no podrá ser excesiva, y que se dictarán penas en base a la responsabilidad por el hecho cometido y la gravedad de este, es decir se sancionara de acuerdo afectación del bien jurídico protegido, también se debe hacer mención que dicho principio es rango constitucional aunque no de manera clara y por ello que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto del tema señalando que el procesado responderá solo por el hecho que cometió, refiriéndose a eso este no podrá responder por hechos posteriores al que cometió debido que el procesado no contribuyo a su realización.

Legis Pasión por el Derecho afirma que:

El principio de proporcionalidad procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse. En la imposición de la pena debe considerarse los fines que esta persigue -preventiva, protectora y resocializadora- conforme lo prevé el numeral sexto del artículo cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Gutierrez, 2019)

En ese orden, Odar (2018) señala que: “El principio de proporcionalidad se presente como un control ante la intervención del poder del estado, pues este principio funciona como una base al límite de los derechos fundamentales, en razón a que estos no son absolutos” (p. 42). Contemplados los conceptos

correspondientes al desarrollo del tema en mención, es claro que la realización del tipo penal del delito de robo agravado no cumple con lo establecido por el principio de proporcionalidad (parte del Código Penal).

El principio de razonabilidad tiene relación con el principio de proporcionalidad, porque cuando se hace la ponderación de los bienes se tiene que verificar la idoneidad, en la aplicación de un principio o no, viéndose pues que la relación que existe entre el principio de razonabilidad y proporcionalidad es una relación de género – especie.

Es así que, Ignacio Martínez, J. & Zúñiga Urbina, F. (2011) manifiesta que:

No obstante, sí parece existir una relación entre ambos principios, de género a especie. Ello, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin (p. 201).

De acuerdo con Orlando citado por Beteta (s/f), señala del principio de proporcionalidad, que:

Es conocido como proporcionalidad de injerencia, prohibición de exceso, principio de razonabilidad, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos (p. 9).

Bernal (2007) afirma que:

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. Este principio se alude sobre todo en las

sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales (p.41).

Beccaria (citado en Telenchana, 2016):

Que el principio de proporcionalidad predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta) (p.40).

Castillo (citado en Vargas, 2017):

Desde el punto de vista jurídico el principio de proporcionalidad, puede ser entendida como la equivalencia entre una prestación y su respectiva contraprestación o como la correspondencia valorativa entre un hecho y su consecuencia jurídica. Para el derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (p.33).

Para Rojas e Infante (citados en Valderrama, 2016):

El principio de proporcionalidad es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley (p.43).

Ramírez (2016) señala:

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico (p.35).

Agrega Orlando (citado en Beteta, s/f):

De modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite

determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales (p. 9).

Guevara (2018) establece:

La pena no es otra que cosa que un castigo por infringir la ley, esta se da cuando la conducta de una persona que ha cometido un delito es antijurídica culpable y punible, la cual se va imponer tras llevar a cabo un debido proceso, siendo así que la pena a diferencia de otras sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico afecta directamente la libertad y la vida de una persona (p. 47).

Peña (citado en Guevara, 2018) señala que: “La pena es como la reacción jurídico penal que recae sobre aquel infractor que mediante un obrar culpable ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados” (p. 47).

Para Mantovani (citado en Guevara, 2018): “La pena es la limitación de los derechos del sujeto como consecuencia de la violación de un deber, que es conminada para impedir tal violación y tiene carácter heterogéneo respecto al contenido del mismo deber” (p. 47).

Bustos (citado en Guevara, 2018):

La pena es una privación de bienes jurídicos prevista en la ley penal y que es impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al autor de una conducta delictiva. A su vez, es un instrumento para la autoconstatación de la potestad punitiva del Estado (p. 47).

Para Polaino (citado en Guevara, 2018):

Las teorías de la pena son, en realidad, teorías de los fines de la pena, esto es, teorías de la legitimidad del Derecho Penal. He aquí un triángulo trascendental: pena fines de la pena, legitimación del Derecho Penal. La pena persigue fines estabilizadores, tutelares y preventivos, los cuales legitiman el Derecho penal. Como es lógico, en cada momento histórico se ha justificado el IUS PUNIENDI del Estado de manera diferente. En todo caso, el sistema punitivo (la dureza o brutabilidad del sistema de

incriminación de delitos y del sistema de penas) es un preciso barómetro del grado de tolerancia de la propia Sociedad: ubi societas, ibi ius (p. 49)

a) Teorías absolutas

Para Valderrama (citado en Guevara, 2018):

Sus principales representantes son Kant y Hegel, esta teoría señala que el sujeto que comete un delito se le aplica una pena como retribución, al hecho cometido. Para Hegel la pena es la afirmación del derecho que, fue negado por el delito, negación que solo se contesta, con otra negación, que es la pena en otras palabras, la pena es la negación del Derecho. En estas teorías la pena es retributiva “ojo por ojo, diente por diente” (Ley del Tali6n). De esta manera la pena se libera de toda finalidad y se presenta 6nicamente como la imposici6n voluntaria de un mal para compensar la lesi6n jur6dica cometida (...) (pp. 49-50).

b) Teorías relativas

Bramont (citado en Guevara, 2018) señala que:

Las teorías relativas o preventivas, son totalmente opuestas a las absolutas donde señalan que la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad, la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevenci6n. El sentido de la pena consiste 6nicamente en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles, es decir, la funci6n de la pena es prevenir que dentro de la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una funci6n utilitaria de la pena (p. 50).

c) Teorías mixtas

Garcia y De Molina (citado en Guevara, 2018):

Las teorías Mixtas o de la Uni6n no se justifica en cuanto retribuci6n del delito cometido (teorías absolutas), ni solo en

cuanto medio de prevención de futuros delitos (teorías relativas) la pena, es retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se (orienta a la realización de otros “fines” de prevención general y de prevención especial; a la prevención de futuros delitos, y a la realización del autor (p. 50).

Para Guevara (2018) “puede distinguirse respecto de la sanción punitiva básica, diferentes funciones, así como un fin y una consecuencia directa de la pena” (p. 50).

a) Prevención especial

Función de prevención especial negativa: evitación de futuros delitos cometidos por el propio delincuente.

Fin de prevención especial positiva: resocialización del delincuente. (Polaino, citado en Guevara, 2018, p. 50)

b) Prevención general

“Función de prevención general negativa: evitación de futuros delitos en la sociedad. Consecuencia inmediata de prevención general positiva: confirmación de la vigencia de la norma (identidad normativa de la sociedad)” (Guevara, 2018, p. 50).

Guevara (2018) afirma:

Desde una perspectiva constitucional el Tribunal Constitucional señala que la finalidad de la pena es especialmente prevenir, en función de que no se vulneren derechos fundamentales teniendo una doble dimensión por una parte con el condenado a quien se le deberá de sancionar con una pena razonable no trasgrediendo su derecho de libertad y dignidad; y, por otra parte, con la sociedad buscando una convivencia armónica y segura (p. 51).

En ese orden, a nuestro entender los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal y la Constitución tienen que encontrarse en un orden de prelación donde la vida es el bien que se encuentra en la cúspide de toda protección, posterior a

ello, a nuestro entender es la libertad que es a través de la cual al ser humano se va a realizar, continuando tendríamos al patrimonio; y los derechos relacionados a ellos se encontrarían en el mismo orden, por ello, un bien jurídico relacionado al patrimonio, no puede tener mayor penalización que un bien jurídico vida.

JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

La investigación que proponemos se justifica y tiene importancia para nuestra sociedad como también para los operadores de derecho, Jueces, Abogados, poder legislativo y ejecutivo; siendo que estos, en conjunto, son los llamados a plantear soluciones a problemas que a diario ocurre en nuestra realidad, de esa manera, el determinar la afectación del principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos, con el fin de modificar el artículo 189° que lo contempla.

El aporte del presente trabajo consiste en proponer mediante un proyecto de ley que se modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal Peruano.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Para determinar si existe una posible solución a la problemática planteada, se ha creído conveniente plantear la siguiente interrogante:

¿Cómo se afecta el principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos en el Perú?

HIPÓTESIS

Existe una sobrepenalización en el tipo penal del robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal Peruano, que afecta el principio de proporcionalidad frente a la protección de otros bienes jurídicos.

OBJETIVOS

Los objetivos del presente trabajo son los siguientes:

- **Objetivo General**

- Determinar la afectación del principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos.

- **Objetivos Específicos**

- Analizar el principio de proporcionalidad.
- Estudiar el delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos.
- Analizar el tipo penal de robo agravado en relación a la sobrepenalización establecida en la norma.
- Proponer una ley que modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal.

II. DESARROLLO

Marco Teórico

La presente investigación tiene antecedentes a nivel internacional, nacional y local, mismos que consisten en noticias, artículos de revista, proyectos de investigación y tesis; con el fin de poder dar una visión previa del trabajo de investigación que estamos realizando.

Sobre el tema de investigación, hemos tenido a la vista los siguientes temas y autores:

Riofrío (2016), en su aporte nos habla sobre los límites del principio de proporcionalidad y de la forma en cómo se debe aplicar, teniendo en cuenta, tanto los límites internos como externos de los derechos que colisionan, en relación a nuestro tema de estudio lo que se tendría que valorar en sí, es si la pena impuesta al delito de robo agravado es proporcional al bien jurídico protegido, en este caso, el patrimonio.

Rainer y Martínez (2012), donde su trabajo de investigación realiza un aporte esencial respecto del principio de proporcionalidad, al afirmar que “el principio de proporcionalidad se ha mostrado como un instrumento eficaz, flexible y pragmático para moderar la tensión entre el individuo y el poder público” (p. 71). Porque ayuda a escoger a un derecho dentro del conflicto de la aplicación de dos derechos para un caso concreto, pero, en nuestro caso, nos ayudaría a resolver el conflicto que existe entre el bien jurídico y la pena aplicable a un delito.

Penal Derecho (20 de marzo de 2013), donde su aporte referido a los contenidos dogmáticos del principio de proporcionalidad nos habla que “la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente” (s/p). Porque se entiende que, el castigo impuesto por todo tipo penal tiene que estar acorde a la falta o delito cometido, pero, también se debe tener en cuenta que, si la pena impuesta protege de manera correcta al bien jurídico protegido o si en su defecto la primera es un exceso con relación al bien jurídico protegido en relación a los demás bienes jurídicos establecidos en nuestro Código Penal.

Maraniello (2005), el aporte de este autor refiere respecto al principio de razonabilidad, el cual es entendido por el autor como los límites naturales que tienen los jueces al momento de aplicar la norma a un caso específico, eso es por ello, que se debe dar prioridad a los derechos fundamentales de los seres humanos, por ello es importante administrar el derecho según el término de la justicia, esto es, dar a cada uno lo suyo.

Legis Pasión por el Derecho (2017) realiza un aporte fundamental sobre el principio de proporcionalidad estudiado y su reconocimiento en nuestra Constitución, donde se afirma que existe una relación entre el principio de proporcionalidad y lo establecido en el inciso 22 del artículo 139 de nuestra constitución, esto referido al hecho que una persona tiene derecho a reincorporarse a la sociedad y la pena impuesta para el delito de robo agravado es muy superior a la de otros bienes jurídicos.

Lanz (3 de abril de 2018), donde se especifica que con los años el principio de proporcionalidad ha cobrado mayor importancia en la resolución de casos, porque se centra en valorar el derecho que debe ser protegido por el que al caso convenga más.

Castillo (2004), donde el autor menciona que: “El sentido garantista del juicio de proporcionalidad en materia penal, supone que el juez penal no deberá estar impedido de reducir la pena por debajo del mínimo que el legislador haya previsto para un delito en particular” (p. 23). Lo que permitirá sancionar por la comisión de un delito con la pena exacta de acuerdo al bien jurídico protegido y el patrimonio afectado, sin excederse en la pena establecida por la norma.

Guevara (2016), quien después de analizar y estudiar al delito de robo y su tratamiento en nuestra legislación, concluyendo que: “El robo es un delito contra el patrimonio, consistente en el apoderamiento de un bien ajeno, con intención de lucrarse, empleando fuerza, violencia o intimidación en la persona” (p. 47). Mismas características que se exige para el delito de robo agravado, porque es el mismo tipo base, con la diferencia que el legislador ha creído conveniente incluir hechos como, la concurrencia de más sujetos activos, la hora de la

realización del delito, o el medio del cual se sirven para obtener el resultado, hechos que hacen que la pena impuesta sea muy superior al tipo base.

Guevara (2018), realiza con su investigación un aporte respecto a la sobrepenalización del delito de robo agravado, realizando una comparación con el delito de homicidio simple regulado en nuestro Código Penal, señalando que “El delito de robo agravado se encuentra sobrepenalizado debido que en el Código Penal, la pena impuesta para este delito resulta ser excesiva, no teniéndose en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de determinar la pena” (p. 82).

Gonzales (2020) ha establecido como tema principal de su investigación la determinación de la pena en el delito de robo tipo base con referencia a la cuantía, realizando su aporte respecto a la sobrepenalización del robo agravado, manifestando que:

El delito de robo agravado se encuentra tipificado con una sanción mucho mayor que a otros delitos, como por ejemplo el homicidio, y eso es algo ilógico, porque el bien jurídico de ambos delitos son distintos; es decir, un celular no vale más que una vida; a ello, sería lógico que se tomara en cuenta el monto de lo robado en el ilícito del tipo penal robo (p. 9).

Holguín (2018), en su tesis nos manifiesta un esencial fenómeno respecto de la sobrepenalización del delito de robo en la legislación peruana, señalando que:

Se aprecia en el delito de robo agravado, que inicialmente merecía una pena máxima no mayor de 8 años de prisión y actualmente el máximo es de 20 años, apreciándose un aumento de 12 años más de pena. Asimismo, en este caso se han agregado agravantes especiales, con penas de hasta 25 años como tope y si se actúa en calidad de integrante de una organización la pena es de cadena perpetua (p. 70).

Situación que resulta, en concordancia con el autor, preocupante; el cual agrega que para entender este fenómeno es necesario preguntarse qué fundamentos tuvo el legislador para contemplar tantos años de pena para este delito de robo y bajo cuáles objetivos es que tipificó de esa forma, haciendo un llamado a

preguntarse si este tipo penal respeta y toma en cuenta el principio de proporcionalidad.

Para entender de una mejor forma el tema en desarrollo del tema de investigación planteada, es necesario definir los siguientes conceptos:

Principio de Proporcionalidad

Nuestro ordenamiento jurídico está compuesto tanto por normas como por principios que permiten tener un derecho penal más humano, que si se tiene que sentenciar a una persona, se le garanticen todos sus derechos, antes y después de un sentencia o dentro del periodo de internamiento en un centro penitenciario, ayudándole a resocializarse, que es precisamente uno de los fines de la pena.

En ese orden, Odar (2018) señala que: “El principio de proporcionalidad se presente como un control ante la intervención del poder del estado, pues este principio funciona como una base al límite de los derechos fundamentales, en razón a que estos no son absolutos” (p. 42). Los límites del principio de proporcionalidad son internos y externos, los primeros tienen que ver por las convicciones sociales comunes en las cuales se basa las resoluciones; mientras que, el límite externo tiene que ver con el sujeto obligado a aplicar el principio de proporcionalidad, en nuestro caso vendría a ser el juez.

Asimismo, la autora mencionada con anterioridad, afirma además que:

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas, pero sí está diseñado para alcanzar tanto racionalidad como certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; ya que esta sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y que pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas (Odar, 2018, p. 42).

A través de este principio lo que se busca es garantizar el derecho a la libertad, que es el bien jurídico a través del cual la persona va a realizar y cumplir sus metas y fines.

Para Jimbo (2011) señala que:

Hablar de proporcionalidad es también hablar de una medida limite ante cualquier exceso de la norma en razón de que sea aplicada de manera correcta a la hora de sancionar. En este principio se tendrá que tener en cuenta el objetivo perseguido por la ley y así también se tendrá que evaluar la gravedad de la pena; debiéndose de analizar la infracción cometida, el pronunciamiento del magistrado respectivamente del dictamen del caso en concreto, el cual deberá ser concordante con el hecho (p.6).

Siguiendo la línea de pensamiento descrita, el autor León Florián señala que: “Los ordenamiento jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, sino también por principios. Su reconocimiento implican a su vez, el reconocimiento de una nueva figura de aplicar el derecho: la ponderación” (p. 5). La ponderación de principios viene a ser al momento de la aplicación de esos principios a un caso en concreto.

Los principios al ser mandatos de optimización van a ser los que lleven las directrices de todo proceso judicial donde se realice la aplicación del derecho o se busque garantizar un derecho fundamental como la libertad frente a un bien jurídico, patrimonio.

De acuerdo con Odar, el principio de proporcionalidad “permita modelar un conjunto de argumentos sobre un punto de discrecionalidad y he allí el aporte intrínseco de esta forma de interpretación desde el punto de vista constitucional, la cual por excelencia dirime la colisión entre derechos fundamentales” (p. 44). Siendo en nuestro caso de estudios de mayor valor el derecho a la libertad por sobre el bien jurídico patrimonio que protege el delito de robo agravado.

Bernal (2007) afirma que:

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. Este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos

de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales (p.41).

Beccaria (citado en Telenchana, 2016):

Que el principio de proporcionalidad predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta) (p.40).

Castillo (citado en Vargas, 2017):

Desde el punto de vista jurídico el principio de proporcionalidad, puede ser entendida como la equivalencia entre una prestación y su respectiva contraprestación o como la correspondencia valorativa entre un hecho y su consecuencia jurídica. Para el derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (p.33).

Para Rojas e Infante (citados en Valderrama, 2016):

El principio de proporcionalidad es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley (p.43).

Ramírez (2016) señala:

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico (p.35).

Legis Pasión por el Derecho afirma que:

El principio de proporcionalidad procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse. En la imposición de la pena debe considerarse los fines que esta persigue -preventiva, protectora y

resocializadora- conforme lo prevé el numeral sexto del artículo cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Gutierrez, 2019)

Para ello, se tiene que dar valor al bien jurídico protegido y si ese valor es suficiente para privar de la libertad de una persona, es así que, el delito de robo agravado protege al patrimonio de la persona.

Ejemplo: si dos personas al borde de una moto lineal interceptan a una persona que va caminando por una avenida de la ciudad, y para que la persona le entregué su celular, los delincuentes le dicen expresiones como: “dame el celular o te mato”; acto posterior, ambos sujetos se alegan del lugar. Ellos tendrían que ser sancionados por cometer robo agravado y su pena sería entre 12 y 20.

En este ejemplo podemos observar lo desproporcional de la pena con el bien jurídico protegido, pues un celular de aproximadamente S/. 500 soles no van a ser mayor que la libertad, debe ser sancionada sí, pero por una menor de cantidad de años a los estipulados en la norma; sólo allí podríamos hablar de una correcta aplicación del principio de proporcionalidad.

Tal como señala Gutiérrez, por el principio de proporcionalidad se tiene que analizar tanto la lesividad de la conducta desplegada por el sujeto activo, como por el bien jurídico protegido y el valor de ese bien; de esa manera, el juez podrá dictar una pena acorde a la afectación.

El Código Penal peruano ha contemplado como un límite al poder punitivo del estado, al principio de proporcionalidad en las sanciones, que se encuentra ubicado en el Título Preliminar de la normativa penal, encontrándose redactado así: “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” (p. 47). En este caso, la sanción a un hecho punible tiene ser acorde al bien jurídico protegido, pero además se tiene que tener en cuenta el valor del bien.

Garantizando de esa manera que todo acto ilícito va a ser valorado por el juez teniendo en cuenta el acto ilícito, el bien jurídico, el daño causado y, los principios penales, para poder establecer la pena contenida en el tipo penal en análisis.

El principio de razonabilidad tiene relación con el principio de proporcionalidad, porque cuando se hace la ponderación de los bienes se tiene que verificar la idoneidad, en la aplicación de un principio o no, viéndose pues que la relación que existe entre el principio de razonabilidad y proporcionalidad es una relación de género – especie.

Es así que, Ignacio, J. y Zúñiga, F. (2011) manifiesta que:

No obstante, sí parece existir una relación entre ambos principios, de género a especie. Ello, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin (p. 201).

Por eso es que tiene que existir correlación entre la sanción y el bien jurídico protegido de un tipo penal, no pudiendo excederse en sancionar a una persona dando mayor valor a la pena establecida y discriminando a otros tipos penales que merecen mayor valor al del patrimonio, por ejemplo homicidio, donde el bien jurídico es la vida.

De acuerdo con Orlando citado por Beteta (s/f), señala del principio de proporcionalidad, que:

Es conocido como proporcionalidad de injerencia, prohibición de exceso, principio de razonabilidad, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos (p. 9).

Agrega Orlando (citado en Beteta, s/f):

De modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales (p. 9).

En ese orden, a nuestro entender los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal y la Constitución tienen que encontrarse en un orden de prelación donde la vida es el bien que se encuentra en la cúspide de toda protección, posterior a ello, a nuestro entender es la libertad que es a través de la cual al ser humano se va a realizar, continuando tendríamos al patrimonio; y los derechos relacionados a ellos se encontrarían en el mismo orden, por ello, un bien jurídico relacionado al patrimonio, no puede tener mayor penalización que un bien jurídico vida.

Vargas (2017) considera que en el Perú, en nuestro Código Penal podemos encontrar al principio de proporcionalidad:

(...) en donde se señala que la pena impuesta por los magistrados no podrá ser excesiva, y que se dictarán penas en base a la responsabilidad por el hecho cometido y la gravedad de este, es decir se sancionará de acuerdo a la afectación del bien jurídico protegido, también se debe hacer mención que dicho principio es rango constitucional aunque no de manera clara y por ello que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto del tema señalando que el procesado responderá solo por el hecho que cometió, refiriéndose a eso este no podrá responder por hechos posteriores al que cometió debido que el procesado no contribuyó a su realización (p. 35).

Delito de Robo

Para Reátegui (2015) en razón del tema tratado manifiesta que:

El delito de robo es considerado desde antaño como uno de los que forma parte del núcleo central de los delitos de la parte especial de los códigos penales del mundo, no tener regulado el delito de robo generaría un enorme vacío legislativo, tan igual a como no tener sancionado el

delito de homicidio o el delito de violación sexual en el Código Penal (p. 319).

Por su lado, Vilcapoma (citado en Reátegui, 2015) refiere que:

El robo es autónomo ya que el interés patrimonial a diferencia del hurto, en el que es predominante no tiene mayor trascendencia en su calificación, y esto es así porque el delito de robo no se distingue por el objeto de la acción, sino por la violencia e intimidación que se ejerce sobre la persona, que pone juego la vida y la integridad de la víctima, lo cual está por encima del interés patrimonial; y, si ello no nos lleva a otro delito distinto del patrimonial, entonces es debido a que el peligro en que es expuesta la persona, constituye la vía necesaria para hacer efectiva la sustracción del bien mueble (p. 321).

Pérez (citado en Vargas, 2017) menciona lo siguiente: “Esta modalidad de robo afecta en primer lugar y de forma predominante al bien jurídico propiedad, pero también a la integridad física o salud y a la libertad, en la medida en que la conducta típica implica la realización no solo de un apoderamiento, sino de actos de intimidación y de violencia” (p. 61).

Salinas (2015) afirma que:

El robo es aquella conducta por la cual el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sobre su víctima, sustrae un bien mueble total o parcialmente ajeno y se apodera ilegítimamente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, concurriendo en el accionar alguna o varias circunstancias agravantes previstas expresamente en nuestro Código Penal (p.138).

Guevara (2016) sobre la tipicidad del delito de robo, menciona que:

El robo es un delito contra el patrimonio, consistente en el apoderamiento de un bien ajeno, con intención de lucrarse, empleando para ello fuerza, violencia o intimidación en la persona. Son precisamente estas dos modalidades de ejecución de la conducta las que la diferencia del hurto, que exige únicamente el acto de apoderamiento (p. 47)

En el delito de robo lo que se analiza no es únicamente el apoderamiento del bien con el fin lucrativo, sino, la manera en cómo se apoderan de él, esto es, la amenaza realizada al bien o la persona que se encuentra en posesión o propiedad, por ello que se castiga con mayor penalidad que en el hurto.

La doctrina habla sobre este tipo penal desde 3 puntos de vista, el primero nos menciona que el robo es una variedad del hurto agravado, el segundo toma la postura que el robo es un delito complejo, mientras que la tercera postura afirma que el robo es de naturaleza autónoma; postura doctrinarias que desarrollaremos a continuación, para poder entender de esa manera nuestro punto de vista adaptaba, esto es, que el delito de robo agravado se encuentra sobrepenalizado innecesariamente, cuando el tipo base ya configura las agravantes que tiene.

El robo como variedad del hurto agravado: al respecto Casa Salinas (2017) menciona respecto del delito de robo, el cual consta con los elementos constitutivos similares al delito de hurto:

Como son el mismo bien jurídico protegido, apoderamiento mediante sustracción, ilegitimidad de la acción, bien mueble total o parcialmente ajeno, finalidad de lucro, etc., aquel constituye una modalidad del hurto agravado debido a que solo se diferencia por los modos facilitadores de la acción, esto es, el uso o empleo por parte del agente de la violencia sobre las personas o la amenaza en contra de las personas. Legislativamente, esta posición tiene cabida en el Código Penal colombiano, en el cual se regula la figura del robo como una modalidad del hurto (p. 76).

Diferenciándose de esa manera por la violencia empleada para la obtención del bien, que puede ser incluso amenazas a través de las cuales hagan efectivo el robo, por lo que fácilmente podría ser considerada de esa manera.

El robo como un delito complejo: el autor antes citado, refiere que “en la figura del robo concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas como son coacciones, lesiones, uso de armas de fuego, incluso muerte de personas” (Casa, 2017, p. 76). Al encontrarse con las conductas típicas de otros delitos, es

que se configura la gravedad y complejidad del robo, por ello que, se debería entender al robo desde esta perspectiva. Se debe tener en cuenta además, que el bien jurídico protegido en este delito es la libertad, integridad física y patrimonio, lo que no estaría contemplado de esa manera por el delito de Hurto.

Sobre el particular, tenemos que manifestar que, en la mayoría de delitos contemplados en el Código Penal, existe más de un bien jurídico protegido, por lo que si partimos desde ese extremo, se tendría que sobrepenalizar a todos los tipos penales contemplados; ello a modo de crítica de esta postura.

El robo es de naturaleza autónoma: al ser un tipo penal independiente, tener su propio supuesto de hecho, consecuencia jurídica y nexo causal, no necesita de un tipo fuente para que pueda y sea sancionado.

Al respecto, Casa (2017) señala que “La posición actual mayoritaria en doctrina sostiene que al intervenir los elementos violencia o amenaza en la construcción del tipo penal, automática-mente se convierte en figura delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman el hurto” (p. 78). Si retiramos los elementos descriptivos del tipo, violencia o amenaza, sería exactamente igual al tipo de hurto, por lo que su penalización tendría que ser considerada en parámetros similares a ese tipo penal.

Tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva de todo delito se encuentra compuesta por los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. De nuestro tipo penal es por ejemplo, el hecho que, el sujeto activo se apodera de un bien, que no le pertenece y que lo toma de manera ilegítima, sin causa de justificación alguna, que ese bien puede ser cualquier bien mueble que se encuentre en poder del sujeto pasiva, aunque no le pertenezca, pero que al momento de los hechos se encontraba en su esfera de dominio, la apropiación ilegítima se da a través de violencia o amenaza grave a la integridad personal, familiar o patrimonial de la persona, que por ello, se encuentra obligado de hacer la entrega de su bien.

De acuerdo con Guevara (2016):

La amenaza por su parte consiste en la violencia moral, que es el anuncio del propósito de causar un mal inminente que ponga en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de una persona con el objeto de obligarla a soportar la sustracción o entregar de inmediato una cosa mueble (p. 49).

La amenaza vertida tiene que ser de tal magnitud que cree en el sujeto pasivo la acción de verdad, y de esa manera entregue el bien sin poner resistencia ante las exigencias del sujeto pasivo, porque el temor de la amenaza le hace cumplir las exigencias de lo solicitado.

Tipicidad subjetiva

La culpabilidad que exige este tipo penal, y cualquier otro contemplado en el Código Penal, es el del dolo, es que el conocimiento y voluntad de realizar la conducta desplegada para obtener el resultado querido.

Al respecto, Guevara menciona que “es el dolo directo del quien usa la violencia y la amenaza; además existe un elemento adicional como el ánimo de lucro, es decir, de sacar provecho o *ánimus lucrandi* si falta este elemento no existe robo” (p. 49). Esto es, la intención con la que se realiza la conducta prohibida por el delito de robo.

Para hablar de robo agravado tenemos que conocer el tipo penal de robo, que es la figura jurídica base para que se pueda configurar la agravante del robo. En ese sentido, el artículo 188° del Código Penal señala:

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años (Código Penal, 1991, p. 129).

Como podemos observar, el delito de robo es la figura jurídica que castiga al que se apodera de un bien jurídico que no le pertenece y para ello, emplea cualquier tipo de violencia o amenaza, sobre el bien o sobre la persona que tiene el bien, como podemos observar la pena establecida para este tipo penal es entre 3 y 8

años, lo que permitirá incluso obtener un beneficio de pena suspendida de su ejecución o en su defecto la conversión de la pena, pero sin tener que pasar años de cárcel efectiva; todo esto dependerá de las agravantes y atenuantes que se encuentren sobre el sujeto activo del tipo.

Robo agravado

Para Alegría (2016):

El delito de robo agravado es la afectación directa al patrimonio definitivamente, en donde hay una incautación de un bien ajeno, con la finalidad de conseguir provecho de ese bien, haciéndose por medio de violencia e intimidación esta es la modalidad que emplea el sujeto activo para perpetrar su delito (p. 23).

Caro (2016) por su lado, manifiesta que:

El delito de robo agravado es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de bien mueble total o parcial ajeno privando al titular del bien jurídico del ejercicio de derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición constituyendo sus circunstancias agravantes aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo 189° Código Penal, que aunado a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad (p. 419).

Guevara (2018) concluye:

Podemos definir al robo agravado como un delito grave, por las agravantes que lo constituyen para llegar a concretarse, este delito necesita de ciertos requisitos esto es el empleo de violencia contra la persona causándole miedo con la finalidad de apoderarse ilegítimamente de un bien ajeno (p. 24).

El robo agravado es un delito que se encuentra contemplado en el art. 189 del Código Penal, en este se encuentran registrado únicamente las agravantes del

tipo base del robo que se encuentra en el art. 188 del mismo cuerpo normativo, lo que se busca a través del robo agravado es aumentar la sanción para quienes realicen algún acto descrito por la agravante. El legislador señala que:

Artículo 189°.- Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación. La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental (Código Penal, 1991, p. 130)

Como comentario general del robo agravado, tenemos que mencionar, que es un delito que protege los bienes muebles y patrimonio del sujeto pasivo o agraviado, y que castiga con una pena de entre 12 y 20 años, como logramos observar el mínimo de años de este tipo es muy superior al máximo del delito de robo en su figura genérica, y si nos referíamos al máximo que son 20 años, consideramos un total exceso, si lo que se sanciona es exactamente lo mismo.

Podemos ver, las agravantes del tipo penal son por ejemplo: que se robe en un inmueble habitado, durante la noche o un lugar desolado, a mano armada o por dos o más personas, entre otras; lo que no son agravantes en sí, porque esas mismas modalidades puede contener el mismo robo sin la necesidad de sobrepenalizar la figura y aumentar hasta en 4 veces la pena, sin mayor fundamentación.

a) Robo en inmueble habitado:

Esta agravante ha sido modificada en varias ocasiones debido que antes de que sea inmueble habitado era en casa habitada, en lo que concierne a la figura de robo agravado se sabe que este delito afecta principalmente el patrimonio y la doctrina señala que no solo el patrimonio si no también la vida, integridad, libertad, etc. en referencia de esta agravante (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 27).

b) Robo durante la noche:

El origen de esta agravante radica en que, si un robo se lleva a cabo durante la noche, este tiempo resulta ser ventajoso para quien comete este delito y ayuda a que se pueda concretar con la sustracción del bien ilegítimamente; y, de cierta forma no viéndose descubierto por la víctima, como se mencionó anteriormente este se produce en la noche donde hay oscuridad (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 27).

c) Robo en lugar desolado:

Al respecto de esta agravante es nueva dentro del delito de robo agravado debido a que antes era en lugar despoblado donde no había población cercana, en la actualidad este tiene un concepto diferente, en razón que el sujeto pasivo se encuentra desamparado no teniendo posibilidad de ser socorrido (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 27).

d) Robo a mano armada:

Esta agravante se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma al momento de apoderarse ilegítimamente del bien mueble despojando de su patrimonio al sujeto pasivo. Por arma se entiende todo instrumento que cumple con la función de ataque o defensa para el que la porta, la sola circunstancia de portar un arma por parte del agente a la vista de la víctima, al momento de cometer el ilícito se configurara la agravante (Salinas citado en Guevara, 2018, pp. 27-28).

e) Robo con el concurso de dos o más personas:

Esta agravante tiende a hacer la más frecuente y por ello se considera que haya sido objeto de innumerables pronunciamientos judiciales. De tal forma ahora el delito de robo agravado se configura cuando el agente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, sustrae para sí un bien total o parcialmente ajeno de modo ilegítimo, haciendo uso de la violencia contra la persona o la amenaza con peligro inminente para su vida o integridad física, en cualquier medio de locomoción de transporte

público o privado o de carga, etc. (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 28).

f) Robo de turistas y no turistas:

En este apartado se protege a las personas que hacen turismo en nuestro país, dicho apartado se dio a través de la Ley N° 28982 y así mismo establece su ampliación del contenido del inciso 5 del artículo 189° de Código Penal, el cual señala que el delito de robo agravado se configura a través de la violencia del agente o poniendo en peligro inminente la vida del sujeto pasivo pero que además este deberá de llevarse a cabo en cualquier medio de locomoción de transporte (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 28).

g) Robo fingiendo el agente ser autoridad:

Se configura cuando el agente activo para cometer su fin de sustraerle los bienes muebles de la víctima, aparte de utilizar la violencia o amenaza finge ser autoridad mejor dicho ser funcionario público, la acción de fingir la calidad no poseída, para ser penalmente relevante deberá tener suficiente entidad engañadora (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 28).

h) Robo fingiendo el agente ser servidor público:

Esta agravante recogida igual que la anterior en el inciso 6 del artículo 189 del Código Penal, se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza y simulando o aparentando ser servidor público sustrae los bienes de la víctima, es decir que en calidad de ser servidor o empleado público entendido como aquel trabajar que cumple sus actividades concretas y de ejecución bajo subordinación en la relación del funcionario (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 29).

Asimismo, se establece que la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

a) Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima:

Las lesiones que exige este tipo penal deberán de ser a consecuencia del empleo de la violencia ejercida en el acto que se da la sustracción, siendo estas causadas de forma doloso o de manera culposa por parte del sujeto activo, es decir será las lesiones dolosas cuando en el las ocasiona al momento de la sustracción opone resistencia y estas serán culposas cuando al momento del forcejeo entre el sujeto activo y la víctima; esta se lesiona (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 29).

b) Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima:

Se configura esta agravante a raíz de que el sujeto activo se aprovecha por la condición de la víctima, por estar incapacitada físicamente o mentalmente, sin impórtale ello emplea el uso de la violencia y amenaza llegando a sustraerle su bien mueble; logrando su objetivo de apoderarse ilegítimamente de lo que no le pertenece; y, en lo que respecta al empleo de estupefacientes se da a fin de que la víctima se ha anulada de plano y no ponga resistencia de defensa sobre sus bienes (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 29).

c) Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica:

Esta agravante configura cuando la víctima a raíz de que se la sustraído su patrimonio, se encuentra en una situación difícil de cierta pesadumbre, siendo así que el agente debe de conocer o percibir una variación notoria en la economía de la víctima; el dolo directo se ve así reforzado por el conocimiento de tal circunstancia (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 30).

d) Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación

Guevara (2018) señala que:

El sujeto activo sustrae ilícitamente bienes de valor científico o cuando lo hace sobre bienes que integran el patrimonio cultural del país, el fundamento de esta agravante reside en su importancia y significado de los bienes para el desarrollo científico del país y por su legado histórico, artístico y cultural (p. 30).

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 30).

a) En cuanto a la calidad de integrante de una organización delictiva o banda:

Según Sánchez (2013):

Al legislador nacional, al momento de producirse la modificatoria en el año 1999 poco o nada le ha interesado la correcta delimitación jurídico conceptual de organización y banda. En ese sentido, lo único que le interesó era sancionar de manera drástica (cadena perpetua) el conjunto de personas físicas, más o menos organizadas y duraderas en el tiempo dedicadas al delito de robo, teniendo como objetivo el legislador un claro norte de la eficiencia político criminal en función a la dureza de las penas conminadas (p. 86).

Asimismo, el autor agrega que esto es debido:

Porque la pena para este delito agravado es de cadena perpetua, vulnerándose con ello el principio de racionalidad y humanidad de las penas; olvidando, o mejor dicho vulnerando otro principio fundamental como es el de jerarquía de bienes jurídicos protegidos ¿El patrimonio vale más, o se protege más que la vida humana misma? (p.86).

b) Producción de muerte o lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima.

Según Sánchez (2013) considera que: “La muerte o las lesiones graves hacia la víctima deben tener un nexo de causalidad directa en la forma de cómo se ha producido el apoderamiento realizado por el sujeto activo, y esto normalmente es producido por violencia física realizado por el sujeto activo. En ese sentido, la muerte de la víctima por ejemplo debe producirse posteriormente del apoderamiento y/o sustracción de la cosa mueble ajena, ya que si es anterior a la acción de apoderamiento será considerado la muerte como un homicidio doloso o culposo de acuerdo al caso, y por lo tanto, serán considerados como dos infracciones penales autónomos el homicidio y el robo (p.88).

Aplicar una pena mínimo de 12 años por el robo de un celular con la participación de dos personas es un gran exceso que no nos lo deberíamos permitir por políticas criminales y, derecho penal del enemigo, porque lo que la pena busca es precisamente la resocialización de la persona, si el mismo robo es cometido por una persona que despliega la misma conducta para apoderarse del celular es castigado por una pena mínima de 3 años, entonces, cuál es la necesidad de castigar con mayor pena por el sólo hecho de la intervención de una segunda persona, que incluso no participa de forma directa en la apropiación del bien, y su función es de esperar a cierta distancia no cercana a quien sustrae el bien, por lo que el sujeto pasivo en muchas ocasiones ni siquiera puede visualizar a esta segunda persona.

De esa manera, podemos observar que se busca sancionar al delito de robo agravado por ciertas características que son propias del robo y que en nada cambia al hecho de apoderarse de un bien de forma individual o colectiva, de día o de noche, con la utilización de un medio de transporte o no, por razones como las anteriores es que creemos firmemente que el delito de robo agravado busca sancionar sin sentido al sujeto activo de una actividad que en su tipo base y por la misma conducta castiga de manera distinta.

Del tipo en análisis vamos a iniciar a estudiar doctrinariamente el delito de robo en su tipo base, para de esa manera poder llegar al estudio de las agravantes establecidas en el art. 189 del Código Penal.

De acuerdo con Muñoz citado por (Yrigoín, 2018) el concepto de robo agravado es: “El robo con violencia o intimidación en las personas se sanciona, aunque se incluye en la definición general de robo. En esta modalidad de robo existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos” (p. 22). Como podemos observar, el delito de robo agravado contempla las circunstancias del tipo base, robo.

Entonces, el delito de robo es sancionado con pena de 12 a 20 años, si el hecho es cometido por dos o más personas, en circunstancias de la noche, a mano armada, en un medio de transporte, entre otras, basta que se presente una de esas circunstancias para que el delito de robo, se convierta en robo agravado y que por esa razón sea sancionado con una pena 4 veces mayor al tipo base, hechos que a opinión contemplan una sobrepenalización al hecho jurídico ya establecido con pena 4 veces menor.

Robo agravado en la legislación comparada

a) En el derecho germánico

Para Valer (2017):

El que logra delimitar, las nociones jurídicas de robo, aunque restringiendo el robo exclusivamente al ejercicio de la violencia en las personas. En la Edad Media, al contrario, se marca una involución en relación a este problema jurídico. Los límites entre hurto y el robo se desdibujan, situación que prevalece hasta los tiempos de la codificación (p. 31).

b) En el código penal de Bolivia

Valer (2017): “Art.331 (Robo) el que se apoderare de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, será sancionado con privación de libertad de uno a cinco años” (p. 32).

c) En el código penal de México

Valer (2017):

Título vigésimo segundo. Delitos en contra de las personas en su patrimonio. Capítulo I Robo. Art.367.- comete el delito de Robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derechos y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley (p.32).

d) Código Penal de Chile

Valer (2017):

Título IX: Crímenes y simples Delitos contra la propiedad. De la apropiación de las cosas muebles ajenos contra la voluntad de su dueño.

Del robo con violencia o intimidación en las personas Art.433.- El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tengan lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad (p. 33).

e) Código República Dominicana

Valer (2017):

El robo se encuentra normado en el capítulo segundo del Código Penal, específicamente en la sección primera en el título de crímenes y delitos contra las propiedades del artículo 379 al 401. El Art.379 define el robo de la siguiente manera: El que con fraude sustrae una cosa que no le pertenece se hace reo de robo. Esta definición abarca de forma general el robo, se puede decir que la normativa que define de manera general el robo es este artículo (p. 34).

Teorías de la pena

Guevara (2018) establece:

La pena no es otra que cosa que un castigo por infringir la ley, esta se da cuando la conducta de una persona que ha cometido un delito es antijurídica culpable y punible, la cual se va imponer tras llevar a cabo un debido proceso, siendo así que la pena a diferencia de otras sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico afecta directamente la libertad y la vida de una persona (p. 47).

Peña (citado en Guevara, 2018) señala que: “La pena es como la reacción jurídico penal que recae sobre aquel infractor que mediante un obrar culpable ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados” (p. 47).

Para Mantovani (citado en Guevara, 2018): “La pena es la limitación de los derechos del sujeto como consecuencia de la violación de un deber, que es conminada para impedir tal violación y tiene carácter heterogéneo respecto al contenido del mismo deber” (p. 47).

Bustos (citado en Guevara, 2018):

La pena es una privación de bienes jurídicos prevista en la ley penal y que es impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al autor de una conducta delictiva. A su vez, es un instrumento para la autoconstatación de la potestad punitiva del Estado (p. 47).

Para Polaino (citado en Guevara, 2018):

Las teorías de la pena son, en realidad, teorías de los fines de la pena, esto es, teorías de la legitimidad del Derecho Penal. He aquí un triángulo trascendental: pena fines de la pena, legitimación del Derecho Penal. La pena persigue fines estabilizadores, tutelares y preventivos, los cuales legitiman el Derecho penal. Como es lógico, en cada momento histórico se ha justificado el IUS PUNIENDI del Estado de manera diferente. En todo caso, el sistema punitivo (la dureza o brutabilidad del sistema de incriminación de delitos y del sistema de penas) es un preciso barómetro del grado de tolerancia de la propia Sociedad: ubi societas, ibi ius (p. 49)

a) Teorías absolutas

Para Valderrama (citado en Guevara, 2018):

Sus principales representantes son Kant y Hegel, esta teoría señala que el sujeto que comete un delito se le aplica una pena como retribución, al hecho cometido. Para Hegel la pena es la afirmación del derecho que, fue negado por el delito, negación que solo se contesta, con otra negación, que es la pena en otras palabras, la pena es la negación del Derecho. En estas teorías la pena es retributiva “ojo por ojo, diente por diente” (Ley del Tali3n). De esta manera la pena se libera de toda finalidad y se presenta 3nicamente como la imposici3n voluntaria de un mal para compensar la lesi3n jur3dica cometida (...) (pp. 49-50).

b) Teorías relativas

Bramont (citado en Guevara, 2018) señala que:

Las teorías relativas o preventivas, son totalmente opuestas a las absolutas donde señalan que la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad, la pena no es un fin en s3 misma, sino un medio de prevenci3n. El sentido de la pena consiste 3nicamente en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles, es decir, la funci3n de la pena es prevenir que dentro de la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una funci3n utilitaria de la pena (p. 50).

c) Teorías mixtas

Garcia y De Molina (citado en Guevara, 2018):

Las teorías Mixtas o de la Uni3n no se justifica en cuanto retribuci3n del delito cometido (teorías absolutas), ni solo en cuanto medio de prevenci3n de futuros delitos (teorías relativas) la pena, es retribuci3n proporcionada al mal culpable del delito, pero tambi3n se (orienta a la realizaci3n de otros “fines” de prevenci3n general y de prevenci3n especial; a la prevenci3n de futuros delitos, y a la realizaci3n del autor (p. 50).

Fines de la pena

Para Guevara (2018) “puede distinguirse respecto de la sanción punitiva básica, diferentes funciones, así como un fin y una consecuencia directa de la pena” (p. 50).

a) Prevención especial

Función de prevención especial negativa: evitación de futuros delitos cometidos por el propio delinciente.

Fin de prevención especial positiva: resocialización del delinciente. (Polaino, citado en Guevara, 2018, p. 50)

b) Prevención general

“Función de prevención general negativa: evitación de futuros delitos en la sociedad. Consecuencia inmediata de prevención general positiva: confirmación de la vigencia de la norma (identidad normativa de la sociedad)” (Guevara, 2018, p. 50).

Guevara (2018) afirma:

Desde una perspectiva constitucional el Tribunal Constitucional señala que la finalidad de la pena es especialmente prevenir, en función de que no se vulneren derechos fundamentales teniendo una doble dimensión por una parte con el condenado a quien se le deberá de sancionar con una pena razonable no trasgrediendo su derecho de libertad y dignidad; y, por otra parte, con la sociedad buscando una convivencia armónica y segura (p. 51).

Casos Jurisprudenciales

Respecto a la problemática planteada, se presentarán los siguientes casos jurisprudenciales:

Guevara (2018) señala:

La Corte Suprema de Justicia a través del Recurso de Casación N° 336-2017 interpuesto por Ítalo Bruno Cárdenas, contra la sentencia que fue

revocada en el extremo que condenó al ya antes mencionado como autor del delito contra el patrimonio en modalidad de robo agravado, en agravio de Margarita Alvino Dávalos, reformándola condenó al sentenciado a 11 años de pena privativa de libertad efectiva (p. 33).

Además, se nos presenta otro caso donde:

Ricardo Martin Tello Pariona mediante Recurso de Nulidad N°502-2017, resuelto por la Sala Superior, dispuso una condena de 10 años de pena privativa de libertad y debiendo pagar el monto de setecientos soles, monto por concepto de reparación civil. El Supremo Tribunal considero que dicha pena no se ajusta al principio de proporcionalidad y que colisiona con el principio constitucional de reincorporación del penado a la sociedad, previsto en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; por lo que atendiendo a su edad diecinueve años; hecho que atentaría los fines de la pena protegidos constitucionalmente, por ende bajo el principio de proporcionalidad de las penas (Guevara, 2018, p. 33).

Asimismo, agrega Guevara (2018):

(...) en aquellos casos que el legislador se ha excedido al regular las penas para los delitos, vulnerando el principio de proporcionalidad, se debió de tener presente no vulnerar el principio de dignidad de la persona; por ello, la determinación judicial de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, toda vez que la pena implica una sanción por la comisión de un hecho punible, y no existe la retribución por sí mismo, es por ello que el Supremo Tribunal falla considerando que la pena impuesta (...), resulta excesiva y desproporcional por lo que debe ser reformada imponiéndose una pena condicional, bajo reglas de conducta (pp. 33-34).

De forma similar, encontramos el caso de Wiliam Chávez Montenegro:

Expediente N°1883-2015, a quien la Sala sentenció a 10 años y trece meses de prisión preventiva de la libertad por el delito de robo agravado,

debido a esta sentencia se apeló considerando que es desproporcional y atenta contra el principio constitucional de reincorporación del penado a la sociedad, reformulándose así a 9 años de prisión efectiva (Guevara, 2018, p. 34).

Es por esto que, tal como lo menciona Guevara (2018):

Cuando existe una colisión de derechos se resuelve a través del principio de proporcionalidad, principio que ha sido analizado y estudiado con mayor esmero por la doctrina constitucionalista y que para ser considerado de tal forma ha requerido del desarrollo de sub criterios (p. 57).

Así tenemos los siguientes criterios:

a) El criterio de idoneidad

Vargas (2017) este criterio debe definirse de tal forma:

Que la medida incoada a una persona, solo será idónea si el objetivo de la medida es legítimo constitucionalmente, y, que efectivamente dicha medida resulte idónea, este criterio se cumplirá siempre que el objetivo pretendido por la medida tenga fundamento constitucional, entendamos por objetivo de la medida, el asegurar los fines del proceso penal (...). La aplicación de una medida de coerción personal cumpliría con lo que exige este primer criterio si prescindimos absolutamente de los demás criterios (p.36).

b) El criterio de necesidad

Vargas (2017):

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar como siguiente paso el juicio de necesidad. Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en

examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces (p.37).

c) Criterio de ponderación o proporcionalidad propiamente dicha

Para Prieto (citado en Vargas, 2017) esta prueba se divide en cuatro principales elementos:

Primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin. Tercero la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y finalmente la llamada proporcionalidad en sentido estricto ha de realizarse una ponderación o balance, entre la medida de coerción personal y el derecho que se pretende afectar (p. 36-39).

III. METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación del presente trabajo será cualitativa.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La investigación que realizaremos será de naturaleza descriptiva - explicativa puesto que además de describir de modo sistemático, la afectación del principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos en el Perú, precisaremos sus antecedentes dentro de ellos sus diversos componentes temáticos; doctrinas y elaboraciones teóricas nacionales y extranjeras; y a su vez su regulación primigenia ubicada en nuestra normativa, en suma, no solo abordaré el desarrollo del marco teórico normativo; sino que realizaré un análisis y discusión de la doctrina en sobre la sobrepenalización del delito de robo agravado, el principio de proporcionalidad. Deduciendo con esto la contrastación de las hipótesis posteriormente formuladas con los resultados de la investigación teórica - empírica es la evidencia y prueba de que esta investigación transvasa los parámetros de una investigación descriptiva para ubicarse dentro de las investigaciones causales-explicativas.

3.3. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN APRIORÍSTICA

OBJETIVOS	CATEGORÍA	SUBCATEGORÍA	PREGUNTA ORIENTADORA	FUENTES	TÉCNICAS
-----------	-----------	--------------	----------------------	---------	----------

Objetivo General: Determinar la afectación del principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos. Objetivos Específicos: - Analizar el principio de proporcionalidad. - Estudiar el delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos. - Analizar el tipo penal de robo agravado en relación a la sobrepenalización establecida en la norma. - Proponer una ley que modifique el tipo penal del robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal.	Principio de proporcionalidad	- Concepto - Naturaleza jurídica - Fundamento jurídico - Características - Tratamiento nacional - Tratamiento internacional	¿Cómo se afecta el principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos en el Perú?	- Jueces	- Encuestas
	Delito de Robo	- Concepto - Tipo penal - Tipicidad objetiva - Tipicidad subjetiva		- Fiscales	- Encuestas
	Sobrepenalización del robo agravado	- Robo agravado - Tipo penal del robo agravado - Tratamiento de la normativa vigente - Afectación del principio de proporcionalidad		- Abogados	- Encuestas

3.4. ESCENARIO DE ESTUDIO

El presente trabajo de investigación gira entorno a la afectación del principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos en el Perú, de tal forma que en la presente investigación en cuanto al espacio geográfico, lugar a llevarse a cabo la investigación, es el territorio peruano, pues nuestra intención es proponer mediante ley la modificación del tipo penal del robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal, acto que tiene efectos no sólo para un área determinada, sino todo el territorio nacional.

3.5. PARTICIPANTES

La participación de los especialistas consta de 20 entrevistados, las mismas que han sido practicadas a 5 jueces, 5 fiscales y 10 abogados penalistas; esto, con la finalidad de obtener un resultado acorde a la realidad nacional y la perspectiva de los operadores del derecho sobre la problemática en estudio.

3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de doctrina y casuística nacional como comparada.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

3.7. PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INFORMACIONES

Los procedimientos de recolección de información predominante estarán basados principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de la doctrina contemporánea latente nacional como también extranjera en cuanto a la afectación del principio de proporcionalidad en la

sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos.

3.8. RIGOR CIENTÍFICO

Éste se refiere a aquellos procedimientos y técnicas que se han de desarrollar a lo largo de toda la investigación con el fin de cumplir y respetar las exigencias propias del proceso investigativo. Por ende, se requiere del proceso de recolección de la información, las mismas deben ser reales y no pueden ser modificadas a fin de lograr la validez de la información.

IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

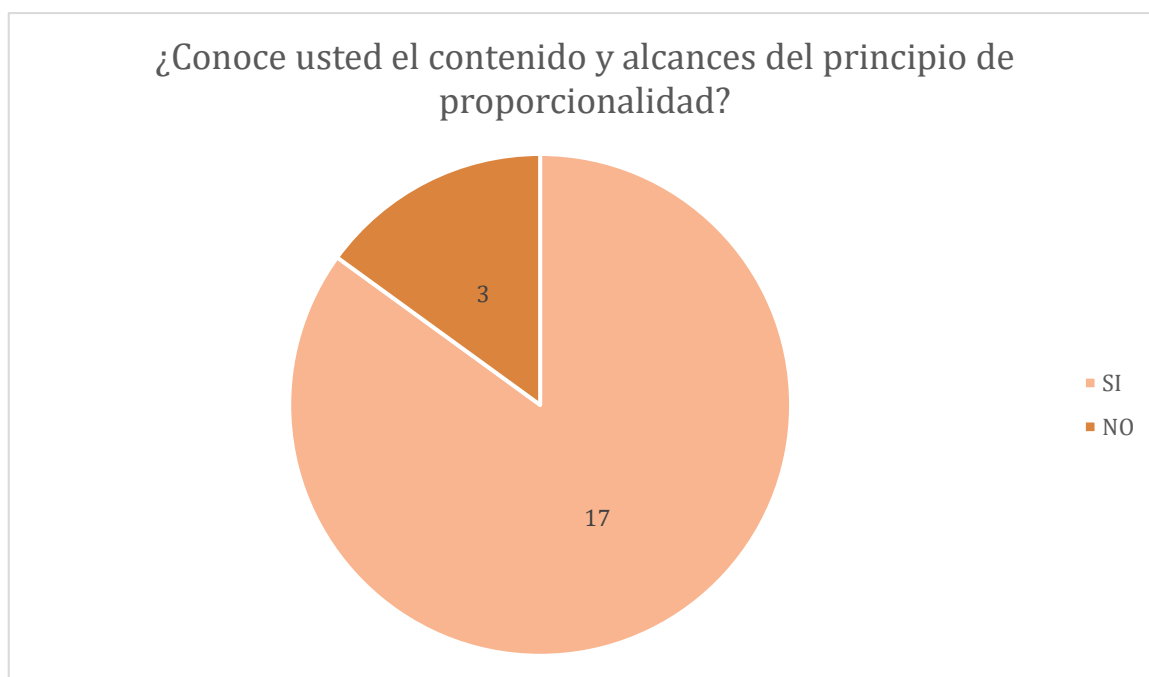
Los procedimientos de recolección de información predominante estarán basados principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de la doctrina contemporánea latente nacional como también extranjera en cuanto a la afectación del principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos, por ello es que se ha estudiado y analizado información pertinente a la materia.

Para poder mostrar lo afirmado en el desarrollo del tema hemos recurrido a realizar encuestas a través de las cuales se pueda ver qué es lo que piensan los operadores del derecho sobre el particular, es así que hemos planteado 20 encuestas sobre la base de las siguientes preguntas:

1. ¿Conoce usted el contenido y alcances del principio de proporcionalidad?
2. ¿Conoce usted la dinámica del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos?
3. Cree usted que, ¿Existe una sobrepenalización establecida en la norma respecto al tipo penal de robo agravado?
4. Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto ley que se modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal?

Y los resultados obtenidos para estas interrogantes han sido las siguientes, que mostraremos a través de gráficos:

GRÁFICO 01

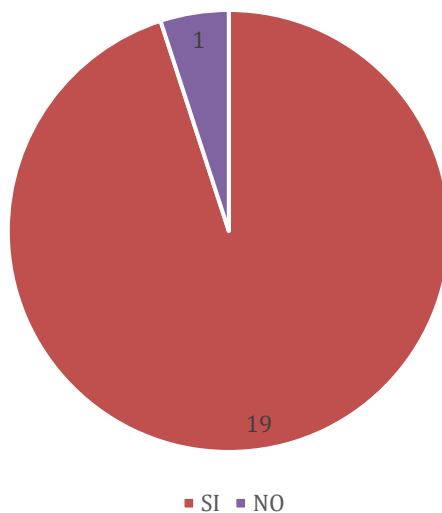


En ese sentido, podemos observar que, de 20 personas que son encuestadas 17 de ellas reconoce conocer el contenido y los alcances del principio de proporcionalidad.

Tres personas de las encuestadas refieren, por el contrario que, no conocen el contenido y alcances del principio en estudio, cuestión preocupante debido al cargo que ostentan los encuestados.

GRÁFICO 02

¿Conoce usted la dinámica del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos?

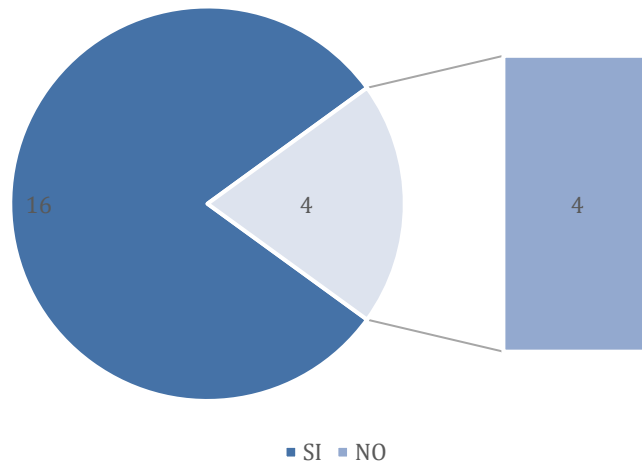


Podemos observar que 19 de las 20 personas encuestadas manifiestan que tienen conocimiento de la dinámica del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos, y solo 1 entrevistado refiere que desconoce esta misma.

Al ser una mayoría casi absoluta los que conocen dicha dinámica se debe entender, que por la misma profesión y cargo, están sujetos a conocer sobre esta misma, para efectos de una eficiente impartición de justicia.

GRÁFICO 03

Cree usted que, ¿Existe una sobrepenalización establecida en la norma respecto al tipo penal de robo agravado?

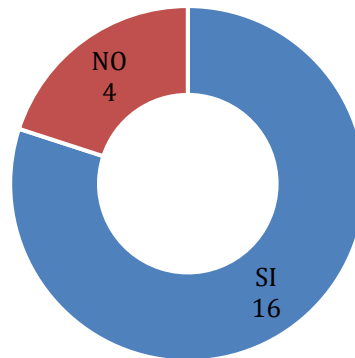


En este caso, podemos observar, que a la interrogante planteada, 16 de los encuestados creen que existe una sobrepenalización establecida en la norma respecto al tipo penal de robo agravado.

Los 4 entrevistados restantes rechazan la existencia de una sobrepenalización en el tipo penal del delito de robo agravado, lo cual puede volver mucho menos eficiente el trabajo de analizar y decidir respecto a las cuestiones más relevantes del problema planteado, puesto que no creen que haya alguna afectación al principio de proporcionalidad en la tipología del delito de robo agravado.

GRÁFICO 04

Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto ley que se modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal?



De los entrevistados, 16 encuestados están de acuerdo con la necesidad de proponer mediante un proyecto ley que se modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal.

Por el contrario, 4 de los entrevistados no encuentran viable ni necesaria la proposición de dicha modificación mediante el proyecto de ley mencionado, deduciendo esta posición por la razón de que no creen que exista una afectación al principio de proporcionalidad en el tipo penal de robo agravado contemplado actualmente por nuestro Código Penal.

v. CONCLUSIONES

Una vez estudiado el principio de proporcionalidad y su afectación en función a la sobrepenalización del delito de robo agravado, teniendo en cuenta la falta de plazos establecidos en la norma, hemos concluido en lo siguiente:

1. En el delito de robo lo que se analiza no es únicamente el apoderamiento del bien con el fin lucrativo, sino, la manera en cómo se apoderan de él, esto es, la amenaza realizada al bien o la persona que se encuentra en posesión o propiedad, por ello que se castiga con mayor penalidad que en el hurto, el delito de robo agravado se encuentra contemplado en nuestro Código Penal en el artículo 189°.
2. Los principios al ser mandatos de optimización van a ser los que lleven las directrices de todo proceso judicial donde se realice la aplicación del derecho o se busque garantizar un derecho fundamental como la libertad frente a un bien jurídico, patrimonio y cuando se hace la ponderación de los bienes se tiene que verificar la idoneidad, en la aplicación de un principio o no, viéndose pues que la relación que existe entre el principio de razonabilidad y proporcionalidad es una relación de género – especie.
3. Existe una sobrepenalización en el tipo penal de robo agravado contemplado en nuestro Código Penal, puesto que los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal y la Constitución tienen que encontrarse en un orden de prelación donde la vida es el bien que se encuentra en la cúspide de toda protección, posterior a ello, a nuestro entender es la libertad que es a través de la cual al ser humano se va a realizar, continuando tendríamos al patrimonio; y los derechos relacionados a ellos se encontrarían en el mismo orden, por ello, un bien jurídico relacionado al patrimonio, no puede tener mayor penalización que un bien jurídico vida.
4. Resulta necesario que se modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal, a fin de que se establezca una pena menor, proporcional al delito cometido y al bien

jurídico violentado, para resolver el problema de la sobrepenalización de este tipo penal.

VI. RECOMENDACIONES

Siendo de esa manera, nuestra propuesta es que se modifique el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal, donde se establezca una pena que resulte razonable y proporcional al delito cometido y al bien jurídico violentado, evitando una sobrepenalización en la norma.

Asimismo, el legislador no debe abusar de su potestad para sancionar determinados delitos, debe utilizar criterios razonables para fijar penas adecuadas y proporcionales, evitando de esta forma sanciones excesivas y en algunos casos, hasta injustas, frente a otras sanciones.

Por último, la pena deberá establecerse siempre pensando en sus principales funciones, reconocidas en el Código Penal Peruano, las cuales son: la función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora; por lo tanto, el legislador no puede tipificar una sanción que no resulte razonable y proporcional con el delito cometido, siempre tomando en cuenta la ponderación de los bienes jurídicos protegidos.

PROYECTO LEY

FÓRMULA LEGAL

“LEY QUE MODIFICA EL TIPO PENAL DE ROBO AGRAVADO CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO PENAL”

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene como objetivo modificar el tipo penal de robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal, con el objetivo de eliminar la sobrepenalización establecida en la norma.

Artículo 2. Modifíquese el artículo 189° del Código Penal; en los términos siguientes:

“Artículo 189.- Robo agravado

La pena será no menor de tres ni mayor de ocho años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de diez años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

La pena será no menor de seis ni mayor de 12 años cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como

consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental”.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Principio de Proporcionalidad

Nuestro ordenamiento jurídico está compuesto tanto por normas como por principios que permiten tener un derecho penal más humano, que si se tiene que sentenciar a una persona, se le garanticen todos sus derechos, antes y después de un sentencia o dentro del periodo de internamiento en un centro penitenciario, ayudándole a resocializarse, que es precisamente uno de los fines de la pena.

En ese orden, Odar (2018) señala que: “El principio de proporcionalidad se presente como un control ante la intervención del poder del estado, pues este principio funciona como una base al límite de los derechos fundamentales, en razón a que estos no son absolutos” (p. 42). Los límites del principio de proporcionalidad son internos y externos, los primeros tienen que ver por las convicciones sociales comunes en las cuales se basa las resoluciones; mientras que, el límite externo tiene que ver con el sujeto obligado a aplicar el principio de proporcionalidad, en nuestro caso vendría a ser el juez.

Asimismo, la autora mencionada con anterioridad, afirma además que:

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas, pero sí está diseñado para alcanzar tanto racionalidad como certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; ya que esta sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y que pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas (Odar, 2018, p. 42).

A través de este principio lo que se busca es garantizar el derecho a la libertad, que es el bien jurídico a través del cual la persona va a realizar y cumplir sus metas y fines.

Para Jimbo (2011) señala que:

Hablar de proporcionalidad es también hablar de una medida limite ante cualquier exceso de la norma en razón de que sea aplicada de manera correcta a la hora de sancionar. En este principio se tendrá que tener en cuenta el objetivo perseguido por la ley y así también se tendrá que evaluar la gravedad de la pena; debiéndose de analizar la infracción cometida, el pronunciamiento del magistrado respectivamente del dictamen del caso en concreto, el cual deberá ser concordante con el hecho (p.6).

Siguiendo la línea de pensamiento descrita, el autor León Florián señala que: “Los ordenamiento jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, sino también por principios. Su reconocimiento implican a su vez, el reconocimiento de una nueva figura de aplicar el derecho: la ponderación” (p. 5). La ponderación de principios viene a ser al momento de la aplicación de esos principios a un caso en concreto.

Los principios al ser mandatos de optimización van a ser los que lleven las directrices de todo proceso judicial donde se realice la aplicación del derecho o se busque garantizar un derecho fundamental como la libertad frente a un bien jurídico, patrimonio.

De acuerdo con Odar, el principio de proporcionalidad “permita modelar un conjunto de argumentos sobre un punto de discrecionalidad y he allí el aporte intrínseco de esta forma de interpretación desde el punto de vista constitucional, la cual por excelencia dirime la colisión entre derechos fundamentales” (p. 44). Siendo en nuestro caso de estudios de mayor valor el derecho a la libertad por sobre el bien jurídico patrimonio que protege el delito de robo agravado.

Bernal (2007) afirma que:

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. Este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales (p.41).

Beccaria (citado en Telenchana, 2016):

Que el principio de proporcionalidad predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta) (p.40).

Castillo (citado en Vargas, 2017):

Desde el punto de vista jurídico el principio de proporcionalidad, puede ser entendida como la equivalencia entre una prestación y su respectiva contraprestación o como la correspondencia valorativa entre un hecho y su consecuencia jurídica. Para el derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (p.33).

Para Rojas e Infante (citados en Valderrama, 2016):

El principio de proporcionalidad es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley (p.43).

Ramírez (2016) señala:

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la

sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico (p.35).

Legis Pasi3n por el Derecho afirma que:

El principio de proporcionalidad procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse. En la imposici3n de la pena debe considerarse los fines que esta persigue - preventiva, protectora y resocializadora- conforme lo prevé el numeral sexto del artículo cinco de la Convenci3n Americana sobre Derechos Humanos (Gutierrez, 2019)

Para ello, se tiene que dar valor al bien jurídico protegido y si ese valor es suficiente para privar de la libertad de una persona, es así que, el delito de robo agravado protege al patrimonio de la persona.

Ejemplo: si dos personas al borde de una moto lineal interceptan a una persona que va caminando por una avenida de la ciudad, y para que la persona le entregué su celular, los delincuentes le dicen expresiones como: “dame el celular o te mato”; acto posterior, ambos sujetos se alejan del lugar. Ellos tendrían que ser sancionados por cometer robo agravado y su pena sería entre 12 y 20.

En este ejemplo podemos observar lo desproporcional de la pena con el bien jurídico protegido, pues un celular de aproximadamente S/. 500 soles no van a ser mayor que la libertad, debe ser sancionada sí, pero por una menor cantidad de años a los estipulados en la norma; sólo allí podríamos hablar de una correcta aplicaci3n del principio de proporcionalidad.

Tal como señala Gutiérrez, por el principio de proporcionalidad se tiene que analizar tanto la lesividad de la conducta desplegada por el sujeto activo, como por el bien jurídico protegido y el valor de ese bien; de esa manera, el juez podrá dictar una pena acorde a la afectaci3n.

El C3digo Penal peruano ha contemplado como un límite al poder punitivo del estado, al principio de proporcionalidad en las sanciones,

que se encuentra ubicado en el Título Preliminar de la normativa penal, encontrándose redactado así: “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” (p. 47). En este caso, la sanción a un hecho punible tiene ser acorde al bien jurídico protegido, pero además se tiene que tener en cuenta el valor del bien.

Garantizando de esa manera que todo acto ilícito va a ser valorado por el juez teniendo en cuenta el acto ilícito, el bien jurídico, el daño causado y, los principios penales, para poder establecer la pena contenida en el tipo penal en análisis.

El principio de razonabilidad tiene relación con el principio de proporcionalidad, porque cuando se hace la ponderación de los bienes se tiene que verificar la idoneidad, en la aplicación de un principio o no, viéndose pues que la relación que existe entre el principio de razonabilidad y proporcionalidad es una relación de género – especie.

Es así que, Ignacio, J. y Zúñiga, F. (2011) manifiesta que:

No obstante, sí parece existir una relación entre ambos principios, de género a especie. Ello, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin (p. 201).

Por eso es que tiene que existir correlación entre la sanción y el bien jurídico protegido de un tipo penal, no pudiendo excederse en sancionar a una persona dando mayor valor a la pena establecida y discriminando a otros tipos penales que merecen mayor valor al del patrimonio, por ejemplo homicidio, donde el bien jurídico es la vida.

De acuerdo con Orlando citado por Beteta (s/f), señala del principio de proporcionalidad, que:

Es conocido como proporcionalidad de injerencia, prohibición de exceso, principio de razonabilidad, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos (p. 9).

Agrega Orlando (citado en Beteta, s/f):

De modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales (p. 9).

En ese orden, a nuestro entender los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal y la Constitución tienen que encontrarse en un orden de prelación donde la vida es el bien que se encuentra en la cúspide de toda protección, posterior a ello, a nuestro entender es la libertad que es a través de la cual al ser humano se va a realizar, continuando tendríamos al patrimonio; y los derechos relacionados a ellos se encontrarían en el mismo orden, por ello, un bien jurídico relacionado al patrimonio, no puede tener mayor penalización que un bien jurídico vida.

Vargas (2017) considera que en el Perú, en nuestro Código Penal podemos encontrar al principio de proporcionalidad:

(...) en donde se señala que la pena impuesta por los magistrados no podrá ser excesiva, y que se dictarán penas en base a la responsabilidad por el hecho cometido y la gravedad de este, es decir se sancionara de acuerdo afectación del bien jurídico protegido, también se debe hacer mención que dicho

principio es rango constitucional aunque no de manera clara y por ello que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto del tema señalando que el procesado responderá solo por el hecho que cometió (p. 35).

2. Delito de Robo

Para Reátegui (2015) en razón tema tratado manifiesta que:

El delito de robo es considerado desde antaño como uno de los que forma parte del núcleo central de los delitos de la parte especial de los códigos penales del mundo, no tener regulado el delito de robo generaría un enorme vacío legislativo, tan igual a como no tener sancionado el delito de homicidio o el delito de violación sexual en el Código Penal (p. 319).

Por su lado, Vilcapoma (citado en Reátegui, 2015) refiere que:

El robo es autónomo ya que el interés patrimonial a diferencia del hurto, en el que es predominante no tiene mayor trascendencia en su calificación, y esto es así porque el delito de robo no se distingue por el objeto de la acción, sino por la violencia e intimidación que se ejerce sobre la persona, que pone juego la vida y la integridad de la víctima, lo cual está por encima del interés patrimonial; y, si ello no nos lleva a otro delito distinto del patrimonial, entonces es debido a que el peligro en que es expuesta la persona, constituye la vía necesaria para hacer efectiva la sustracción del bien mueble (p. 321).

Pérez (citado en Vargas, 2017) menciona lo siguiente: “Esta modalidad de robo afecta en primer lugar y de forma predominante al bien jurídico propiedad, pero también a la integridad física o salud y a la libertad, en la medida en que la conducta típica implica la realización no solo de un apoderamiento, sino de actos de intimidación y de violencia” (p. 61).

Salinas (2015) afirma que:

El robo es aquella conducta por la cual el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sobre su víctima, sustrae un bien mueble total o parcialmente ajeno y se apodera ilegítimamente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, concurriendo en el accionar alguna o varias circunstancias agravantes previstas expresamente en nuestro Código Penal (p.138).

Guevara (2016) sobre la tipicidad del delito de robo, menciona que:

El robo es un delito contra el patrimonio, consistente en el apoderamiento de un bien ajeno, con intención de lucrarse, empleando para ello fuerza, violencia o intimidación en la persona. Son precisamente estas dos modalidades de ejecución de la conducta las que la diferencia del hurto, que exige únicamente el acto de apoderamiento (p. 47)

En el delito de robo lo que se analiza no es únicamente el apoderamiento del bien con el fin lucrativo, sino, la manera en cómo se apoderan de él, esto es, la amenaza realizada al bien o la persona que se encuentra en posesión o propiedad, por ello que se castiga con mayor penalidad que en el hurto.

La doctrina habla sobre este tipo penal desde 3 puntos de vista, el primero nos menciona que el robo es una variedad del hurto agravado, el segundo toma la postura que el robo es un delito complejo, mientras que la tercera postura afirma que el robo es de naturaleza autónoma; postura doctrinarias que desarrollaremos a continuación, para poder entender de esa manera nuestro punto de vista adaptaba, esto es, que el delito de robo agravado se encuentra sobrepenalizado innecesariamente, cuando el tipo base ya configura las agravantes que tiene.

El robo como variedad del hurto agravado: al respecto Casa Salinas (2017) menciona respecto del delito de robo, el cual consta con los elementos constitutivos similares al delito de hurto:

Como son el mismo bien jurídico protegido, apoderamiento mediante sustracción, ilegitimidad de la acción, bien mueble total o parcial-mente ajeno, finalidad de lucro, etc., aquel constituye una modalidad del hurto agravado debido a que solo se diferencia por los modos facilitadores de la acción, esto es, el uso o empleo por parte del agente de la violencia sobre las personas o la amenaza en contra de las personas. Legislativamente, esta posición tiene cabida en el Código Penal colombiano, en el cual se regula la figura del robo como una modalidad del hurto (p. 76).

Diferenciándose de esa manera por la violencia empleada para la obtención del bien, que puede ser incluso amenazas a través de las cuales hagan efectivo el robo, por lo que fácilmente podría ser considerada de esa manera.

El robo como un delito complejo: el autor antes citado, refiere que “en la figura del robo concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas como son coacciones, lesiones, uso de armas de fuego, incluso muerte de personas” (Casa, 2017, p. 76). Al encontrarse con las conductas típicas de otros delitos, es que se configura la gravedad y complejidad del robo, por ello que, se debería entender al robo desde esta perspectiva. Se debe tener en cuenta además, que el bien jurídico protegido en este delito es la libertad, integridad física y patrimonio, lo que no estaría contemplado de esa manera por el delito de Hurto.

Sobre el particular, tenemos que manifestar que, en la mayoría de delitos contemplados en el Código Penal, existe más de un bien jurídico protegido, por lo que si partimos desde ese extremo, se tendría que sobrepenalizar a todos los tipos penales contemplados; ello a modo de crítica de esta postura.

El robo es de naturaleza autónoma: al ser un tipo penal independiente, tener su propio supuesto de hecho, consecuencia jurídica y nexo causal, no necesita de un tipo fuente para que pueda y sea sancionado.

Al respecto, Casa (2017) señala que “La posición actual mayoritaria en doctrina sostiene que al intervenir los elementos violencia o amenaza en la construcción del tipo penal, automática-mente se convierte en figura delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman el hurto” (p. 78). Si retiramos los elementos descriptivos del tipo, violencia o amenaza, sería exactamente igual al tipo de hurto, por lo que su penalización tendría que ser considerada en parámetros similares a ese tipo penal.

Tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva de todo delito se encuentra compuesta por los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. De nuestro tipo penal es por ejemplo, el hecho que, el sujeto activo se apodera de un bien, que no le pertenece y que lo toma de manera ilegítima, sin causa de justificación alguna, que ese bien puede ser cualquier bien mueble que se encuentre en poder del sujeto pasiva, aunque no le pertenezca, pero que al momento de los hechos se encontraba en su esfera de dominio, la apropiación ilegítima se da a través de violencia o amenaza grave a la integridad personal, familiar o patrimonial de la persona, que por ello, se encuentra obligado de hacer la entrega de su bien.

De acuerdo con Guevara (2016):

La amenaza por su parte consiste en la violencia moral, que es el anuncio del propósito de causar un mal inminente que ponga en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de una persona con el objeto de obligarla a soportar la sustracción o entregar de inmediato una cosa mueble (p. 49).

La amenaza vertida tiene que ser de tal magnitud que cree en el sujeto pasivo la acción de verdad, y de esa manera entregue el bien sin poner resistencia ante las exigencias del sujeto pasivo,

porque el temor de la amenaza le hace cumplir las exigencias de lo solicitado.

Tipicidad subjetiva

La culpabilidad que exige este tipo penal, y cualquier otro contemplado en el Código Penal, es el del dolo, es que el conocimiento y voluntad de realizar la conducta desplegada para obtener el resultado querido.

Al respecto, Guevara menciona que “es el dolo directo del quien usa la violencia y la amenaza; además existe un elemento adicional como el ánimo de lucro, es decir, de sacar provecho o *ánimus lucrandi* si falta este elemento no existe robo” (p. 49). Esto es, la intención con la que se realiza la conducta prohibida por el delito de robo.

Para hablar de robo agravado tenemos que conocer el tipo penal de robo, que es la figura jurídica base para que se pueda configurar la agravante del robo. En ese sentido, el artículo 188° del Código Penal señala:

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años (Código Penal, 1991, p. 129).

Como podemos observar, el delito de robo es la figura jurídica que castiga al que se apodera de un bien jurídico que no le pertenece y para ello, emplea cualquier tipo de violencia o amenaza, sobre el bien o sobre la persona que tiene el bien, como podemos observar la pena establecida para este tipo penal es entre 3 y 8 años, lo que permitirá incluso obtener un beneficio de pena suspendida de su ejecución o en su defecto la conversión de la pena, pero sin tener que pasar años de

cárcel efectiva; todo esto dependerá de las agravantes y atenuantes que se encuentren sobre el sujeto activo del tipo.

3. Robo agravado

Para Alegría (2016):

El delito de robo agravado es la afectación directa al patrimonio definitivamente, en donde hay una incautación de un bien ajeno, con la finalidad de conseguir provecho de ese bien, haciéndose por medio de violencia e intimidación esta es la modalidad que emplea el sujeto activo para perpetrar su delito (p. 23).

Caro (2016) por su lado, manifiesta que:

El delito de robo agravado es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de bien mueble total o parcial ajeno privando al titular del bien jurídico del ejercicio de derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición constituyendo sus circunstancias agravantes aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo 189° Código Penal, que aunado a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad (p. 419).

Guevara (2018) concluye:

Podemos definir al robo agravado como un delito grave, por las agravantes que lo constituyen para llegar a concretarse, este delito necesita de ciertos requisitos esto es el empleo de violencia contra la persona causándole miedo con la finalidad de apoderarse ilegítimamente de un bien ajeno (p. 24).

El robo agravado es un delito que se encuentra contemplado en el art. 189 del Código Penal, en este se encuentran registrado únicamente las agravantes del tipo base del robo que se encuentra en el art. 188 del

mismo cuerpo normativo, lo que se busca a través del robo agravado es aumentar la sanción para quienes realicen algún acto descrito por la agravante. El legislador señala que:

Artículo 189°.- Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación. La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental (Código Penal, 1991, p. 130)

Como comentario general del robo agravado, tenemos que mencionar, que es un delito que protege los bienes muebles y patrimonio del sujeto pasivo o agraviado, y que castiga con una pena de entre 12 y 20 años, como logramos observar el mínimo de años de este tipo es muy superior al máximo del delito de robo en su figura genérica, y si nos referíamos al máximo que son 20 años, consideramos un total exceso, si lo que se sanciona es exactamente lo mismo.

Podemos ver, las agravantes del tipo penal son por ejemplo: que se robe en un inmueble habitado, durante la noche o un lugar desolado, a mano armada o por dos o más personas, entre otras; lo que no son agravantes en sí, porque esas mismas modalidades puede contener el mismo robo sin la necesidad de sobrepenalizar la figura y aumentar hasta en 4 veces la pena, sin mayor fundamentación.

a) Robo en inmueble habitado:

Esta agravante ha sido modificada en varias ocasiones debido que antes de que sea inmueble habitado era en casa habitada, en lo que concierne a la figura de robo agravado se sabe que este delito afecta principalmente el patrimonio y la doctrina señala que no solo el patrimonio si no también la vida, integridad,

libertad, etc. en referencia de esta agravante (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 27).

b) Robo durante la noche:

El origen de esta agravante radica en que, si un robo se lleva a cabo durante la noche, este tiempo resulta ser ventajoso para quien comete este delito y ayuda a que se pueda concretar con la sustracción del bien ilegítimamente; y, de cierta forma no viéndose descubierto por la víctima, como se mencionó anteriormente este se produce en la noche donde hay oscuridad (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 27).

c) Robo en lugar desolado:

Al respecto de esta agravante es nueva dentro del delito de robo agravado debido a que antes era en lugar despoblado donde no había población cercana, en la actualidad este tiene un concepto diferente, en razón que el sujeto pasivo se encuentra desamparado no teniendo posibilidad de ser socorrido (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 27).

d) Robo a mano armada:

Esta agravante se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma al momento de apoderarse ilegítimamente del bien mueble despojando de su patrimonio al sujeto pasivo. Por arma se entiende todo instrumento que cumple con la función de ataque o defensa para el que la porta, la sola circunstancia de portar un arma por parte del agente a la vista de la víctima, al momento de cometer el ilícito se configurara la agravante (Salinas citado en Guevara, 2018, pp. 27-28).

e) Robo con el concurso de dos o más personas:

Esta agravante tiende a hacer la más frecuente y por ello se considera que haya sido objeto de innumerables pronunciamientos judiciales. De tal forma ahora el delito de robo

agravado se configura cuando el agente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, sustrae para si un bien total o parcialmente ajeno de modo ilegítimo, haciendo uso de la violencia contra la persona o la amenaza con peligro inminente para su vida o integridad física, en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado o de carga, etc. (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 28).

f) Robo de turistas y no turistas:

En este apartado se protege a las personas que hacen turismo en nuestro país, dicho apartado se dio a través de la Ley N° 28982 y así mismo establece su ampliación del contenido del inciso 5 del artículo 189° de Código Penal, el cual señala que el delito de robo agravado se configura a través de la violencia del agente o poniendo en peligro inminente la vida del sujeto pasivo pero que además este deberá de llevarse a cabo en cualquier medio de locomoción de transporte (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 28).

g) Robo fingiendo el agente ser autoridad:

Se configura cuando el agente activo para cometer su fin de sustraerle los bienes muebles de la víctima, aparte de utilizar la violencia o amenaza finge ser autoridad mejor dicho ser funcionario público, la acción de fingir la calidad no poseída, para ser penalmente relevante deberá tener suficiente entidad engañadora (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 28).

h) Robo fingiendo el agente ser servidor público:

Esta agravante recogida igual que la anterior en el inciso 6 del artículo 189 del Código Penal, se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza y simulando o aparentando ser servidor público sustrae los bienes de la víctima, es decir que en calidad de ser servidor o empleado público entendido como aquel trabajar que cumple sus

actividades concretas y de ejecución bajo subordinación en la relación del funcionario (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 29).

Asimismo, se establece que la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

a) Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima:

Las lesiones que exige este tipo penal deberán de ser a consecuencia del empleo de la violencia ejercida en el acto que se da la sustracción, siendo estas causadas de forma doloso o de manera culposa por parte del sujeto activo, es decir será las lesiones dolosas cuando en el las ocasiona al momento de la sustracción opone resistencia y estas serán culposas cuando al momento del forcejeo entre el sujeto activo y la víctima; esta se lesiona (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 29).

b) Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima:

Se configura esta agravante a raíz de que el sujeto activo se aprovecha por la condición de la víctima, por estar incapacitada físicamente o mentalmente, sin impórtale ello emplea el uso de la violencia y amenaza llegando a sustraerle su bien mueble; logrando su objetivo de apoderarse ilegítimamente de lo que no le pertenece; y, en lo que respecta al empleo de estupefacientes se da a fin de que la víctima se ha anulada de plano y no ponga resistencia de defensa sobre sus bienes (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 29).

c) Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica:

Esta agravante configura cuando la víctima a raíz de que se la sustraído su patrimonio, se encuentra en una situación difícil de cierta pesadumbre, siendo así que el agente debe de conocer o percibir una variación notoria en la economía de la víctima; el dolo directo se ve así reforzado por el conocimiento de tal circunstancia (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 30).

d) Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación

Guevara (2018) señala que:

El sujeto activo sustrae ilícitamente bienes de valor científico o cuando lo hace sobre bienes que integran el patrimonio cultural del país, el fundamento de esta agravante reside en su importancia y significado de los bienes para el desarrollo científico del país y por su legado histórico, artístico y cultural (p. 30).

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental (Salinas citado en Guevara, 2018, p. 30).

a) En cuanto a la calidad de integrante de una organización delictiva o banda:

Según Sánchez (2013):

Al legislador nacional, al momento de producirse la modificatoria en el año 1999 poco o nada le ha interesado la correcta delimitación jurídico conceptual de organización y banda. En ese sentido, lo único que le interesó era sancionar de manera drástica (cadena perpetua) el conjunto de personas físicas, más o menos organizadas y duraderas en el tiempo dedicadas al delito de robo, teniendo como objetivo el legislador un claro

norte de la eficiencia político criminal en función a la dureza de las penas conminadas (p. 86).

Asimismo, el autor agrega que esto es debido:

Porque la pena para este delito agravado es de cadena perpetua, vulnerándose con ello el principio de racionalidad y humanidad de las penas; olvidando, o mejor dicho vulnerando otro principio fundamental como es el de jerarquía de bienes jurídicos protegidos ¿El patrimonio vale más, o se protege más que la vida humana misma? (p.86).

b) Producción de muerte o lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima:

Según Sánchez (2013) considera que:

La muerte o las lesiones graves hacia la víctima deben tener un nexo de causalidad directa en la forma de cómo se ha producido el apoderamiento realizado por el sujeto activo, y esto normalmente es producido por violencia física realizado por el sujeto activo. En ese sentido, la muerte de la víctima por ejemplo debe producirse posteriormente del apoderamiento y/o sustracción de la cosa mueble ajena, ya que si es anterior a la acción de apoderamiento será considerado la muerte como un homicidio doloso o culposo de acuerdo al caso (p.88).

Aplicar una pena mínimo de 12 años por el robo de un celular con la participación de dos personas es un gran exceso que no nos lo deberíamos permitir por políticas criminales y, derecho penal del enemigo, porque lo que la pena busca es precisamente la resocialización de la persona, si el mismo robo es cometido por una persona que despliega la misma conducta para apoderarse del celular es castigado por una pena mínima de 3 años, entonces, cuál es la necesidad de castigar con mayor pena por el sólo hecho de la intervención de una segunda

persona, que incluso no participa de forma directa en la apropiación del bien, y su función es de esperar a cierta distancia no cercana a quien sustrae el bien, por lo que el sujeto pasivo en muchas ocasiones ni siquiera puede visualizar a esta segunda persona.

De esa manera, podemos observar que se busca sancionar al delito de robo agravado por ciertas características que son propias del robo y que en nada cambia al hecho de apoderarse de un bien de forma individual o colectiva, de día o de noche, con la utilización de un medio de transporte o no, por razones como las anteriores es que creemos firmemente que el delito de robo agravado busca sancionar sin sentido al sujeto activo de una actividad que en su tipo base y por la misma conducta castiga de manera distinta.

Del tipo en análisis vamos a iniciar a estudiar doctrinariamente el delito de robo en su tipo base, para de esa manera poder llegar al estudio de las agravantes establecidas en el art. 189 del Código Penal.

De acuerdo con Muñoz citado por (Yrigoín, 2018) el concepto de robo agravado es: “El robo con violencia o intimidación en las personas se sanciona, aunque se incluye en la definición general de robo. En esta modalidad de robo existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos” (p. 22). Como podemos observar, el delito de robo agravado contempla las circunstancias del tipo base, robo.

Entonces, el delito de robo es sancionado con pena de 12 a 20 años, si el hecho es cometido por dos o más personas, en circunstancias de la noche, a mano armada, en un medio de transporte, entre otras, basta que se presente una de esas circunstancias para que el delito de robo, se convierta en robo agravado y que por esa razón sea sancionado con una pena 4 veces mayor al tipo base, hechos que a opinión contemplan una sobrepenalización al hecho jurídico ya establecido con pena 4 veces menor.

4. Robo agravado en la legislación comparada

a) En el derecho germánico

Para Valer (2017):

El que logra delimitar, las nociones jurídicas de robo, aunque restringiendo el robo exclusivamente al ejercicio de la violencia en las personas. En la Edad Media, al contrario, se marca una involución en relación a este problema jurídico. Los límites entre hurto y el robo se desdibujan, situación que prevalece hasta los tiempos de la codificación (p. 31).

b) En el código penal de Bolivia

Valer (2017): “Art.331 (Robo) el que se apoderare de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, será sancionado con privación de libertad de uno a cinco años” (p. 32).

c) En el código penal de México

Valer (2017):

Título vigésimo segundo. Delitos en contra de las personas en su patrimonio. Capítulo I Robo. Art.367.- comete el delito de Robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derechos y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley (p.32).

d) Código Penal de Chile

Valer (2017):

Título IX: Crímenes y simples Delitos contra la propiedad. De la apropiación de las cosas muebles ajenos contra la voluntad de su dueño.

Del robo con violencia o intimidación en las personas Art.433.- El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación

tengan lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad (p. 33).

e) Código República Dominicana

Valer (2017):

El robo se encuentra normado en el capítulo segundo del Código Penal, específicamente en la sección primera en el título de crímenes y delitos contra las propiedades del artículo 379 al 401. El Art.379 define el robo de la siguiente manera: El que con fraude sustrae una cosa que no le pertenece se hace reo de robo. Esta definición abarca de forma general el robo, se puede decir que la normativa que define de manera general el robo es este artículo (p. 34).

5. Jurisprudencia

Respecto a la problemática planteada, se presentarán los siguientes casos jurisprudenciales:

Guevara (2018) señala:

La Corte Suprema de Justicia a través del Recurso de Casación N° 336-2017 interpuesto por Ítalo Bruno Cárdenas, contra la sentencia que fue revocada en el extremo que condenó al ya antes mencionado como autor del delito contra el patrimonio en modalidad de robo agravado, en agravio de Margarita Alvino Dávalos, reformándola condenó al sentenciado a 11 años de pena privativa de libertad efectiva (p. 33).

Además, se nos presenta otro caso donde:

Ricardo Martin Tello Pariona mediante Recurso de Nulidad N°502-2017, resuelto por la Sala Superior, dispuso una condena de 10 años de pena privativa de libertad y debiendo pagar el

monto de setecientos soles, monto por concepto de reparación civil. El Supremo Tribunal considero que dicha pena no se ajusta al principio de proporcionalidad y que colisiona con el principio constitucional de reincorporación del penado a la sociedad, previsto en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado (Guevara, 2018, p. 33).

“Por lo que atendiendo a su edad diecinueve años; hecho que atentaría los fines de la pena protegidos constitucionalmente, por ende bajo el principio de proporcionalidad de las penas” (Guevara, 2018, p. 33).

Asimismo, agrega Guevara (2018):

(...) en aquellos casos que el legislador se ha excedido al regular las penas para los delitos, vulnerando el principio de proporcionalidad, se debió de tener presente no vulnerar el principio de dignidad de la persona; por ello, la determinación judicial de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, toda vez que la pena implica una sanción por la comisión de un hecho punible, y no existe la retribución por sí mismo (pp. 33-34).

Es así que “el Supremo Tribunal falla considerando que la pena impuesta (...), resulta excesiva y desproporcional por lo que debe ser reformada imponiéndose una pena condicional, bajo reglas de conducta” (Guevara, 2018, pp. 33-34).

De forma similar, encontramos el caso de Wiliam Chávez Montenegro:

Expediente N°1883-2015, a quien la Sala sentenció a 10 años y trece meses de prisión preventiva de la libertad por el delito de robo agravado, debido a esta sentencia se apeló considerando que es desproporcional y atenta contra el principio constitucional de reincorporación del penado a la sociedad, reformulándose así a 9 años de prisión efectiva (Guevara, 2018, p. 34).

Es por esto que, tal como lo menciona Guevara (2018):

Cuando existe una colisión de derechos se resuelve a través del principio de proporcionalidad, principio que ha sido analizado y estudiado con mayor esmero por la doctrina constitucionalista y que para ser considerado de tal forma ha requerido del desarrollo de sub criterios (p. 57).

Así tenemos los siguientes criterios:

a) El criterio de idoneidad

Vargas (2017) este criterio debe definirse de tal forma:

Que la medida incoada a una persona, solo será idónea si el objetivo de la medida es legítimo constitucionalmente, y, que efectivamente dicha medida resulte idónea, este criterio se cumplirá siempre que el objetivo pretendido por la medida tenga fundamento constitucional, entendamos por objetivo de la medida, el asegurar los fines del proceso penal (...). La aplicación de una medida de coerción personal cumpliría con lo que exige este primer criterio si prescindimos absolutamente de los demás criterios (p.36).

b) El criterio de necesidad

Vargas (2017):

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar como siguiente paso el juicio de necesidad. Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces (p. 37).

“Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces” (Vargas, 2017, p.37).

c) Criterio de ponderación o proporcionalidad propiamente dicha

Para Prieto (citado en Vargas, 2017) esta prueba se divide en cuatro principales elementos:

Primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin. Tercero la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo (pp. 36-38).

“Y finalmente la llamada proporcionalidad en sentido estricto ha de realizarse una ponderación o balance, entre la medida de coerción personal y el derecho que se pretende afectar” (Vargas, 2017, p. 39).

Teorías de la pena

Guevara (2018) establece:

La pena no es otra que cosa que un castigo por infringir la ley, esta se da cuando la conducta de una persona que ha cometido un delito es antijurídica culpable y punible, la cual se va imponer tras llevar a cabo un debido proceso, siendo así que la pena a diferencia de otras sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico afecta directamente la libertad y la vida de una persona (p. 47).

Peña (citado en Guevara, 2018) señala que: “La pena es como la reacción jurídico penal que recae sobre aquel infractor que mediante un

obrar culpable ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados” (p. 47).

Para Mantovani (citado en Guevara, 2018): “La pena es la limitación de los derechos del sujeto como consecuencia de la violación de un deber, que es conminada para impedir tal violación y tiene carácter heterogéneo respecto al contenido del mismo deber” (p. 47).

Bustos (citado en Guevara, 2018):

La pena es una privación de bienes jurídicos prevista en la ley penal y que es impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al autor de una conducta delictiva. A su vez, es un instrumento para la autoconstatación de la potestad punitiva del Estado (p. 47).

Para Polaino (citado en Guevara, 2018):

Las teorías de la pena son, en realidad, teorías de los fines de la pena, esto es, teorías de la legitimidad del Derecho Penal. He aquí un triángulo trascendental: pena fines de la pena, legitimación del Derecho Penal. La pena persigue fines estabilizadores, tutelares y preventivos, los cuales legitiman el Derecho penal. Como es lógico, en cada momento histórico se ha justificado el IUS PUNIENDI del Estado de manera diferente. En todo caso, el sistema punitivo (la dureza o brutabilidad del sistema de incriminación de delitos y del sistema de penas) es un preciso barómetro del grado de tolerancia de la propia Sociedad: ubi societas, ibi ius (p. 49)

a) Teorías absolutas

Para Valderrama (citado en Guevara, 2018):

Sus principales representantes son Kant y Hegel, esta teoría señala que el sujeto que comete un delito se le aplica una pena como retribución, al hecho cometido. Para Hegel la pena es la afirmación del derecho que, fue

negado por el delito, negación que solo se contesta, con otra negación, que es la pena en otras palabras, la pena es la negación del Derecho. En estas teorías la pena es retributiva “ojo por ojo, diente por diente” (Ley del Talión). De esta manera la pena se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida (...) (pp. 49-50).

b) Teorías relativas

Bramont (citado en Guevara, 2018) señala que:

Las teorías relativas o preventivas, son totalmente opuestas a las absolutas donde señalan que la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad, la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. El sentido de la pena consiste únicamente en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles, es decir, la función de la pena es prevenir que dentro de la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una función utilitaria de la pena (p. 50).

c) Teorías mixtas

García y De Molina (citado en Guevara, 2018):

Las teorías Mixtas o de la Unión no se justifica en cuanto retribución del delito cometido (teorías absolutas), ni solo en cuanto medio de prevención de futuros delitos (teorías relativas) la pena, es retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se (orienta a la realización de otros “fines” de prevención general y de prevención especial; a la prevención de futuros delitos, y a la realización del autor (p. 50).

Fines de la pena

Para Guevara (2018) “puede distinguirse respecto de la sanción punitiva básica, diferentes funciones, así como un fin y una consecuencia directa de la pena” (p. 50).

a) Prevención especial

Función de prevención especial negativa: evitación de futuros delitos cometidos por el propio delincuente.

Fin de prevención especial positiva: resocialización del delincuente. (Polaino, citado en Guevara, 2018, p. 50)

b) Prevención general

“Función de prevención general negativa: evitación de futuros delitos en la sociedad. Consecuencia inmediata de prevención general positiva: confirmación de la vigencia de la norma (identidad normativa de la sociedad)” (Guevara, 2018, p. 50).

Guevara (2018) afirma:

Desde una perspectiva constitucional el Tribunal Constitucional señala que la finalidad de la pena es especialmente prevenir, en función de que no se vulneren derechos fundamentales teniendo una doble dimensión por una parte con el condenado a quien se le deberá de sancionar con una pena razonable no trasgrediendo su derecho de libertad y dignidad; y, por otra parte, con la sociedad buscando una convivencia armónica y segura (p. 51).

REFERENCIAS

- Alegría, A. (2016). *La sanción penal como estrategia para la disminución del delito de robo agravado en Lima Metropolitana*. (Tesis de postgrado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega). Lima, Perú. Obtenido de <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/624>
- Beteta, E. P. (s/f). *El principio de proporcionalidad frente a la limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal*. Alerta Informática. Recuperado el 22 de julio de 2020, de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66E961F92D4F984005257D20007D8D10/\\$FILE/Beteta_Amancio.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66E961F92D4F984005257D20007D8D10/$FILE/Beteta_Amancio.pdf)
- Caro, J. (2016). *Summa penal*. Lima, Perú: Nomos & thesis.
- Casa, Y. M. (2017). *La reparación civil del delito de robo agravado*. Obtenido de repositorio.unsch.edu.pe:
http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/1815/TESIS%20D78_Cas.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Castillo, L. (2004). *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano*. Especial referencia al ámbito penal. Obtenido de Pirhua.eduep.edu.pe:
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1960/Pincipio_proporcionalidad_ordenamiento_juridico_peruano.pdf?sequence=1
- Código Penal. (1991).
- Douglass C., N. (2006). *Instituciones, Cambio Institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gonzales, S. M. (2020). *Determinación de la pena en el delito de robo tipo base con referencia a la cuantía*. (Tesis para obtener el título profesional de Abogada, Universidad César Vallejo). Chiclayo, Perú. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/48026/Gonzales_SSM-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Guevara, A. (2016). *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre robo agravando en el Expediente N° 00344-2012-0-2402-SP-PE-01 del distrito judicial de Ucayali-Coronel Portillo*, 2016. Obtenido de Repositorio.uladech.edu.pe:
http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/888/ROBO_AGRAVADO_GUEVARA_GUEVARA_AURELIO.pdf?sequence=4
- Guevara, M. M. (2018). *La sobrepenalización del delito de robo agravado vs el homicidio simple*. (Tesis para obtener el título profesional de Abogada, Universidad César Vallejo). Chiclayo, Perú. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/27900/Guevara_CMM.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gutierrez, S. (28 de enero de 2019). *El principio de proporcionalidad en el delito de tráfico ilícito de drogas* [R.N. 1149-2016, Lima Norte]. Obtenido de Legis Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/principio-proporcionalidad-delito-trafico-ilicito-drogas-r-n-1149-2016-lima-norte/>
- Holguín, V. S. (2018). *La suspensión de la ejecución de la pena y la prevención del delito, en el proceso penal practicado en el distrito judicial de Lambayeque – Chiclayo*. (Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Particular de Chiclayo). Chiclayo, Perú. Obtenido de <http://repositorio.udch.edu.pe/bitstream/UDCH/309/1/SUSPENSI%C3%93N%20DE%20LA%20EJECUCI%C3%93N%20DE%20LA%20PENACopia%2021.pdf>
- Ignacio, J. y Zúñiga, F. (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales* (1), pp. 199 - 226. Obtenido de Estudios Constitucionales: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100007
- Jimbo, A. (2011). *El Principio de Proporcionalidad entre Delitos y Penas en el Ecuador*. (Tesis de pregrado, Universidad Técnica Particular de Loja). Loja, Ecuador. Obtenido de

<http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/1226/3/TESIS%20AUREA%20JIMBO.pdf>

Lanz, F. (3 de abril de 2018). *Principio de proporcionalidad*. Obtenido de México.leyderecho.org: <https://mexico.leyderecho.org/principio-de-proporcionalidad/>

Legis Pasión por el Derecho. (27 de septiembre de 2017). *Aplican principio de proporcionalidad para imponer pena suspendida por el delito de robo agravado*. Obtenido de lpderecho.pe: <https://lpderecho.pe/proporcionalidad-responsabilidad-restringida-pena-suspendida-robo-agravado/>

León, F. J. (s.f.). *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia del TC*. Recuperado el 22 de julio de 2020, de MPFN.GOB.PE: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf

Maraniello, P. (2005). *El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional*. Obtenido de patriciomaraniello.com: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-los-tratados-internacionales-.pdf>

Odar, G. (2018). *El principio de proporcionalidad y su incidencia en la sentencia de Silvana Buscaglia Zapler*. Obtenido de Repositorio.ess.edu.pe: <http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/5122/Odar%20Cortez%20Gaby.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Penal Derecho. (20 de marzo de 2013). *Principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Obtenido de <https://www.infoderechopenal.es/2013/03/principio-de-proporcionalidad-derecho-penal.html>

Rainer, J. I. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 10(1). Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003>

- Ramírez, M. (2016). *La desproporcionalidad de la pena en el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada*. (Tesis de postgrado, Universidad Privada Antenor Orrego). Obtenido de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/2262>
- Reátegui, J. (2015). *Manual de Derecho Penal parte especial delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*. Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Riofrío, J. C. (2016). *Alcances y límites del principio de proporcionalidad*. *Revista Chilena de derecho*, 143(1). Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100012>
- Salinas, R. (2015). *Delitos contra el patrimonio*. Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Telenchana, G. (2016). *Los delitos contra el derecho a la propiedad: análisis sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el hurto y robo en el código orgánico integral penal*. (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Obtenido de <http://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/1796/1/76301.pdf>
- Valderrama, V. (2016). *La Determinación Judicial de la Pena de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal y el Principio de Proporcionalidad*. (Tesis de pregrado, Universidad Andina del Cusco). Cusco, Perú. Obtenido de http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/1123/3/Ver%C3%B3nica_Tesis_bachiller_2016.pdf
- Valer, J. (2017). *El Código Penal su relación y efecto con el robo agravado en el Distrito Judicial de Andahuaylas el año 2015*. (Tesis de postgrado, Universidad Nacional Hermilio Valdizan). Obtenido de <http://repositorio.unheval.edu.pe/handle/UNHEVAL/1702>
- Vargas, J. (2017). *El principio de proporcionalidad de las penas para los delitos de homicidio calificado y robo agravado con subsecuente muerte en el Sistema Penal Peruano*. (Tesis de pregrado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo). Anchas, Perú. Obtenido de <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/1781>

Yrigoín, Y. M. (2018). *La debida diligencia del personal policial de la división de investigación criminal de la policía nacional del Perú en la investigación del delito de robo agravado en el estado de flagrancia, Chachapoyas*.
Obtenido de Repositorio.untrm.edu.pe:
<http://repositorio.untrm.edu.pe/bitstream/handle/UNTRM/1431/Yoli%20Marleni%20Yrigo%C3%ADn%20Herrera.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ANEXOS

Anexo 1.- Declaratoria de Autenticidad (Autor).

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo **Culqui Terán, Cleyner**, de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Educación, a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Particular de Chiclayo, declaro bajo juramento que la tesis titulada: **“LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SOBREPENALIZACIÓN DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO FRENTE A LA PROTECCIÓN DE OTROS BIENES JURÍDICOS EN EL PERÚ”**.

Que:

1. La tesis es de mi autoría.
2. He respetado y seguido los lineamientos de diseño, reglamento y parámetros establecidos para el desarrollo del proyecto propuesto.
3. La tesis no ha sido plagiada, pues no ha sido objeto de publicaciones, ni presentada anteriormente para obtener un grado académico previo o título profesional.
4. Los datos presentados son resultados de visitas, entrevistas y consultas, y que estos no han sido falseados, pues los resultados contribuirán a conocer la realidad problemática con respecto a la investigación.
5. En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad de Chiclayo.

Pimentel, 2021.

Culqui Terán, Cleyner.

Anexo 2.- Declaratoria de Autenticidad (Asesor).

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo _____ en calidad de Asesor (a), de **Culqui Terán, Cleyner** de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Educación, a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Particular de Chiclayo, declaro bajo juramento que la tesis titulada: **“LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SOBREPENALIZACIÓN DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO FRENTE A LA PROTECCIÓN DE OTROS BIENES JURÍDICOS EN EL PERÚ”**.

Que:

1. La tesis es autoría de Culqui Terán, Cleyner.
2. Se ha respetado y seguido los lineamientos de diseño, reglamento y parámetros establecidos para el desarrollo del proyecto propuesto.
3. La tesis no ha sido plagiada, pues no ha sido objeto de publicaciones, ni presentada anteriormente para obtener un grado académico previo o título profesional.
4. Los datos presentados son resultados de visitas, entrevistas y consultas, y que estos no han sido falseados, pues los resultados contribuirán a conocer la realidad problemática con respecto a la investigación.
5. En tal sentido asumimos la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad de Chiclayo.

Pimentel, 2021.

Asesor (a).

Anexo 3.- Consentimiento informado.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo **Culqui Terán, Cleyner**, de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, me encuentro desarrollando mi Tesis con título: **“ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA TEORÍA DEL ACTO CONSENTIDO ENTORNO AL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ”**. Por ello solicito su participación aportando valiosa información al respecto. Deseando asegurarle que su identidad (nombre y apellidos) será resguardada en forma CONFIDENCIAL. En caso de aceptar, su participación específica consistirá en completar un cuestionario con 4 preguntas respecto al tema de investigación. Todo ello no le llevará más de 15 minutos en responder, una vez que haya firmado el acta de consentimiento informado. Por lo anterior, declaro que el Investigador me ha explicado en forma clara y precisa los alcances de mi participación en la realización de mi Cuestionario. También declaro haber sido informado de que, en este acto libre y consciente, puedo retirarme en cualquier momento de la investigación. De acuerdo a todo lo anterior yo **ACEPTO PARTICIPAR VOLUNTARIA Y LIBREMENTE**.

Pimentel, 2021.

Firma

Anexo 4.- Cuestionario a jueces, fiscales y abogados.

CUESTIONARIO

“La afectación del principio de proporcionalidad en la sobrepenalización del delito de robo agravado frente a la protección de otros bienes jurídicos en el Perú”

Instrucciones:

Se le agradece responder de manera breve y coherente el siguiente cuestionario, las respuestas aportadas son de manera confidencial y anónima protegiendo el derecho a la identidad de los encuestados, teniendo como finalidad el proceso de la presente investigación.

Condición:

Juez Civil ()

Fiscal Civil ()

Abogado(a) ()

Preguntas:

1. ¿Conoce usted el contenido y alcances del principio de proporcionalidad?
marque SI o NO.

SI ()

NO ()

2. Cree usted que, ¿Resulta necesario analizar el tipo penal del robo agravado en relación a la sobrepenalización establecida en la norma frente a otros bienes jurídicos? Marque SI o NO.

SI ()

NO ()

3. Cree usted que, ¿Existe una sobrepenalización establecida en la norma respecto al tipo penal de robo agravado? Marque SI o NO.

SI ()

NO ()

4. Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto ley que se modifique el tipo penal del robo agravado contemplado en el artículo 189° del Código Penal? Marque SI o NO.

SI ()

NO ()